Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 224
abril a junho 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 Figueiredo, Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Eduardo Franco Dias

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Divina Célia Duarte Pereira Brandão, Lilian de Lima Falcão Braga, 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)
Ministro Luís ROBERTO BARROSO (26-6-2013)

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
Ministro Luís ROBERTO BARROSO

SEGUNDA TURMA

Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI
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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministra ROSA WEBER
Ministro ROBERTO BARROSO

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministro TEORI ZAVASCKI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

DECISÕES MONOCRÁTICAS 667

ÍNDICE ALFABÉTICO 715

ÍNDICE NUMÉRICO 745

ACÓRDÃOS

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 101 — DF

Relatora: A sra. ministra Cármen Lúcia

Requerente: Presidente da República — Interessados: Presidente do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, juízes federais das 2ª, 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 11ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 18ª, 20ª, 22ª, 24ª, 28ª e 29ª Varas Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, juiz federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, juiz federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, juiz federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, juízes federais das 2ª, 4ª, 6ª e 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Paraná, juiz federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, juiz federal da Vara Federal Ambiental de Curitiba, Pneus Hauer do Brasil Ltda., Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP, Associação Nacional da Indústria de Pneumático – ANIP, Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda., Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, Tal Remodelagem de Pneus Ltda., BS Colway Pneus Ltda., Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Associação de Proteção do Meio Ambiente de CiaNorte – Apromac, Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR, Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL, Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda., Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta

aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente.

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável.

Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se tem interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.

2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio (OMC), a partir de 20-6-2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil.

3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, consequentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste.

Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes.

Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados.

4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras.

Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica.

5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação, é fator de disseminação de doenças tropicais.

Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas.

Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram.

6. RE 202.313, rel. min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* de 19-12-1996, e RE 203.954, rel. min. Ilmar Galvão, Plenário, *DJ* de 7-2-1997: portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Decex), harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República.

7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil.

8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, são responsáveis pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica.

Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os

preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).

9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir desse julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.

10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria, em conhecer a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, por maioria, em dar parcial provimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto da relatora. Ausentes, neste julgamento, o ministro Cezar Peluso e, licenciado, o ministro Menezes Direito.

Brasília, 24 de junho de 2009 — Cármen Lúcia, relatora.

VOTO
(Antecipação)

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Senhor presidente, começo por agradecer a participação de todos os advogados, que trouxeram subsídios – como disse antes, já haviam trazido. E, de toda sorte, da tribuna, voltam a insistir em numerosos dados que são importantes para o julgamento.

Agradeço também ao procurador-geral da República, que, tendo apresentado um brilhante parecer, também volta a insistir nas teses centrais postas na presente arguição.

Peço um pouco de paciência aos eminentes pares, porque o voto realmente é longo. Vou tentar saltar grande parte e deixar apenas para registro de documentação, mas alguns dados da causa me levam a me estender. Vou tentar saltar as passagens não centrais na medida do possível.

RELATÓRIO

A sra. ministra Cármen Lúcia: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo presidente da República, com fundamento "nos arts. 102, § 1º; e 103, da Constituição da

República, e no art. 2º, I, da Lei 9.882, de [3-12-1999], (...) a fim de evitar e reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público, representado por decisões judiciais que violam o mandamento constitucional previsto no art. 225 da Constituição" da República (fl. 2).

2. O arguente sustenta que numerosas decisões judiciais têm sido proferidas em contrariedade a portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e decretos federais que, expressamente, vedam a importação de bens de consumo usados, referência especial – objeto da presente arguição – aos pneus usados.

Afirma que as empresas que requereram autorização judicial para a importação de pneus usados da Comunidade Europeia argumentam que haveria incoerência da legislação brasileira ao permitir "a importação de pneus usados para insumo e uso de recapeamento [oriundos] do Mercosul e não admitir tal procedimento quando os pneus são procedentes de outros países" (fl. 15).

3. Observa o arguente, ainda, que estaria sendo afrontada também a Convenção da Basileia, em vigor desde 5-5-1992, à qual o Brasil aderiu e cujo texto foi aprovado pelo Decreto 875, de 19-7-1993, pela qual se reconhece que "a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo, [bem como] (...) qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de resíduos perigosos estrangeiros e outros Resíduos no seu território" (fl. 5).

Afirma que as decisões judiciais autorizativas da importação de pneus usados teriam afrontado

> preceito fundamental representado pelo direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [os quais se] baseiam nos seguintes fundamentos:
>
> a) ofensa ao regime constitucional de livre iniciativa e da liberdade de comércio (art. 170, IV, parágrafo único, da [Constituição da República];
>
> b) ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da [Constituição da República]), uma vez que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de países integrantes do Mercosul;
>
> c) os (...) atos normativos [proibitivos da importação] só abarcariam pneus usados, nos quais não estariam compreendidos os pneus recauchutados e os remoldados;
>
> d) tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal;
>
> e) a Resolução Conama n. 258/99, com a redação determinada pela Resolução Conama n. 301/2002, teria revogado a proibição de importação de pneus usados, na medida em que teria previsto a destinação de pneus importados reformados. [Fls. 13-14.]

Para o arguente, as decisões judiciais proferidas em contrariedade a tais diplomas normativos causam grande dano ao meio ambiente, "uma vez que apenas em 2005 foram importados com base em decisões judiciais aproximadamente

12 milhões de pneus usados, sendo que em 2006 já se alcançou o montante de 5 milhões de pneus usados importados por decisão judicial que desrespeita a legislação federal proibitiva" (fl. 24).

Noticia que a União Europeia teria questionado o Brasil perante a Organização Mundial de Comércio sobre tais autorizações judiciais para a importação de pneus usados como matéria-prima, pois mantém uma espécie de barreira comercial que veda a importação de pneus reformados.

A Organização Mundial de Comércio não deu razão à Comunidade Europeia, mas determinou fosse comprovada a efetividade das normas brasileiras, o que passa pela eficácia da jurisdição nacional no sentido de fazê-las valer. Ao contrário, "o Brasil poderia ser obrigado a receber, via importação, pneus reformados de toda a Europa, que detém um passivo de pneus usados da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados" (fl. 24).

Para o arguente é de fundamental importância a vedação de importação de pneus usados "para a proteção da saúde pública e preservação do meio ambiente" (fl. 25), porque:

a) não existe "método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente";

b) "mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente";

c) "outros métodos já desenvolvidos, a par de não assegurarem a incolumidade do meio ambiente e da saúde, são muito custosos economicamente, prestando-se apenas a eliminar uma fração mínima desses resíduos";

d) "assim como a Comunidade Europeia, o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tendo em vista o risco de danificação da sua estrutura e consequente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas";

e) "o acúmulo de pneus ao ar livre frequentemente causa incêndio de grandes dimensões e de longa duração (...) liberando óleos pirolíticos no meio ambiente, gases tóxicos na atmosfera que contêm compostos químicos altamente perigosos e muitas vezes cancerígenos, além de representarem grave risco à saúde pública, por serem criadouros ideais para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela" (fls. 25-26).

Observa que o "Brasil, sem computar a entrada de pneus usados importados determinada por decisões judiciais, gera anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidades de pneus usados, ao qual precisa dar a correta destinação a fim de prevenir danos ambientais maiores do que aqueles por eles já representados [, e segundo] dados do Ministério do Meio Ambiente,

atualmente existem no País mais [de] 100 milhões de pneus abandonados, à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável" (fls. 28-29).

Esclarece que "o pneu usado pode ser classificado tanto como pneu inservível – aqueles que apresentam danos irreparáveis em sua estrutura, não se prestando à recapagem, recauchutagem e remoldagem –, quanto como pneu reformado – aqueles que foram submetidos a processo de recapagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banda de rodagem e dos ombros), e remoldagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banca de rodagem, dos ombros e de toda a superfície de seus flancos). Não obstante os pneus usados servíveis ainda poderem ser utilizados pela indústria de reforma de pneus, o fato é que eles efetivamente possuem um ciclo de vida menor do que a do pneu novo, sendo importante salientar que, segundo informações do Inmetro, os pneus de automóveis de passeio somente podem passar por um único processo de reforma, tornando-se inservíveis após uma única utilização e transformando-se em lixo de grande potencial nocivo ao meio ambiente e à saúde pública" (fls. 29-30).

Anota que "a importação de pneus usados também tem o indisfarçado objetivo de dar solução ao grande número de pneus velhos produzidos anualmente pela Comunidade Europeia, estimada em 80 milhões de unidades – e daí não se estranhe o contencioso provocado pela União Europeia contra o Brasil junto à Organização Mundial do Comércio – OMC" (fl. 33).

Por isso, adverte que "a importação de pneus usados sequer impede o exercício da atividade de reforma de pneus, pois, como já se falou, existe um passivo de 100 milhões de pneus no país, aguardando para serem empregados como matéria-prima pela indústria da reforma de pneus. O fato de supostamente não se tratar da melhor opção comercial no que se refere à lucratividade não tem o condão de significar a inviabilidade do empreendimento" (fl. 38).

Requer na presente arguição: a) o reconhecimento da existência de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da Constituição da República; b) a declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados, com efeito *ex tunc*, inclusive sobre as ações judiciais transitadas em julgado; c) a declaração de constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria Decex 8, de 14-5-1991, do Decreto 875, de 19-7-1993, que ratificou a Convenção da Basileia, do art. 4º da Resolução 23, de 12-12-1996, do art. 1º da Resolução Conama 235, de 7-1-1998, do art. 1º da Portaria Secex 8, de 25-9-2000, do art. 1º da Portaria Secex 2, de 8-3-2002, do art. 47-A do Decreto 3.179, de 21-9-1999 e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592, de 11-2-2003, do art. 39 da Portaria Secex 17, de 1º-12-2003, e do art. 40 da Portaria Secex 14, de 17-11-2004, com efeito *ex tunc* (fl. 63).

4. Em 9-6-2008, determinei a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 9.882/1999, o que se cumpriu em 27-6-2008.

5. Notificados, os arguidos prestaram informações, que chegaram em datas diversas em razão do seu elevado número e por serem diferentes as suas localizações, somente se dando o término do prazo em setembro de 2008.

6. Em 3-11-2008, o procurador-geral da República manifestou-se pela procedência da presente arguição, com base nos arts. 196, 225 e 170, I e VI, da Constituição da República (fls. 3941-3959).

7. Em 5-11-2008, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal (*caput* do art. 7º da Lei 9.882/1999).

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora):

1. *Objeto da ação*

1.1 Como relatado, o presidente da República ajuizou a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental ao argumento de que numerosas decisões de juízes federais das Seções Judiciárias do Ceará, do Espírito Santo, de Minas Gerais, do Paraná, do Rio de Janeiro e de São Paulo, bem como dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Região estariam descumprindo os preceitos fundamentais constantes, essencialmente, dos arts. 196 e 225 da Constituição da República, ao garantir aos autores das ações a importação de pneus usados e remoldados.

Por elas estariam sendo descumprido

> preceito fundamental representado pelo direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [baseadas aquelas decisões nos seguintes fundamentos]:
>
> a) ofensa ao regime constitucional de livre iniciativa e da liberdade de comércio (art. 170, IV, parágrafo único, da [Constituição da República];
>
> b) ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da [Constituição da República]), uma vez que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de países integrantes do Mercosul;
>
> c) os (...) atos normativos [proibitivos da importação] só abarcariam pneus usados, nos quais não estariam compreendidos os pneus recauchutados e os remoldados;
>
> d) tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal;
>
> e) a Resolução Conama n. 258/1999, com a redação determinada pela Resolução Conama n. 301/2002, teria revogado a proibição de importação de pneus usados, na medida em que teria previsto a destinação de pneus importados reformados. [Fls. 13-14.]

1.2 Alega o autor da arguição ser de fundamental importância para o Brasil a manutenção das normas proibitivas de importação de pneus usados "para a proteção da saúde pública e preservação do meio ambiente" (fl. 25), porque:

a) não existe "método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente";

b) "mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente";

c) "outros métodos já desenvolvidos, a par de não assegurarem a incolumidade do meio ambiente e da saúde, são muito custosos economicamente, prestando-se apenas a eliminar uma fração mínima desses resíduos";

d) "assim como a Comunidade Europeia, o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tendo em vista o risco de danificação da sua estrutura e consequente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas";

e) "o acúmulo de pneus ao ar livre frequentemente causa incêndio de grandes dimensões e de longa duração (...) liberando óleos pirolíticos no meio ambiente, gases tóxicos na atmosfera que contêm compostos químicos altamente perigosos e muitas vezes cancerígenos, além de representarem grave risco à saúde pública, por serem criadouros ideais para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela" (fls. 25-26).

Observou-se, ainda, na peça inicial da arguição que o "Brasil, sem computar a entrada de pneus usados importados determinada por decisões judiciais, gera anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidades de pneus usados, ao qual precisa dar a correta destinação a fim de prevenir danos ambientais maiores do que aqueles por eles já representados. Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, atualmente existem no País mais [de] 100 milhões de pneus abandonados, à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável" (fls. 28-29).

E esclareceu que "o pneu usado pode ser classificado tanto como *pneu inservível* – aqueles que apresentam danos irreparáveis em sua estrutura, não se prestando a recapagem, recauchutagem e remoldagem –, quanto como *pneu reformado* – aqueles que foram submetidos a processo de recapagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banda de rodagem e dos ombros), e remoldagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banda de rodagem, dos ombros e de toda a superfície de seus flancos). Não obstante os pneus usados servíveis ainda poderem ser utilizados pela indústria de reforma de pneus, o fato é que eles efetivamente possuem um ciclo de vida menor do que a do pneu novo, sendo importante salientar que, segundo informações do Inmetro, os pneus de automóveis de passeio somente podem passar por um único processo de reforma, tornando-se inservíveis após uma única utilização e transformando-se em lixo de grande potencial nocivo ao meio ambiente e à saúde pública" (fls. 29-30).

Adverte o arguente que "a importação de pneus usados também tem o indisfarçado objetivo de dar solução ao grande número de pneus velhos

produzidos anualmente pela Comunidade Europeia, estimada em 80 milhões de unidades – e daí não se estranhe o contencioso provocado pela União Europeia contra o Brasil junto à Organização Mundial do Comércio – OMC" (fl. 33).

Para ele, a) é direito de todos e dever do Estado adotar "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença" (art. 196 da Constituição da República, fl. 5); b) "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225 da Constituição da República, fl. 4); c) cabe ao poder público: 1) dar ao meio ambiente "tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, e de seus processos de elaboração e prestação" (art. 170, VI, da Constituição da República, fl. 4); e 2) "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (art. 225, § 1º, V, da Constituição da República, fls. 4-5).

2. *Adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental*

2.1 Estabelece o art. 1º da Lei 9.882/1999 que:

> Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Ensina, entre outros, José Afonso da Silva, que preceito fundamental não é

> sinônimo de "princípios fundamentais". É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional (...). *Em alguns casos ele serve para impugnar decisões judiciais, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso, é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais* (...). [*Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 562-563 – Grifos nossos.]

2.2 O arguente demonstrou a inegável e imediata importância da matéria discutida e a possibilidade de se estar em face de descumprimento de preceito fundamental.

Comprovou que há preceitos constitucionais fundamentais cujo questionamento judicial e reiteradas decisões estariam a descumpri-los, comprometendo a sua efetividade. Daí a pertinência da arguição suscitada.

Houve requerimento de liminar, o que, entretanto, confunde-se, em essência, com o mérito da arguição. Ademais, a superveniência de questionamento da mesma matéria neste Supremo Tribunal, especialmente nas STA 118, 171 e 214, deferidas pela Presidência e posteriormente confirmadas pelo Plenário do Tribunal no julgamento das STA118 e 171, fizeram com que algumas decisões judiciais de primeiro e segundo graus trazidas aos autos e que, segundo o arguente, seriam diametralmente opostas ao que preceituam normas federais e

que teriam gerado situações que afrontariam a saúde pública e o meio ambiente, não subsistiram, tornando dispensável a análise inicialmente formulada e patentearam que o julgamento de mérito é que haveria de ter lugar.

2.3 Inexistência de outro meio judicial eficaz: adequação da ação

2.3.1 Enfatize-se, ainda, que o arguente vale-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental porque, aduz, este seria o meio a conduzir à "solução eficaz e definitiva" para o que se busca (fl. 59).

2.3.2 O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 é expresso quanto à vedação do ajuizamento da presente ação "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

A regra não significa que o ajuizamento da presente ação somente pudesse ser possível se já tivessem sido esgotados todos os meios admitidos na lei processual para

> afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar (...) que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. [MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 501.]

A adequação da presente arguição está na comprovação de existência de múltiplas ações judiciais sobre as normas aqui questionadas tendo como objeto exatamente os preceitos constitucionais fundamentais.

Na peça inicial da arguição se comprova que alguns daqueles casos foram julgados: a) em primeiro grau; b) em grau de recurso e, ainda, c) com trânsito em julgado.

Desta pletora de decisões, algumas conflitantes, e como não houve declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas relativas à matéria, tem-se a manutenção de atos concretos do poder público. Esses, porém, são tidos como não aplicáveis às situações descritas em diferentes processos mencionados nos autos.

A aplicação diferenciada e simultânea das normas pelas decisões judiciais contrárias parece traduzir descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais.

Não há, pois, outra ação na qual se possa suscitar o questionamento posto na presente arguição com a efetividade da prestação jurisdicional pretendida, donde a comprovação de acatamento ao princípio da subsidiariedade.

É a lição do ministro Gilmar Mendes, de Inocêncio Mártires Coelho e de Paulo Gustavo Gonet Branco, que,

> tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.
>
> Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade (...).
>
> A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.
>
> Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos. (...)
>
> *A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (...) o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva*. [*Curso de direito constitucional*. 2. ed. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público e Saraiva, 2008. p. 1154-1155 – Grifos nossos.]

E nesse passo, aliás, não posso deixar de salientar o que alertava Guillermo J. Cano, ainda nos anos setenta, sobre a importância da atuação do Poder Judiciário, de forma especial e própria, na efetivação do direito ambiental. Segundo aquele autor, há peculiar influência dos processos judiciais nacionais na proteção do direito ambiental, por ser o meio ambiente patrimônio da humanidade cuidado, por isso, numa dimensão internacional além daquela normativa nacional. E alerta para que "*Peter Sand (...) ha estudiado la influencia de las decisiones de tribunales judiciales de un pais acerca de hechos deteriorantes del ambiente producidos en otro, lo que introduce los temas del interés, el derecho, y la acción procesal de los particulares, en el campo del derecho ambiental internacional*" (*Derecho, política y administración ambientales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978).

De resto, este Supremo Tribunal assentou, na ADPF 33, que

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista, especialmente, o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal sempre poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei no 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

Assim, *é plausível admitir que o Tribunal deverá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade*.

Refuta-se, com tais considerações, o argumento também trazido pelo *amicus curiae* de que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental não respeitou o contido no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

A pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive neste Supremo Tribunal, nas quais se tem interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, tem provocado exatamente aquela situação de insegurança jurídica descrita pelo digno doutrinador, o que, acrescida da ausência de outro meio hábil a solucionar a polêmica pendente, conduz à conclusão de observância do princípio da subsidiariedade e, conseguintemente, do **cabimento da presente ação**.

Das ações plurais sobre a matéria

3. A arguente relacionou uma pletora de ações e respectivas decisões judiciais, que, segundo ela, comprovaria a existência de descumprimento dos preceitos fundamentais arrolados (anexo I).

De comum se teria que todas elas – pelo menos na argumentação apresentada pela arguente – põem em questão a legitimidade das normas proibitivas de importação de pneus usados.

Naquelas ações, o arguente relaciona 34 empresas que teriam obtido decisões judiciais favoráveis à importação de pneus usados e remoldados perante este Supremo Tribunal, tribunais regionais federais e juízes federais de diversas varas do País.

4. *As informações prestadas pelos arguidos* basicamente arrolaram quais as ações pendentes, o teor das decisões e a fase processual em que estão:

4.1 *O presidente do Supremo Tribunal Federal*, em 25-8-2008, relacionou as ações que já tramitaram no Tribunal "com trânsito em julgado, [e] que estão relacionad[a]s com o tema da ilegitimidade e da inconstitucionalidade da importação de pneus usados de qualquer espécie": "a) RE 411.318/CE, rel. min.

Celso de Mello; b) AI 245.552/CE, rel. min. Celso de Mello; c) RE 219.426/CE, rel. min. Sepúlveda Pertence; d) RE 203.954/CE, rel. min. Ilmar Galvão; e) SS 697-9/PE, rel. min. presidente Octavio Gallotti; j) RE 194.666/PE, rel. min. Carlos Velloso".

Informou, ainda, aquela digna autoridade estarem "pendentes de apreciação definitiva nesta Corte os seguintes processos, também referidos ao tema da ilegitimidade e da inconstitucionalidade da importação de pneus usados de qualquer espécie: a) ADPF 101-3, rel. min. Cármen Lúcia; b) ADI 3.939-3/DF, rel. min. Cármen Lúcia; c) ADI 3.801-0/RS, rel. min. Celso de Mello; d) ADI 3.947-4/PR, rel. min. Cármen Lúcia; e) RE 569.223/RJ, rel. min. Menezes Direito; g) STA 214-0/PA, rel. min. presidente; h) STA 118-6/RJ, rel. min. presidente; i) STA 171-6/RJ, rel. min. presidente.

4.2 *O Tribunal Regional Federal da 1ª Região* encaminhou apenas informações do juiz federal substituto Rodrigo Rigamonte Fonseca, da 12ª Vara de Belo Horizonte/MG, segundo o qual o titular daquela vara proferiu sentença no Processo 2004.38.00.021230-5 para julgar procedente o "pedido formulado [pela empresa autora] reconhecendo o direito desta de 'importar pneumáticos usados (...) desde que comprove junto à Autoridade Fiscalizadora o adimplemento da condição imposta pelas Resoluções [Conama] 258/1999 e 301/2003" (petição avulsa/STF 99.226, de 14-7-2008).

4.3 Do Tribunal Região Federal da 2ª Região vieram informações prestadas (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008):

4.3.1 Pelo desembargador Paulo Freitas Barata, de que não teria ocorrido descumprimento a preceito fundamental, nos processos abaixo relacionados, nos quais exarou decisão, e cujo objeto é o que se tem na presente arguição: AMS 95.02.032955-0 (negou provimento à apelação da empresa importadora Tecnoradial Pneus Ltda.); AI 2003.02.01.006756-2 (negou seguimento ao recurso do Ibama, por não estar devidamente instruído); AI 2003.02.01.006767-7 (concedeu efeito suspensivo ao recurso da União); AI 2003.02.01.016991-7 (negou provimento ao recurso da empresa importadora Camargo Trading Importação e Exportação Ltda.); AI 2004.02.01.011280-8 (homologou desistência da empresa importadora Catagon Transporte de Cargas e Importação Ltda.); Medida Cautelar Inominada 2005.02.01.000345-3 (negou seguimento ao pedido do Ibama, por ser inadmissível a via escolhida) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.3.2 Pelo desembargador Reis Friede, que "tem, reiteradamente, se manifestado no sentido da legitimidade da restrição imposta pela Portaria Decex 8/1991, do Departamento de Comércio Exterior, que proíbe a importação de bens de consumo usados" (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.3.3 Pelo desembargador Frederico Gueiros, que proferiu "diversas decisões no sentido de desacolher pedido de obtenção de licença para importação de carcaças de pneus usados da Europa" (AI 2005.02.01.012525-0; Apelação Cível 2004.51.01.018268-0; e AI 2007.02.01.002916-5) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.3.4 Pelo desembargador Francisco Pizzolante, que, em 23-5-2008, foram-lhe distribuídas duas apelações em mandado de segurança, ainda sem apreciação (AMS 96.02.3435-6 e AMS 2001.02.01.041519-1) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.3.5 Pelo desembargador Benedito Gonçalves, que deu provimento a recurso e reconsiderou decisão no sentido de não ser possível expedir licenças de importação de carcaças de pneumáticos usados (Medida Cautelar Inominada 2006.02.01.007932-2) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.3.6 Pela desembargadora Vera Lúcia Lima da Silva, que três ações mencionadas na petição inicial desta ação estão sob sua relatoria: a) Mandado de Segurança 2001.51.01.021578-7, em que se objetiva "a declaração de ineficácia da Portaria Secex 8/2000". A segurança foi negada pelo Juízo da 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e o recurso de apelação interposto foi "recebido apenas no efeito devolutivo [e] aguarda julgamento por parte da colenda Quinta Turma Especializada"; b) AC 2002.02.01.009972-8, com pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta "nos autos do processo principal e, desta forma, garantir a manutenção da atividade de importação de pneus usados. O pedido de liminar não foi apreciado e o processo seguiu seu trâmite regular e, no momento, aguarda sua inclusão em pauta para julgamento"; c) Mandado de Segurança 2003.02.01.016651-5 contra decisão do Juiz "da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro, proferida nos autos da Ação Mandamental 92.0050237-7, (...) a qual determinou que a autoridade impetrada se abstivesse de aplicar a Portaria Decex 18/1992, autorizando a importação de pneumáticos nos termos da Portaria Decex 1/1992". A medida liminar foi deferida e, posteriormente, cassada. "No presente momento (...) aguarda julgamento em pauta que será designada o quanto antes" (petição avulsa/STF 114.348, de 20-8-2008).

4.3.7 Pelo juiz federal substituto Gustavo Arruda Macedo, da 2ª Vara do Rio de Janeiro, que "a sentença proferida nos autos do Processo 2004.5101018271-0 reconheceu a constitucionalidade da Portaria Decex 8/1991 (...); foi interposto recurso de apelação, o qual aguarda julgamento" pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (petição avulsa/STF 101.340, de 21-7-2008).

4.3.8 Pela juíza federal substituta Marianna Carvalho Belloti, da 3ª Vara do Rio de Janeiro, que, no Processo 2000.51.01.015268-2, "não houve deferimento de liminar que autorizasse a importação de pneus usados (...) e o [Tribunal Regional Federal da 2ª Região], em 24-7-2007, julgou improcedente o recurso de apelação" (petição avulsa/STF 100.430, de 17-7-2008).

4.3.9 O juiz federal Firly Nascimento Filho, da 5ª Vara do Rio de Janeiro, encaminha cópias de decisões proferidas por ele e pelos magistrados André José Kozlowski e Liléa Pires de Medeiros, nos Processos 92.0050237-7, 2002.5101007841-7, 2002.5101022377-6, 2002.5101014704-5, 2003.5101007301-1, 2004.5101013327-9, nas quais foi concedida "a segurança para permitir a importação de carcaças de pneus usados para remoldagem" (petição avulsa/STF 101.335, de 21-7-2008).

4.3.10 o juiz federal convocado José Antonio Lisbôa Neiva, do Rio de Janeiro, que atuou apenas na Apelação Cível 2004.51.01.015952-9, "na qual a [Sexta Turma Especializada], por maioria, negou provimento ao apelo de Pneus Hauer Brasil Ltda." (petições avulsas/STF 98.427, de 10-7-2008, e 99.224, de 14-7-2008).

4.3.11 A juíza federal substituta Maria de Lourdes Coutinho Tavares, da 7ª Vara do Rio de Janeiro, apenas assertiva de que a juíza titular está de férias (petições avulsas/STF 100.431, de 17-7-2008, e 99.327, de 15-7-2008 – fax).

4.3.12 A juíza federal Salete Maria Polita Maccalóz, titular da 7ª Vara do Rio de Janeiro, solicitou a exclusão daquele órgão como arguida, uma vez que foi atribuído àquela Vara o Processo 2003.51.01.02015-7, "bem como à Quarta Turma. Esse processo não tramitou na 7ª Vara, desde seu ajuizamento tocou para a 24ª Vara desta Seção Judiciária" (petição avulsa/STF 112.535, de 15-8-2008).

4.3.13 O juiz federal substituto José Luís Castro Rodrigues, da 8ª Vara, do Rio de Janeiro, que ali tramitaram "dois mandados de segurança cujos objetos referem-se à importação de carcaças de pneus remodelados. No primeiro deles, Mandado de Segurança 95.0019425-2", a segurança foi concedida; a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento à remessa necessária e a decisão transitou em julgado. No Mandado de Segurança 2002.5101022492-6, foi deferida a tutela antecipada e, posteriormente, a segurança foi negada. No julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reformou o julgado "sob o fundamento de que a restrição da Portaria Decex 8/1991 não se aplica a insumos destinados à produção, o que se configuraria na hipótese, condicionando, no entanto, o deferimento das licenças à observância da Resolução Conama 258/1999, a ser comprovada por meio de certidão expedida pelo Ibama, que deverá ser apresentada à Autoridade Impetrada. Tal decisão transitou em julgado restando pendente apenas o cumprimento de decisão determinando a intimação das partes" (petição avulsa/STF 110.573, de 13-8-2008).

4.3.14 O juiz federal substituto Fábio César dos Santos Oliveira, da 11ª Vara, do Rio de Janeiro, que o Processo 2003.51.01.005700-5, mencionado na petição inicial, teve o pedido de tutela antecipada indeferido pelo juiz federal substituto José Carlos Zebulum, contra o que foi interposto agravo de instrumento e a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu-lhe provimento, porém verificou-se que "o domicílio da parte autora é no Município de Londrina, Estado do Paraná, (...) [E,] determinada a remessa dos autos para distribuição a uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Londrina, foi declarada a nulidade das decisões proferidas e daquelas que as substituíram, não mais persistindo os efeitos do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (petição avulsa/STF 101.342, de 21-7-2008).

4.3.15 O juiz federal Cláudio Maria Pereira Bastos Neiva, da 14ª Vara do Rio de Janeiro, informa jamais ter proferido "decisão autorizando a importação de pneus usados". O Processo 2002.5101014705-1, observa, não é da 14ª Vara Federal como consta da inicial (petição avulsa/STF 102.509, de 23-7-2008).

4.3.16 O juiz federal Bruno Otero Nery, da 15ª Vara do Rio de Janeiro, que o único processo em trâmite naquele juízo e mencionado na inicial (MS 2004.5101005193-7) teve a medida liminar indeferida, "e, no mérito, o pedido foi julgado improcedente e denegada a segurança, estando atualmente os autos no [Tribunal Regional Federal da 2ª Região] para julgamento de recurso de apelação" (petição avulsa/STF 101.334, de 21-7-2008).

4.3.17 O juiz federal substituto Rafael de Souza Pereira Pinto, da 16ª Vara do Rio de Janeiro, que cinco processos tramitaram naquele juízo. Em dois deles a segurança foi negada (Processos 2003.5101009085-9 e 2003.5101028108-2); em outros dois, a segurança foi concedida em parte e determinado às autoridades impetradas a "pronta expedição das licenças de importação dos insumos industrias (carcaças de pneus usados)" (Processos 2004.5101021624-0 e 2006.5101005790-0); e em outro houve o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela e foi determinado aos "Réus a adoção das medidas necessárias à expedição das licenças de importação" (Processo 2006.5101006669-0) (petição avulsa/STF 101.338, de 21-7-2008).

4.3.18 O juiz federal Eugênio Rosa de Araújo, da 17ª Vara do Rio de Janeiro, que o Processo 2004.5101011794-8, "em que figura como autora Novabresso Remoldagem de Pneus Ltda. e como réus União e Ibama (...) [foi julgado] improcedente (...). Como não houve recurso contra a referida sentença, tendo a mesma transitado em julgado, a União iniciou a execução para exigir do executado, ora autor, o pagamento da sucumbência, encontrando-se o processo nessa fase atualmente (...). Sendo assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental em tela não deve atingir o juízo da 17ª Vara" (petição avulsa/STF 99.484, de 15-7-2008).

4.3.19 A juíza federal Regina Coeli Medeiros de Carvalho, da 18ª Vara do Rio de Janeiro, "estranhou" o comparecimento daquele órgão na ação, ao argumento de que "[tem manifestado,] há tempos, firme posicionamento contrário às importações de pneus com a finalidade de comercialização no mercado interno após a remodelagem ou recauchutagem dos mesmos, com o indeferimento de todos os pedidos de liminar apresentados e a improcedência das ações ajuizadas com esse propósito". Assevera que, no Processo 2002.51.01.021335-7, o pedido da empresa foi julgado improcedente, e, no Mandado de Segurança 2001.51.01.001651-1, a segurança foi concedida para autorizar a expedição das licenças de importação "desde que comprovado que os referidos bens foram adquiridos anteriormente ao advento da Portaria Secex 8, de 25 de setembro de 2000. Este processo, atualmente, encontra-se pendente de julgamento do recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (petição avulsa/STF 98.918, de 11-7-2008);

4.3.20 Pelo juiz federal substituto Érico Teixeira Vinhosa Pinto, da 20ª Vara do Rio de Janeiro, que, "ao contrário do que afirmado na petição inicial, o pedido formulado nos autos do Processo n. 2006.51.01.004284-2, (...) foi julgado improcedente". No julgamento do recurso de apelação, foi deferida a antecipação da tutela recursal, "sendo certo que tal decisão encontra-se suspensa por força do provimento emanado pela então ministra presidente [do] Supremo

Tribunal Federal". Noticia, ainda, que "proferiu sentença de improcedência em outros casos idênticos, dos quais se podem citar os Mandados de Segurança 2005.51.01.015092-0, 2006.51.01.016980-5 e 2007.51.01.017070-8" (petição avulsa/STF 101.336, de 21-7-2008).

4.3.21 A juíza federal substituta Liléa Pires de Medeiros, da 22ª Vara do Rio de Janeiro, que o Processo 2002.51.01.014526-1 está arquivado (petição avulsa/STF 104.362, de 29-7-2008).

4.3.22 O exame das 510 folhas encaminhadas contendo "cópia integral dos autos do Mandado de Segurança 2002.51.01.014526-1" conduz à conclusão de ter sido concedida a segurança "para determinar que o diretor do Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex se abstenha de negar a importação, pela impetrante, de carcaças de pneumáticos usados destinados à matéria-prima para o fabrico de pneus remoldados, na proporção do quantitativo de pneus inservíveis comprovadamente coletados e destruídos pela empresa" (fl. 169). Em 26-5-2004, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à apelação da União (fl. 429), decisão que transitou em julgado em 20-4-2005 (petição avulsa/STF 112.536, de 15-8-2008).

4.3.23 A juíza federal Vellêda Bivar Soares Dias Neta, da 24ª Vara do Rio de Janeiro, anexa cópia do Processo 2003.51.01.020151-7, que "foi da lavra do então juiz em exercício (...) Dr. Washington Juarez de Brito Filho", que concedeu a segurança para que a União se abstivesse de "impor obstáculos no licenciamento das importações de carcaças de pneus" (petição avulsa/STF 103.637, de 25-7-2008).

4.3.24 Pelo juiz federal Marcelo Pereira da Silva, da 27ª Vara do Rio de Janeiro, que nenhum dos processos relacionados pelo arguente foi a ele concluso, e, quanto aos feitos relacionados à matéria (Processos 2005.51.01.014658-8 e 2006.51.01.02500-7), "nenhum deles teve resultado favorável à tese dos autores em 1º grau de jurisdição" (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4.4 Do Tribunal Regional da 3ª Região veio a informação, prestada pela eminente presidente, dra. Marli Ferreira, de que aquele "Tribunal tem decidido (...) no sentido da legitimidade da vedação imposta à importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 95.983, de 3-7-2008).

Especifica que apenas a Terceira Turma daquele Tribunal tem decisões que destoam desse entendimento: a) Processos 93.03.090089-8 e 94.03.030116-3, que discutiram a "legalidade da vigência da Portaria 1/1992, que estabeleceu restrições para a importação de pneumáticos usados para fins de recauchutagem"; b) o Processo 95.03.003038 fundou-se na "validade da Portaria Ibama 138-N/92, que proibiu a importação de resíduos de pneumáticos, porém entendendo que a restrição nela contida não se aplicaria aos pneus recauchutados, que já passaram por processo de industrialização, estando afastado o risco de danos ambientais"; c) no Processo 2002.61.00.004306-9, citado pelo arguente, "não foi proferida qualquer decisão judicial no sentido da legalidade e constitucionalidade da importação de pneus usados" (petições avulsas/STF 100.967, de 18-7-2008, e 95.986 (fax), de 3-7-2008) (especificações dos magistrados no item 3 do Anexo II).

4.4.1 Nesse sentido, a desembargadora federal Alda Bastos noticia não ter proferido "decisão judicial [alguma] no sentido da legalidade e constitucionalidade da importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.2 O desembargador federal Carlos Murta afirma que "não foi localizado nenhum registro de ação cujo objeto coincida com" o desta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.3 O juiz federal convocado Rodrigo Zacharias, de São Paulo, informa o número dos processos julgados, nos termos do que informado pelo presidente daquele Tribunal Regional Federal (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.4 A desembargadora federal Yatsuda Moromizato Yoshida atesta não ter proferido "decisões acerca da matéria ventilada n[estes] autos" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.5 O desembargador federal Lazarano Neto não se recorda de "ter julgado favoravelmente à importação de bens de consumo usados, especialmente com relação a pneus" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.6 A desembargadora federal Mairan Maia também informa não ter proferido "decisão favorável à importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.7 O desembargador federal Márcio Moraes noticia que, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança 199.61.12.002114-3, foi negado provimento ao recurso da empresa importadora de pneus usados (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.8 O desembargador federal Nery da Costa Júnior informa o julgamento da Apelação Cível 95.3.3038-2 "pela Terceira Turma d[aquela] Corte, [em 26-7-2006], sendo, à unanimidade, negado provimento à apelação" da empresa importadora (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.9 A desembargadora federal Regina Helena Costa assevera lhe terem sido conclusos autos dos Processos 2000.61.04.009196-0 e 2005.61.06.00730-5, "nos quais foram proferidas, respectivamente, sentença concessiva e denegatória das ordens" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.10 O desembargador federal Roberto Haddad atesta não constar em seu gabinete "decisões judiciais no sentido de permitir a importação de bens de consumo usados" e apresenta quatro decisões em agravo, nos quais foram indeferidos os pedidos de efeito suspensivo requeridos pelas empresas (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.11 A desembargadora federal Salette Nascimento informa que o Processo 2002.61.00.004306-9, referido na petição inicial, não é de sua relatoria (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.12 O juiz federal convocado Luiz Alberto de Souza Ribeiro informa não ter proferido qualquer decisão a respeito da matéria tratada nesta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.13 O juiz federal convocado Roberto Jeuken informa "que não funcion[ou] como relator em nenhum processo relativo à importação de pneus usados (...). No entanto, integr[ou] quorum de votação, relativamente à matéria na AMS 94.03.093527-8 e REOMS 93.03.012361-1". O sítio daquele tribunal dá notícia de que, no primeiro, a apelação da empresa foi parcialmente provida quanto à legitimidade e, no mérito, a segurança foi negada; no segundo, foi negado provimento à remessa *ex officio*, ao fundamento de que "a impetrante obteve a Guia para a importação de pneus usados, já na vigência da Portaria Decex 8, porém, antes da Portaria Decex 1/1992, para um total de 11.000 peças, o que fez em partes e em datas distintas. Por ocasião da última remessa de bens, já vigorava a Portaria 1/1992, tendo a administração, com sua aplicação, obstado a liberação dos bens. Não se discute a validade da Portaria 1/1992, mas sua aplicação, diante das peculiaridades do caso trazido, considerando tratar-se de norma superveniente à importação, cuja autorização logrou obter do poder público, mesmo na vigência da Portaria Decex 8/1991, não podendo retroagir para colher autorização já concedida. Anot[a-se], ademais, que os bens chegaram ao Porto de Santos em 27 de dezembro de 1991, e, embora a Declaração de Importação tenha sido registrada apenas em 23 de janeiro de 1992, todos os atos materiais de importação ocorreram antes da vigência do mencionado dispositivo legal (Portaria 1/1992), o qual, conquanto legítimo, mostra-se inaplicável, na hipótese, não podendo retroagir para ser aplicado às Guias de Importações já deferidas, cujos bens ingressaram no País, igualmente, antes de sua existência" (*DJ* de 20-9-2007) (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.14 O juiz federal José Francisco da Silva Neto, da 3ª Vara de Bauru/SP, convocado perante a Turma Suplementar da Segunda Seção, informa que "não atuou, como relator, em nenhum feito envolto com a matéria objeto" desta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008);

4.4.15 O juiz federal convocado Valdeci dos Santos afirma não ter atuado em qualquer processo relativo à importação de pneus usados (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.16 A juíza federal convocada Eliana Marcelo informa que proferiu "dois votos, Acórdãos de n. 94.03.093527-8 e 93.03.12361-1, em perfeita consonância com as disposições contidas na Portaria Decex 8, de [14-5-1991], do Departamento de Comércio Exterior, não tendo havido, portanto, infringência às normas questionadas" na presente arguição (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4.17 A juíza federal Mônica Autran Machado Nobre, da 4ª Vara Federal de São Paulo, informa que a sentença que julgou procedente o pedido não foi por ela proferida e os autos – Processo 2002.61.00.004306-9 – estão conclusos a desembargadora para julgamento da apelação interposta (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.5 O Tribunal Regional Federal da 5ª Região encaminha rol de processos versando sobre a matéria desta arguição e a situação de cada qual (item 4 do

Anexo II), afirmando o presidente daquele Tribunal Região Federal ter sido noticiado que "nenhuma informação se tem a prestar além daquelas já trazidas na petição inicial que instrui" esta ação (petição avulsa/STF 100.115, de 17-7-2008 especificações no item 5 do Anexo II).

Mas a juíza federal substituta Gisele Chaves Sampaio Alcântara, da 4ª Vara de Fortaleza/CE, informa que, no Processo 95.0022905-6, Recapadora de Pneus Hauer Brasil Ltda., impetrou e obteve mandado de segurança, decisão que foi confirmada em segundo grau. Porém, no julgamento do RE 411.318-0, o ministro Celso de Mello deu provimento ao recurso da União, mantida a decisão no julgamento do agravo regimental, tendo sido os autos arquivados (petição avulsa/STF 100.114, de 17-7-2008).

De todos se vê que alguns responderam no sentido de não ter havido o deferimento de pedido formulado para se negar aplicação às normas, e os que os deferiram basearam-se em interpretação conclusiva quanto à ilegalidade das normas proibitivas da importação dos pneus, especialmente quanto aos remoldados.

Da exclusão de alguns arguidos

5. O arguente relaciona decisões judiciais que, segundo ele, teriam sido favoráveis à importação de pneus usados e remoldados no Supremo Tribunal Federal, nos tribunais regionais federais e em juízos federais de diversas varas do País.

Alguns dos arguidos responderam ao pedido de informações demonstrando "indignação" pela inclusão de processos a eles distribuídos e julgados, pois, afirmam, jamais teriam proferido decisões que autorizassem a importação de pneus usados e remoldados.

O exame das informações **leva à necessidade de serem excluídos alguns dos arguidos, pois a legitimidade das partes é uma das condições da ação, e, nos termos das informações prestadas, não houve qualquer decisão por eles proferida que considerasse legal e/ou constitucional a importação de pneus usados e reformados, pelo que devem eles ser tidos como ilegítimos para figurar na presente arguição**.

São eles:

5.1 Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

a) AMS 95.02.032955-0; AI 2003.02.01.006756-2; AI 2003.02.01.006767-7; AI 2003.02.01.016991-7; AI 2004.02.01.011280-8; Medida Cautelar Inominada 2005.02.01.000345-3, rel. desembargador Paulo Freitas Barata;

b) desembargador Reis Friede;

c) AI 2005.02.01.012525-0; Apelação Cível 2004.51.01.018268-0; e AI 2007.02.01.002916-5, desembargador Frederico Gueiros;

d) Medida Cautelar Inominada 2006.02.01.007932-2, rel. desembargador Benedito Gonçalves;

e) Processo 2004.5101018271-0, da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro (recurso de apelação pendente de julgamento);

f) Processo 2000.51.01.015268-2, da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

g) Apelação Cível 2004.51.01.015952-9, da Sexta Turma Especializada;

h) Processo 2003.51.01.02015-7, mencionado, não tramitou na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

i) Processo 2003.51.01.005700-5, da 11ª Vara do Rio de Janeiro, foi encaminhado à Subseção Judiciária de Londrina/PR, e não persistiram as decisões proferidas.

j) Processo 2002.5101014705-1 não pertence à 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e jamais foi proferida "decisão autorizando a importação de pneus usados";

k) MS 2004.5101005193-7, da 15ª Vara do Rio de Janeiro;

l) Processo 2004.5101011794-8, da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

m) Processo 2006.51.01.004284-2; Mandados de Segurança 2005.51-1-015092-0; 2006.51.01.016980-5; e 2007.51.01.017070-8, da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

n) Processos 2005.51.01.014658-8 e 2006.51.01.02500-7, da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

5.2 Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Apenas a Terceira Turma daquele tribunal tem autorizado a importação de pneus usados. Não autorizaram a importação de pneus usados e reformados:

a) desembargadora federal Alda Bastos;

b) desembargador federal Carlos Murta;

c) desembargadora federal Yatsuda Moromizato Yoshida;

d) desembargador federal Lazarano Neto;

e) desembargadora federal Mairan Maia;

f) Apelação em Mandado de Segurança 199.61.12.002114-3, desembargador federal Márcio Moraes;

g) Apelação Cível 95.3.3038-2, desembargador federal Nery da Costa Júnior;

h) desembargador federal Roberto Haddad;

i) Processo 2002.61.00.004306-9, não é de relatoria da desembargadora federal Salette Nascimento;

j) juiz federal convocado Luiz Alberto de Souza Ribeiro;

k) juiz federal José Francisco da Silva Neto, da 3ª Vara em Bauru/SP;

l) juiz federal convocado Valdeci dos Santos;

m) Processos 94.03.093527-8 e 93.03.12361-1, da juíza federal convocada Eliana Marcelo;

n) juíza federal Mônica Autran Machado Nobre;

5.3 Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

a) Processo 2003.70.00.047071-8, da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, tem objeto diverso da questão versada nos autos;

b) Processo 2002.70.00.008773-6, da 7ª Vara de Curitiba.

As opiniões dos especialistas

6. A especificidade e a repercussão que abrangem o tema, somadas à necessidade de um exame mais acurado das razões e dos fundamentos veiculados na presente ação e melhor compreensão das questões aqui envolvidas, foram determinantes para a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 9.882/1999, a qual ocorreu em 27-6-2008, ocasião em que especialistas manifestaram-se sobre suas teses, de forma a clarear ambas as proposições: contrária e favorável à importação dos pneus usados e remoldados.[1]

Breve histórico da legislação sobre a matéria

7. A questão posta a exame na presente arguição fere, especificamente, três preceitos constitucionais fundamentais, a saber, o direito à saúde e, conexo a ele, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225, da Constituição brasileira), do que decorre que a busca de desenvolvimento econômico sustentável, enfatizados nos autos os princípios da livre iniciativa e da liberdade de comércio, há de se dar com o desenvolvimento social saudável.

8. Na espécie em causa se põem, de um lado, a) a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, b) o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizado por várias empresas, que, por sua vez, geram empregos diretos e indiretos.

Alguns documentos e, em especial, as normas que necessitam ser enfatizadas para o deslinde da causa em exame, contudo, podem ser listadas na forma seguinte[2]:

– Em 1980, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (Cercla) ou *Superfund* para combater os danos causados pelos resíduos perigosos que são jogados fora ou abandonados, sem controle por qualquer órgão ou empresa e, ainda, para estabelecer o respectivo fundo para financiar medidas rápidas e processos de descontaminação. O objetivo, então, foi "desenvolver atividades de saúde pública especificamente associadas à exposição, real ou

potencial, a agentes perigosos emitidos ao ambiente" (fonte: portal saúde do governo federal);

– Em 1981, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente promoveu reunião de Peritos em Legislação Ambiental em Montevidéu, preocupados com o transporte de resíduos tóxicos e poluentes entre países e idealizou o que viria a ser a Convenção da Basileia;

– Em 31-8-1981, o Brasil sancionou a Lei 6.938, que "dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação", por ela se instituindo o princípio do poluidor-pagador[3];

– Em 1982, foi celebrada em Montego Bay, na Jamaica, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar, pela qual se declarou que a maior parte dos poluentes marítimos é originária dos continentes, donde a declaração da necessidade de se estabelecerem regras, padrões e ações para prevenir a degradação do ambiente marinho[4];

– Em *23-1-1986*, foi publicada a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama 1, que "Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental", assim considerado "qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;" (art. 1º);

– Em 4-8-1987, foi publicado o Relatório *Nosso Futuro Comum*, ou Relatório *Brundtland*, resultado de estudos promovidos pela Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) e chefiados pela primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, no qual se difundiu o termo "desenvolvimento sustentável" como "o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades":

– Em 1988, a Constituição do Brasil inclui a saúde como direito social fundamental (art. 6º), dispondo, ainda, que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).

Conferiu-se competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para "proteger o meio ambiente *e combater a poluição em qualquer de suas formas*" (inciso VI do art. 23).

Em outra norma de sobreimportância, estatuiu a Constituição brasileira:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;[6]

– Ainda no plano internacional, mas com reflexos diretos na legislação interna dos Estados signatários, um dos quais o Brasil, de se salientar a *Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito*, de 22-3-1989, adotada e reconhecida como documento de referência mundial na Conferência de Plenipotenciários, em Basileia, convocada pelo diretor executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que definiu a organização e o movimento de resíduos sólidos e líquidos perigosos (fonte: <http://www.basel.int>);

– Na sequência dos princípios adotados naquela Convenção é que, em 14-5-1991, foi editada, no Brasil, a Portaria 8, pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex), vedando a importação de bens de consumo usados (art. 27);

– A Convenção da Basileia entrou em vigor em 5-5-1992, e, em seu preâmbulo, reconheceu-se que "a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo", bem como "*qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de Resíduos perigosos estrangeiros e outros Resíduos no seu território*";[7]

– Entre 3 a 14 de junho de 1992, realizou-se, no Rio de Janeiro, a Conferência da ONU em Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) ou Eco-92, na qual se discutiu não apenas o meio ambiente, mas a economia e suas

consequências sobre o meio ambiente. Desse encontro resultaram alguns documentos: a) A Carta da Terra; b) três convenções (Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas); c) a declaração de princípios sobre florestas; d) a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento; e e) a Agenda 21 (base para que cada Estado elabore seu plano de preservação do meio ambiente)[8]. Ali foram confirmadas as diretivas da Conferência de Estocolmo, 1972, além da validação de outros conceitos, como o desenvolvimento sustentável e o princípio do poluidor-pagador;

– Em 16-6-1992, o Congresso Nacional editou o Decreto legislativo 34, pelo qual se aprovou o texto da Convenção da Basileia, e, em 15-10-1992, o Brasil depositou sua carta de adesão, que passou a vigorar em 30-12-1992;

– Em 22-12-1992, foi publicada a Portaria Ibama 138-N, que, com base na Convenção da Basileia, proibiu a importação de pneus usados (art. 2º, III, § 3º);

– Em 19-7-1993, foi publicado o Decreto 875, pelo qual o Brasil promulgou o texto da Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito;

– Em 1996, a norma ISO 14.001, que versa sobre gestão ambiental das empresas, foi tomada como padrão internacional. E, **em 12-12 daquele mesmo ano, a Resolução 23, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), proibiu a importação de pneus usados**;

– Em 7-1-1998, a Resolução 235, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), alterou o Anexo 10 da Resolução Conama 23 e classificou os pneumáticos usados na categoria de "resíduos inertes", de importação proibida (código Nomenclatura Comum do Mercosul 012.20.00);

– Em 1998, foi adotada a Convenção de Rotterdam ou Convenção PIC sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas, assinado por mais de 75 países, para reduzir riscos associados ao uso de pesticidas e produtos químicos perigosos das atividades industriais. **Por ela se permite que países signatários, como o Brasil, deliberem sobre quais produtos químicos perigosos poderão ser importados em seu território e quais serão proibidos, por apresentarem riscos ao meio ambiente e à saúde humana**. *A Convenção PIC, a Convenção da Basileia sobre Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Tóxicos e a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POP) constituem a base das normas internacionais que regulam a produção, o transporte internacional e o comércio de certas substâncias químicas consideradas tóxicas ou prejudiciais à saúde e ao meio ambiente*;

– Em 26-8-1999, *a Resolução Conama 258 estabeleceu o princípio da responsabilidade do produtor e do importador de pneus novos, incluídos aqueles que acompanham o veículo, para a sua adequada destinação*;

– Em 25-9-2000, foi editada a Portaria Secex 8, que proibiu a importação de pneus usados e recauchutados, seja sob a forma de matéria-prima, seja sob

a forma de bem de consumo, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM);

– Em 14-9-2001, sobreveio o Decreto 3.919, que estabeleceu multa aos que importassem pneus usados ou reformados, mas isentou de multa aqueles que importassem pneus provenientes dos países integrantes do Mercosul;

– Em 8-2-2002, foi publicada a Portaria Secex 2, editada para dar cumprimento à decisão do Tribunal Arbitral ad hoc do Mercosul, pela qual se reconheceu o direito dos países integrantes daquele bloco de exportar pneus remoldados para o Brasil;

– Em 21-3-2002, a Resolução Conama 301 alterou dispositivos da Resolução Conama 258/1998, regulamentou a destinação final a ser dada aos pneus remoldados provenientes do Mercosul e indicou fabricantes e importadoras obrigados a coletar e dar destinação final ambientalmente adequada aos pneus inservíveis. Ficaram dispensadas as empresas que realizavam procedimentos de reforma ou de destinação final;

– Em 1º-12-2003, a Portaria Secex 17 proibiu a importação de pneus recauchutados e usados, porém admitiu a importação de pneus remoldados provenientes do Mercosul (art. 39);

– Em 24-2-2004, entrou em vigor, no Brasil, a Convenção de Rotterdam sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de certas Substâncias Químicas;

– Em 17-11-2004, a Portaria Secex 14 revogou a Portaria Secex 17, mantendo, entretanto, a proibição da importação de pneus recauchutados e usados, mas admitindo a importação dos pneus remoldados provenientes do Mercosul (art. 40);[9]

– Em 7-12-2006, foi editada a Portaria Interministerial MDIC/MCT 235 (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior/Ministério da Ciência e Tecnologia), que, embora tenha alterado dispositivo da Portaria Decex 8/1991, manteve a proibição de importação de bens de consumo usados.

Importação de pneus usados – legislação brasileira

8.1 No contexto histórico mundial, em meio às preocupações com a preservação do meio ambiente e com o desenvolvimento econômico que o Brasil alcançava, é que o Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex), órgão subordinado à Secretaria de Comércio Exterior (Secex), do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e responsável pelo controle do comércio exterior, em observância ao princípio da legalidade, *editou a Portaria 8, de 14-5-1991*, antes mencionada, em cujo art. 27 se dispôs:

> *Art. 27. Não será autorizada a importação de bens de consumo usados.*

Em seu dever de controlar os atos de comércio exterior, avaliar o enquadramento destes às normas vigentes, fiscalizar a sua observância e garantir a sua plena efetividade, para não se permitirem comportamentos a elas contrários, é

que o Decex proibiu a importação de pneus usados, seja na forma de matéria-prima, seja como bem de consumo.

Em 9-1-1992 sobreveio a Portaria Decex 1, permitindo a importação de pneus usados, desde que fossem usados como matéria-prima para a indústria de recauchutagem.

Mas *a Portaria Decex 18/1992 revogou aquela primeira (Portaria Decex 1/1992) e manteve a proibição de importação de pneus usados contida na Portaria Decex 8/1991.*

Órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), instituído pela Lei 6.938/1981, e que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/1990, com competência para estabelecer regras que disciplinam a monitoração, a fiscalização e o controle do uso que se dá aos recursos ambientais, tem entre as suas atribuições (art. 8º, VII):

> estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Por força do que se contém na Convenção da Basileia e com base, expressa e determinante, de sua atribuição estabelecida na Lei 6.938, de 1981, é que o Conama editou a Resolução 23, de 12-12-1996, e seu art. 4º proibiu expressamente a importação de pneus usados.

É expresso, portanto, o fundamento constitucional e legal daquelas normas editadas, sendo a sua base legitimadora nacional.

Para não haver dúvida quando à classificação dos pneus remoldados e recauchutados como pneus usados, e a incidência sobre eles da proibição da Portaria Decex 8/1991, foi editada a Portaria Secex 8, de 25-9-2000, que dispôs:

> *Art. 1º Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.*
>
> Art. 2º Revoga-se a Portaria Decex n. 18, de 13 de julho de 1992.

8.2 Ao vedar a importação de pneus recauchutados e usados, na forma de bens de consumo ou como matéria-prima, *o Brasil proibiu, por norma específica e expressa, a entrada no País de pneus que tivessem passado por qualquer processo de reutilização ou recuperação, considerando que todas essas formas de reciclagem referem-se a pneu usado.*

8.3 Com a edição da Portaria Secex 8, de 25-9-2000, o Uruguai considerou-se prejudicado e solicitou ao Brasil negociações diretas sobre a proibição de importação de pneus remoldados, portanto usados, procedentes daquele País (nos termos dos arts. 2º e 3º do Protocolo de Brasília), o que deu causa ao questionamento do Uruguai perante o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul.

Encerrada a fase de negociações, o Uruguai iniciou o procedimento arbitral. Vale recordar que, em 2000, decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) firmou o compromisso dos Países integrantes não darem causa a medidas restritivas ao comércio entre eles. Todavia, ainda assim, houve exceções às regras de livre comércio. A Portaria Secex 8/2000 não estava relacionada nessa exceção.

Para reforçar a proibição de entrada de pneus que tivessem passado por qualquer processo de recuperação ou reutilização, em 14-9-2001 foi editado o Decreto 3.919, que acrescentou dispositivo ao Decreto 3.179, de 21-9-1999, o qual, à sua vez, especificava as sanções aplicáveis às condutas e às atividades lesivas ao meio ambiente. Com a alteração se estabeleceu multa para aqueles que importassem pneus usados ou reformados, isentos desta, porém, os pneumáticos usados procedentes dos países integrantes do Mercosul:

> Art. 47-A. Importar pneu usado ou reformado:
> Multa de R$ 400,00 (quatrocentos reais), por unidade.
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições.
> § 1º Incorre na mesma pena quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições. (Renumerado do Parágrafo único pelo Decreto n. 4.592, de 2003).
> § 2º *Ficam isentas do pagamento da multa a que se refere este artigo as importações de pneumáticos reformados classificados nas NCM 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 e 4012.1900, procedentes dos Estados Partes do MERCOSUL, ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18. (Incluído pelo Decreto n. 4.592, de 2003).*

O laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, de 9-1-2002, concluiu, entretanto, pela ilegalidade da proibição de importação de pneus remoldados de países integrantes do bloco econômico da América do Sul, e, em consequência, *o Brasil teve de adequar sua legislação àquela decisão. Sob esse fundamento, a Secretaria de Comércio Exterior (Secex) editou a Portaria 2/2002, que manteve a vedação de importação de pneus usados, à exceção dos pneus remoldados provenientes dos países-partes do Mercosul*.[10]

Em 1º-12-2003, foi editada a Portaria Secex 17, que consolidou as normas em vigor sobre a matéria e manteve a proibição de importação de pneus recauchutados e usados, à exceção dos remoldados oriundos dos países do Mercosul, nos seguintes termos:

> *Art. 39. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima (...) à exceção dos pneumáticos remoldados (...) originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18.*

Em 17-11-2004, a Secretaria de Comércio Exterior publicou a Portaria 14, que dispôs:

> *Art. 40. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18.*

Em 7-12-2006, o ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior editou *a Portaria Interministerial 235*, cujo art. 27 manteve o disposto na Portaria Decex 8/1991, no sentido de não autorizar a importação de bens de consumo usados.

Em 22-11-2007, a Secex editou a Portaria 36, que manteve a proibição de importação de pneus recauchutados e usados, à exceção dos remoldados procedentes do Mercosul:

> *Art. 41. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18.*
>
> *Parágrafo único. As importações originárias e procedentes do Mercosul deverão obedecer ao disposto nas normas constantes do regulamento técnico aprovado pelo Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para o produto, nas disposições constantes do inciso V do Anexo B, assim como nas relativas ao Regime de Origem do Mercosul e nas estabelecidas por autoridades de meio ambiente.*

Em 22-7-2008, o presidente da República editou o Decreto 6.514, que, entre outras providências, "dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente [e] estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações".

O art. 153 daquele decreto revogou o Decreto 3.919, de 14-9-2001.

8.3 Esse histórico das normas serve a comprovar que apenas durante um curtíssimo intervalo de tempo, entre a edição das Portarias Decex 1/1992 e 18, de 13-7-1992, é que se permitiu a importação de pneus usados e, ainda assim, com a ressalva de que fossem utilizados como matéria-prima para a indústria de recauchutagem.

É esse, aliás, o entendimento sedimentado neste Supremo Tribunal Federal, como se tem, por exemplo, no STA 118-AgR:

> Registrou-se que, à exceção do período compreendido entre as Portarias Decex 1/1992 e 18/1992, desde a edição da Portaria Decex 8/1991, não é permitida a importação de bens de consumo usados. Asseverou-se que a proibição geral de importação de bens de consumo ou de matéria-prima usada vigorou até a edição da Portaria Secex 2/2002, consolidada na Portaria Secex 17/2003 e, mais recentemente, na Portaria Secex 35/2006, que adequou a legislação nacional à decisão

proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul para reiterar a vedação, com exceção da importação de pneus recauchutados e usados remoldados originários de países integrantes do Mercosul. [Rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 12-12-2007.]

9. Foi, pois, por força da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* que, em 2003, o Brasil viu-se obrigado a aceitar a importação, por ano, de até 130 mil pneus remoldados dos países-partes do Mercosul, basicamente do Uruguai.[11]

Observo, ainda, que a mesma proibição de pneus usados foi objeto de normas argentinas, também questionada pelo Uruguai e matéria de lide perante o Tribunal *ad hoc*.

É de se atentar que conferir destinação adequada a todo tipo de pneu tem sido desafio constante para todos os países.

10. A questão posta na presente arguição é se teria havido descumprimento dos preceitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, pelas decisões judiciais nacionais, que vêm permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul.

10.1 A necessidade premente de se pacificar o cuidado judicial sobre a matéria decorreu da circunstância de ela ter sido objeto de contencioso perante a Organização Mundial do Comércio (OMC), a partir de 20-6-2005, quando houve Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil.

Abro parêntese para acentuar que, hoje, convive a União Europeia com o desafio de dar destinação a aproximadamente 80 milhões de novos pneus usados anualmente postos ao descarte e que não mais poderão ser aterrados e queimados em suas fronteiras.

Em 20-1-2006, instalou-se Painel pelo Órgão de Solução de Controvérsia, no qual Argentina, Austrália, Japão, Coreia, EUA, China, Cuba, Guatemala, México, Paraguai, Taipé Chinês e Tailândia reservam direitos de terceira parte.[12]

11. De se anotar que o início daquele procedimento se dera em 20-6-2005, com fundamento no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), de 1994, e do Entendimento sobre Regras e Procedimentos de Solução de Controvérsias (DSU). A União Europeia formulou consulta ao Brasil sobre proibição de importação de pneus usados e reformados procedentes da União Europeia e a correlata mantença da importação de pneus remoldados provenientes dos países integrantes do Mercosul.

Em 20-7-2005, em Genebra, o Brasil e a Comunidade Europeia reuniram-se. Não houve acordo. Em 17-11-2005, a União Europeia requereu fosse estabelecido um Painel, aberto em 20-1-2006.[13]

Os países integrantes da União Europeia ressaltaram então: a) a proibição de importação de pneus remoldados; b) a imposição de multa de quatrocentos reais para quem importa "comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado"; c) a isenção de proibição de importação e de penalidades econômicas por parte do Brasil aos países integrantes do Mercosul; d) que a existência de legislações proibitivas da comercialização de

pneus reformados importados afrontaria os princípios de livre comércio e isonomia entre os países membros da OMC.

O Brasil argumentou, então, sobre a necessidade de adoção das medidas para evitar danos ambientais, pois os pneus usados têm vida útil mais curta que os novos, além de se transformarem em resíduos de difícil aproveitamento e de grave contaminação do meio ambiente e comprometimento da saúde humana. Demonstrou, ainda, que, em países tropicais, a proibição de importação de pneus faz-se especialmente necessária como procedimento de combate às doenças transmitidas por mosquitos, que neles se instalam. *Em resumo, a proibição da importação é uma providência imprescindível adotada para, dando cobro às normas constitucionais vigentes, cuidar-se do meio ambiente e da saúde da população brasileira*.

Ponderou, ainda, haver dificuldades no armazenamento de pneus procedentes de outros países, além daqueles produzidos internamente, defendendo a tese da responsabilização pela correta destinação, ou seja, o Estado produtor deveria dar solução ao problema do resíduo de seu produto.

Demonstrou, ademais, "que a isenção do Mercosul da proibição de importações e das multas anticircunvenção é também justificada pelo Artigo XX(D) porque é uma medida (...) 'necessária para assegurar o cumprimento de leis ou regulamentos' que não são inconsistentes com o GATT. [E] que a isenção dos países do Mercosul da proibição e das multas é necessária para assegurar o cumprimento pelo Brasil de suas obrigações no âmbito do Mercosul, conforme determinado pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul" (Segunda Petição do Brasil perante a Organização Mundial do Comércio apresentada em 11-8-2006, p. 62-63, tradução livre).

O Relatório do Painel circulou entre os Membros da Organização Mundial de Comércio em 12-6-2007 com as seguintes considerações:

1) "*although Portaria Secex 14/2004 does not provide for an outright ban on importation, by prohibiting the issuance of import licences for retreaded tyres, which would be necessary for their importation, it has the effect of prohibiting the importation of retreaded tyres. The Panel thus finds that Portaria Secex 14/2004 is inconsistent with Article XI:1 of GATT 1994*" (p. 147).

(Embora a Portaria Secex 14/2004 não estabeleça proibição direta para as importações, proibir o deferimento das licenças de importação para pneus renovados, o que seria necessário para sua importação, tem o efeito de proibir a importação de pneus reformados. O Painel, portanto, conclui que a Portaria Secex 14/2004 está em desconformidade com o Art. XI:1 do GATT 1994 – tradução livre).

2) "*In light of the clear language of Portaria Decex 8/1991 prohibiting 'used consumer goods' and Brazil's own admission that it has applied that measure to retreaded tyres, the Panel finds that Portaria Decex 8/1991 constitutes an import prohibition inconsistent with the requirements of Article XI:1 of GATT 1994*" (p. 150).

(À luz da linguagem clara da Portaria Decex 8/1991, que proibiu "bens de consumo usado" e à própria admissão do Brasil de que aplicou essa medida para os pneus reformados, o Painel conclui que a Portaria Decex 8/1991 constitui uma proibição de importação incompatível com as exigências do Art. XI:1 do GATT 1994 – tradução livre).

3) "*Brazil has clarified that Resolution Conama 23/1996 does not refer to retreaded tyres because they are not waste, while used tyres are waste as they are traded under HS code 4012.20 and expressly referred to in Annex 10 of the Resolution. In light of Brazil's clarification to the effect that Resolution Conama 23/1996 does not operate to prohibit the importation of retreaded tyres and given the absence of evidence showing otherwise, the Panel finds that Resolution Conama 23/1996 is not in violation of Article XI:1*" (p. 150-151).

(O Brasil esclareceu que a Resolução Conama 23/1996 não se refere a pneus reformados, porque estes não são resíduos, enquanto os pneus usados são, uma vez que são comercializados sob o código SH [Sistema Harmonizado[14]] 4023.20 e são expressamente referidos no Anexo 10 daquela resolução. À luz dos esclarecimentos do Brasil sobre os efeitos da Resolução Conama 23/1996, no sentido de que não é aplicada para proibir a importação de pneus reformados e em razão da ausência de provas que mostrem o contrário, o Painel conclui que a Resolução Conama 23/1996 não afronta o Art. XI:1[15] – tradução livre).

4) "*the Panel finds that Brazil has demonstrated that risks posed by mosquito-borne diseases such as dengue, yellow fever and malaria to human health and life exist in Brazil in relation to the accumulation as well as transportation of waste tyres*" (p. 160).

(*O Painel concluiu que o Brasil demonstrou que os riscos apresentados pelas doenças transmitidas pelos mosquitos, como dengue, febre amarela e malária, à saúde e à vida humana existem no Brasil e estão relacionados ao acúmulo e ao transporte de resíduos de pneus* – tradução livre).

5) "*(...) the Panel is of the view that Brazil has demonstrated that the accumulation of waste tyres poses a risk of tyre fires and the associated health risks arising from such tyre fires. In conclusion, the Panel finds that Brazil has demonstrated the existence of risks to human life and health within the meaning of Article XX(b) in connection with the accumulation of waste tyres*" (p. 164).

(*O Painel entende que o Brasil demonstrou que a acumulação de resíduo de pneus usados acarreta risco de incêndios com pneus e está associada ao aumento de riscos à saúde provenientes desses incêndios com pneus. Em conclusão, o Painel entende que o Brasil demonstrou a existência de riscos para a vida e a saúde humana, nos termos do Art. XX(b), relacionados com o acúmulo de pneus usados* – tradução livre).

6) "*the Panel finds that Brazil has demonstrated the existence of risks to animal and plant life or health in relation to toxic emissions caused by tyre fires. It also finds that risks to animal life or health posed by at least one*

mosquito-borne disease (dengue) exist in connection with the accumulation of waste tyres" (p. 167, grifos no original).

(*O Painel conclui que o Brasil demonstrou a existência de riscos à vida animal e às plantas ou à saúde em relação às emissões tóxicas causadas pela queima de pneus. Concluiu também que existem riscos à vida animal ou à saúde provocados por pelo menos uma doença (dengue) transmissível por insetos em razão da acumulação de pneus usados* – tradução livre).[16]

7) "*The Panel is of the view that Brazil has established that it has the production capacity to retread domestic used tyres, that domestic used tyres are suitable for retreading and are being retreaded. Therefore, the Panel concludes that the import ban is capable of contributing to the reduction of the overall amount of waste tyres generated in Brazil*" (p. 181).

(*O Painel compreende que o Brasil demonstrou ter capacidade produtiva para reformar pneus domésticos e que pneus usados nacionais são adequados para serem reformados e assim têm sido utilizados. Portanto, o Painel conclui que a proibição de importação é hábil para contribuir para a redução do volume de carcaças de pneus geradas no Brasil*) – tradução livre.

8) "*In sum, the Panel finds that Brazil has demonstrated that the currently available disposal methods capable of handling the existing volumes of waste tyres, namely landfilling, stockpiling and tyre incineration, even if performed under controlled conditions, pose risks to human health and cannot constitute an alternative to the import ban*" (p. 191).

(*Em síntese, o Painel compreende que o Brasil demonstrou que os atuais métodos disponíveis para destinação de pneus, capazes de controlar os volumes existentes de carcaças de pneus, denominados aterros, estocagem em pilhas e incineração de pneus, mesmo que executados sob condições controladas, representam riscos à saúde humana e não pode se considerar a alternativa da importação* – tradução livre).

9) "*The Panel is of the view that whereas the evidence is inconclusive on whether rubber asphalt exposures are more hazardous than conventional asphalt exposures, the information provided by the parties consistently shows that the use of rubber asphalt results in higher costs. Consequently, the demand for this technology is limited and its waste disposal capacity is reduced*" (p. 199).

(*O Painel entende que, como a prova não é conclusiva, se as exposições à manta asfáltica são mais prejudiciais que a exposição ao asfalto convencional, as informações consistentes trazidas pelas partes demonstram que o uso da manta asfáltica resulta em altos custos. Consequentemente, a demanda por essa tecnologia é limitada, e sua capacidade de destinação de resíduos é reduzida* – tradução livre).

10) "*We also note that the evidence suggests that the use of rubber granulates to produce many different products such as adhesives, wire and pipe insulation, brake linings, conveyor belts, carpet padding, hose pipes, sporting*

goods, wheels of roller blades, rubber boots and suitcases may dispose of only a limited amount of waste tyres" (p. 199-200).

(*Também observamos que as provas sugerem que o uso de grânulos de borracha para produzir diferentes produtos, como adesivos, arames e tubos de isolamento, revestimentos de freios, esteira transportadora, estofados para carpetes, mangueiras, artigos esportivos, rodas de patins, botas de borracha e malas de viagem, pode dar destinação somente para uma quantidade limitada de resíduos de pneus* – tradução livre).

11) "*In light of these elements and of our analysis of the different factors above, the Panel concludes that Brazil has demonstrated that the alternative measures identified by the European Communities do not constitute reasonably available alternatives to the import ban on retreaded tyres that would achieve Brazil's objective of reducing the accumulation of waste tyres on its territory and find that Brazil's import ban on retreaded tyres can be considered 'necessary' within the meaning of Article XX(b) and is thus provisionally justified under Article XX(b)*".

(*À luz desses elementos e da análise dos diferentes fatores acima mencionados, o Painel conclui que o Brasil demonstrou que as medidas alternativas identificadas pela Comunidade Europeia não constituem alternativas razoáveis disponíveis à proibição de importação de pneus reformados, que pudessem alcançar os objetivos do Brasil na redução da acumulação de resíduos de pneus em seu território, e conclui que a proibição de importação de pneus reformados pode ser considerada "necessária" nos termos do Art. XX(b), está, por isso, provisoriamente justificada nos termos do Art. XX(b)* – tradução livre).[17]

12) "*The Panel finds therefore that the MERCOSUR exemption can be considered to form part of the manner in which the import ban imposed by Brazil on retreaded tyres – the measure provisionally justified under Article XX(b) – is applied and that it gives rise to discrimination within the meaning of the chapeau of Article XX, between MERCOSUR and non-MERCOSUR countries*" (p. 206).

(*O Painel conclui que a isenção do Mercosul pode ser considerada como parte da maneira como a proibição de importação de pneus reformados imposta pelo Brasil – medida provisoriamente justificada pelo Art. XX(b) – é aplicada e que provoca aumento na discriminação, nos termos do caput do Art. XX, entre os países do Mercosul e os que a ele não são integrados* – tradução livre).

13) "*The Panel finds that to the extent that it enables retreaded tyres to be produced in Brazil from imported casings while retreaded tyres using the same casings cannot be imported, permitting imports of used tyres through court injunctions results in discrimination in favour of tyres retreaded in Brazil using imported casings, to the detriment of imported retreaded tyres*".

(*O Painel conclui que, alem da circunstância de se autorizar que pneus reformados sejam produzidos no Brasil a partir de carcaças importadas, enquanto os pneus reformados que usam as mesmas carcaças não podem ser*

importados, as permissões de importação de pneus usados por meio de decisões judiciais produzem discriminações favoráveis aos pneus reformados no Brasil ao utilizar carcaças importadas, em detrimento dos pneus reformados importados – tradução livre).

14) "*The Panel finds, therefore, that, since used tyre imports have been taking place under the court injunctions in such amounts that the achievement of Brazil's declared objective is being significantly undermined, the measure at issue is being applied in a manner that constitutes a means of unjustifiable discrimination*" (p. 219).

(**O Painel conclui que, desde que as importações de pneus usados tenham ocorrido por intermédio de autorizações judiciais em quantidades tais, o cumprimento do objetivo declarado pelo Brasil está prejudicado de forma significativa, a medida em destaque está sendo aplicada de uma maneira que se constitui em um meio de discriminação injustificada** – tradução livre).

15) "*(...) since imports of used tyres take place in significant amounts under court injunctions to the benefit of the domestic retreading industry, the import ban on retreaded tyres is being applied in a manner that constitutes a disguised restriction on international trade*" (p. 227).

(**Desde que a importação de pneus usados ocorra em quantidades significativas por meio das autorizações judiciais em benefício da indústria de reforma nacional, a proibição de importação de pneus reformados tem sido aplicada de uma maneira que constitui uma restrição disfarçada ao comércio internacional** – tradução livre).

16) "*(...) the Panel finds that the fines as embodied in Presidential Decree 3.179 through Presidential Decree 3.919 are inconsistent with Article XI:1 of the GATT 1994. We also find that Brazil has not demonstrated that the fines can be justified either under Article XX(b) or under Article XX(d) of the GATT 1994*" (p. 234).

(O Painel conclui que as multas como consignadas no Decreto Presidencial 3.179 pelo Decreto Presidencial 3.919 são incompatíveis com o Art. XI: 1 do GATT 1994. Nós também concluímos que o Brasil não demonstrou que as multas podem ser justificadas pelo Art. XX(b) ou pelo Art. XX(D) do GATT 1994 – tradução livre).

Ao final, o Painel da Organização Mundial do Comércio recomendou que o Órgão de Solução de Controvérsias requeresse ao Brasil que apresentasse suas medidas incompatíveis e que foram listadas acima, em conformidade com as obrigações contidas no GATT 1994 ("*the Panel recommends that the Dispute Settlement Body request Brazil to bring these inconsistent measures as listed above into conformity with its obligations under the GATT 1994*)" (fonte: <http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanelsfull/brazil-tyres(panel)(full).pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008).

13. Anoto, ainda, por pertinente e, principalmente, por explicativo do que naquele Relatório do Painel se concluiu, análise feita pela Embaixada do Brasil em Lisboa, assim resumindo o contencioso:

> A) Saúde Pública e Meio Ambiente
>
> O Painel considerou haver o Brasil demonstrado que:
>
> (a) a despeito da adoção de medidas adequadas de coleta e destinação, pneus são abandonados e acumulados no meio ambiente;
>
> (b) pneus acumulados são focos para mosquitos transmissores de doenças;
>
> (c) os riscos à saúde e à vida humanas decorrentes de doenças como dengue, malária e febre amarela estão relacionados à acumulação e ao transporte de pneus;
>
> (d) a queima de pneus gera fumaça com componentes perigosos, que causam vários tipos de doença, inclusive câncer;
>
> (e) a baixa possibilidade de ignição de pneus não exclui os riscos inerentes à sua queima, que ocorre na realidade;
>
> (f) a simples acumulação de pneus traz em si riscos de incêndio;
>
> (g) a contaminação da água e do solo pela queima de pneus leva ao inevitável impacto negativo sobre a vida animal e vegetal;
>
> (h) doenças transmitidas por mosquitos, como a dengue, acarretam riscos também a animais.
>
> (B) Necessidade de se Proibir a Importação de Pneus Reformados para Proteger a Saúde Pública e o Meio Ambiente no Brasil.
>
> O Painel considerou haver o Brasil demonstrado que:
>
> (i) Importância do Objetivo da Política Pública.
>
> (a) a política pública adotada pelo País se insere no conjunto de políticas de proteção ao meio ambiente e à saúde humana. O fato de ela incidentalmente beneficiar determinados setores econômicos não é relevante para o exame do painel;
>
> (b) o objetivo da proibição de importação de pneus para proteger a saúde e a vida humana de doenças letais, como dengue, febre amarela e malária, é vital e de máxima importância;
>
> (ii) Contribuição da Medida para o Objetivo da Política Pública.
>
> (a) todos os tipos de pneus reformados (carros, caminhões, aeronaves) têm ciclo de vida mais curto e, portanto, a proibição de importação desses produtos leva à redução da quantidade de resíduos de pneus gerada;
>
> (b) a proibição de importações de pneus reformados incentiva produtores domésticos a reformar carcaças encontradas no território nacional e contribui para a redução do passivo ambiental do País;
>
> (c) os pneus novos vendidos no Brasil são de boa qualidade e passíveis de reforma ao final de sua vida útil;
>
> (d) o País tem capacidade de produzir reformados e as carcaças nacionais não apenas são reformáveis como estão sendo reformadas;
>
> (e) a redução do número de carcaças é relevante para reduzir os riscos associados ao acúmulo de pneus usados, mesmo que não possa eliminar esses riscos. Assim, a proibição de importação contribui para o objetivo ambiental e de saúde pública perseguido pelo Brasil;
>
> (iii) Existência de Medidas Alternativas Menos Restritivas do Comércio Internacional.

a) o País já implementou ou está em vias de implementar todas as medidas administrativas de coleta, gestão e eliminação de resíduos indicadas pela União Europeia como alternativas à proibição de importação;

b) o aterro de pneus causa riscos ambientais e de saúde pública;

c) as emissões perigosas em cimenteiras podem ser reduzidas, mas não eliminadas;

d) o alto custo e as dúvidas quanto à segurança de certas aplicações de pneus na construção civil impedem que esses usos sejam considerados alternativas adequadas;

e) a utilização do asfalto borracha é mais onerosa e pode causar doenças ocupacionais;

f) as medidas indicadas pela União Europeia ou acarretam elas próprias os riscos que a proibição de importações visa a combater, ou devem ser adotadas cumulativamente, e não em substituição à proibição de importações para que os riscos do acúmulo de resíduos de pneus sejam reduzidos ao máximo;

(iv) Conclusão quanto à Necessidade da Medida

a) a medida é necessária para que seja alcançado o objetivo de proteger a vida e a saúde humana, animal e vegetal.

(C) A Forma como a Proibição de Importar Pneus Reformados é Aplicada.

O Painel considerou haver o Brasil demonstrado que:

(i) Isenção para pneus remoldados provenientes do Mercosul.

(a) a proibição de importações de pneus reformados adotada originalmente pelo Brasil aplicava-se também aos parceiros do Mercosul. Apenas depois de decisão de Tribunal Arbitral constituído no âmbito do processo de integração, o Brasil passou a permitir a importação de pneus remoldados dos sócios do Mercosul, como forma de implementar compromisso internacional obrigatório para o País;

(b) as importações de pneus reformados originárias do Mercosul são relativamente pequenas na atualidade e não comprometem o objetivo da política brasileira;

(ii) *Importações de pneus usados como matéria-prima para a reforma por meio de decisões judiciais*.

(a) a legislação brasileira já contempla proibição de importação de pneus usados destinados a servir como matéria-prima para o setor nacional de reforma;

(b) o Governo brasileiro, por meio dos órgãos competentes, tem envidado esforços em todas as instâncias cabíveis no sentido de assegurar que a proibição de importação de pneus usados seja cumprida.

Não obstante, no quesito (ii), o Painel considerou que:

(a) *na medida em que permitem que pneus reformados sejam produzidos no Brasil a partir de carcaças importadas, enquanto pneus reformados feitos a partir das mesmas carcaças não podem ser importados, as autorizações judiciais para as importações de pneus usados resultam em discriminação em favor dos pneus reformados no Brasil com utilização de carcaças importadas, em detrimento dos pneus reformados importados*;

(b) *as autorizações judiciais para importação de pneus usados empregados na indústria de reforma têm, de fato, permitidas sua entrada no Brasil, anulando diretamente o objetivo da proibição de importações. É relevante notar que as importações de pneus usados ocorreram em quantidades que o painel julgou significativas*;

(c) *o fato de que importações são provocadas por decisões de tribunais não exonera o Brasil de suas obrigações na OMC. Ao contrário, um Membro da OMC "tem responsabilidade pelos atos de todos os seus departamentos governamentais, inclusive seu judiciário*";

Em função dos itens (a) a (c) acima, o Painel concluiu que o Brasil não se encontra em conformidade com as obrigações que assumiu sob o sistema multilateral de comércio.

Essa a razão fundamental de cá estarmos reunidos hoje, a resolver definitivamente sobre uma pendência que, conforme o resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam. Fosse o contrário, sendo uma única e mesma Constituição a do Brasil e tendo eficácia plena e efetividade jurídica incontestável a matéria, não haveria as frestas judiciais permissivas do que nelas se veda.

Recurso de apelação da comunidade europeia perante a Organização Mundial do Comércio

14. Com a circulação do relatório final do Painel da Organização Mundial do Comércio entre os seus membros, em 12-6-2007 se recomendou que o Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body* (DBS)) solicitasse ao Brasil a adequação das medidas que foram consideradas em desconformidade com o GATT 1994.

As partes solicitaram que o prazo para a adoção do Relatório do Painel fosse prorrogado até 20-9-2007, porém, em 3-9-2007, a União Europeia comunicou sua intenção de apelar quanto a determinadas questões.

Em 10-9-2007, foi apresentada sua petição de apelação, e, em 28-9-2007, o Brasil apresentou sua petição de apelado.

Em 10 de setembro de 2007, a Comunidade Europeia entregou sua petição de apelante. Em 28 de setembro de 2007, o Brasil entregou sua petição de apelado. No mesmo dia, a Argentina, Austrália, Coreia, Japão e o Território Alfandegário separado de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu, e os Estados Unidos apresentaram cada qual suas petições de terceiras partes. Ainda em 28 de setembro de 2007, a China, Cuba, Guatemala, México e Tailândia notificaram todos sua intenção de participarem como terceiras partes de audiência com o Órgão de Apelação. Em 5 de outubro de 2007, o Paraguai notificou sua intenção de comparecer à audiência como terceira parte. Em 28 de setembro de 2007, o Órgão de Apelação recebeu a petição de *amicus curiae* da *Humane Society International*. Em 11 de outubro de 2007, o Órgão de Apelação recebeu ainda a petição de *amicus curiae* submetida em conjunto por um grupo de nove organizações não governamentais. A Divisão do Órgão de Apelação responsável por examinar o recurso não julgou necessário

considerar as petições de *amicus curiae* para emitir sua decisão. A audiência da apelação realizou-se em 15 e 16 de outubro de 2007. Os participantes e terceiras partes pronunciaram-se oralmente, com exceção da Argentina, China, Guatemala, México, Paraguai e Tailândia. As partes e terceiras partes responderam às perguntas apresentadas pelos Membros da Divisão responsável por examinar o recurso de apelação. [World Trade Organization: WT/DS332/AB/R. In: <http://www2.mre.gov.br/cgc/Relat%C3%B3rio%20do%20OA.Portugu%C3%AAs.Final.19Dez073.pdf>. Acesso em: 28 out. 2008.]

Em 3 de dezembro de 2007, o Órgão de Apelação da OMC veiculou sua conclusão e manteve sua decisão no sentido de que era justificável a medida adotada pelo Brasil quanto à proibição de importação de pneus usados e reformados, para fins de proteger a vida e a saúde humanas, bem como a sua flora e fauna, nos termos do Art. XX(b) do GATT.

Aquele órgão de apelação reverteu as seguintes decisões: a) que somente haveria discriminação injustificável se houvesse comércio internacional com os países do Mercosul em grandes volumes de importação de pneus reformados; b) que a isenção do Mercosul não caracterizou discriminação injustificável; c) que a importação de pneus usados e reformados por meio de liminares judiciais somente constituiria discriminação de comércio internacional se ocorressem em volumes significativos; d) que a importação de pneus usados e reformados não consistiu em discriminação arbitrária.

Ao reverter as mencionadas conclusões do painel, por motivos de consistência, o órgão de apelação decidiu que a isenção de proibição de importação de pneus usados dada ao Mercosul e as importações de pneus usados e reformados por meio de liminares, independentemente do volume de importações que propiciam, configuram uma injustificada e arbitrária discriminação.

Aplicou-se, à espécie, a proibição de importação nos termos do *caput* do art. XX do GATT (1994), que, ao tratar das condições de validade das exceções nele relacionadas[18], dispõe que estas não devem ser arbitrárias nem estabelecer "injustificada discriminação entre países" ou uma disfarçada restrição ao comércio internacional.

Quanto aos argumentos de que teria havido afronta ao princípio da isonomia no comércio internacional, decidiu o órgão de apelação que, ao aplicar sua medida proibitória com exclusão dos países do Mercosul, o Brasil teria praticado ato discriminatório. Releve-se, contudo, que esse ponto não afeta a conclusão a se proferir na presente arguição, embora, como é óbvio, se a adoção daquela providência relativa ao Mercosul decorre de irrecorrível decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc*, não haveria que se falar em afronta ao princípio da isonomia relativamente aos demais Estados, menos ainda àqueles europeus, que não fazem parte do bloco. Ademais, esse bloco tem fundamento expresso no parágrafo único do art. 4º da Constituição brasileira, segundo o qual "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

Conclui-se, assim, que *o Órgão de Apelação da OMC confirmou a determinação central do painel e reconheceu que a proibição de importação de pneus reformados adotada pelo Brasil pode se justificar para proteger a saúde humana e o meio ambiente, constitucionalmente assegurados.*

Entretanto, também como antes mencionado, *reconheceram os integrantes daquele painel que o Brasil estaria a aplicar a medida de maneira contraditória ou mesmo injustificada, ou seja, se a proibição objetiva proteger a saúde e o meio ambiente, a coerência determina que se cancele totalmente a importação de pneus usados e reformados, independentemente da origem e de maneira coerente*, vale dizer, sem os intercursos decorrentes das decisões judiciais contrárias à fundamentação constitucional exposta pela Estado brasileiro em nível internacional.

Em 17-12-2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (DSB) adotou o relatório do órgão de apelação e o relatório do painel e, no encontro ocorrido em 15-1-2008, o Brasil comprometeu-se a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da Organização Mundial do Comércio.

Aquela decisão convida o Judiciário nacional, em especial este Supremo Tribunal, a examinar e julgar a matéria no que concerne às providências, incluídas as normativas, adotadas no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Enfoque especial há de ser dado à questão das decisões judiciais contraditórias, realce àquelas listadas na peça inicial desta Arguição, mas que têm caráter meramente exemplificativo, à luz das obrigações internacionais do Brasil, mas, principalmente e em razão da competência deste Supremo Tribunal, dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública e à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

15. *O pneu*

15.1 *Origem e constituição*

Ao contrário do período inicial de sua fabricação, quando a borracha natural dos seringais era a matéria-prima utilizada pela indústria de pneus, atualmente, utilizam-se borrachas sintéticas, como o batadieno-estireno ou o polibutadieno.

Qualquer que seja a mistura em sua fabricação, nela estão presentes outros aditivos, como o óleo (que aumenta a aderência); o negro de carbono ou negro de fumo (material procedente da queima incompleta de derivados de petróleo, geralmente utilizado como pigmento e que amplia a resistência ao desgaste por atrito); o enxofre, que atua como agente vulcanizador; além de ceras; óleos emolientes; fibras orgânicas; nylon e poliéster; arames de aço; derivados do petróleo e outros produtos químicos.

Na composição do pneu se tem, basicamente: a) carcaça; b) talões; c) aro do talão; d) paredes laterais ou flancos; e) cintas ou lonas de proteção; f) cintas ou lonas de trabalho; e g) banda de rodagem/rolagem.[19]

A forma com que as lonas que integram as carcaças são dispostas é que divide o tipo de pneu entre radial e convencional. Atualmente, é cada vez maior a produção do pneu radial.

A compreensão dessas terminologias, das partes integrantes e dos elementos que o compõem faz-se necessária para a percepção de que o pneu é um bem insubstituível, e, ao se utilizar do processo denominado vulcanização, em que a borracha é misturada ao negro de fumo e, em seguida, são acrescentados os compostos de zinco, enxofre e outros componentes, a indústria de pneus emprega um material de altíssima resistência e durabilidade cuja reciclagem requer alta tecnologia.

15.2 *A indústria automobilística e o resíduo-borracha – pneu*

No século XX, a indústria automobilística passou do modo artesanal de seu processo produtivo para a produção em massa (Taylorismo/Fordismo) e, por fim, a produção automatizada (Toyotismo).

No Brasil, a partir de 1956 e com o relatório da denominada Subcomissão de Jipes, Tratores, Caminhões e Automóveis, o Grupo de Estudos da Indústria Automobilística, inserido no denominado Conselho do Desenvolvimento, elaborou os Planos Nacionais Automobilísticos aprovados para implantar a indústria automobilística no Brasil (Meta 27).

Daquele período aos dias atuais, as notícias destacam o crescente número da frota nacional de veículos: a) no ano de 2004, foram fabricados 2.447.600 veículos; b) para o ano de 2008, em média 3.425.000 de veículos, conforme dados da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (Anfavea).

Segundo dados do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran), nos doze meses de junho/2007 a junho/2008, a frota de veículos nacionais aumentou em 8,3%, passando de 47.272.000 para 51.200.000 automóveis.[20]

A conta do quantitativo de pneus, apenas para os veículos postos à venda em 2008, é singela e impressiona: do total de 3.928.000 veículos, 21.3% são motocicletas, ou seja: 836.664 (1.673.328 pneus) e, consequentemente, 3.091.336 são carros (12.365.344 pneus), perfazendo o total de 14.038.672 pneus novos colocados no mercado nos últimos doze meses.

Não foram contabilizadas as máquinas agrícolas, as bicicletas nem os caminhões, os aviões novos, tampouco a respectiva frota de usados. Se considerarmos que, tomando-se como referência apenas os novos, aqueles doze de quase 14 milhões de pneus serão trocados, em média, uma vez por ano, vislumbrando-se, então, os números do mercado de reposição de pneus e, por óbvio, do número de pneus descartados.

Ainda que se levem em conta os estudos de Janssen e Beukering, que concluíram que um pneu, desde que utilizado dentro de suas especificações técnicas de regulagem e calibragem, pode rodar 100.000 quilômetros, obviamente, esses dados não se aplicam ao Brasil, cujas más condições da maioria de suas rodovias não permitem que essa vida útil seja alcançada (VAN BEUKERING,

P. J. H.; JANSSEN, M. A. *Trade and recycling of used tyres in Western and Eastern Europe*. Resources, Conservation and Recycling, Netherlands, v. 33, 2001. p. 235-265).

Por sua vez, a *Organisation Internationale des Constructeurs d'Automobiles* (Oica), fundada em Paris em 1919, contabilizou que, em 2007, o mundo assistiu à venda de aproximadamente 73 milhões de unidades de veículos e superou, pela primeira vez, a marca de 1 bilhão de carros em circulação (fonte: <www.oica.net>. Acesso em: 23 jul. 2008).

Resultado: há um total de aproximadamente 4 bilhões de pneus novos em circulação pelo mundo, feito de borracha vulcanizada, que é um material de difícil decomposição e de mais difícil ainda gestão de sua destinação após o uso.

15.3 *Procedimentos de reciclagem*

A reciclagem de pneus pode ser: primária, secundária ou terciária. *Na primária*, os resíduos não perdem suas características quando se transformam em novos produtos; *na secundária*, o produto deixa de ter as propriedades originárias e é transformado em outro produto, como as solas e os solados de sapato, as tiras de sofá e grânulos para utilização em manta asfáltica; *na terciária*, o resíduo se transforma em fonte de energia, como no coprocessamento na indústria cimenteira.

Na maioria dos casos, os processos de reciclagem iniciam-se com a redução dos pneus a minúsculas partículas. Como os atuais pneus não são feitos apenas de borracha, mas de vários outros componentes e que a essa borracha se amalgamam partes metálicas e de nylon (pneus vulcanizados), *sua reciclagem é um processo caro.* É que para iniciá-lo é preciso picar os pneus e seus pedaços são colocados em tanques com solventes para que a borracha inche e fique quebradiça; na sequência, os pedaços sofrem pressão para que a borracha se solte da malha de aço e do tecido de nylon; em seguida, um sistema de eletroímãs e peneiras realiza a seleção da borracha, do aço e do nylon; depois, o pneu é triturado e submetido a vapor d'água e produtos químicos, como álcalis e óleos minerais, para desvulcanizá-lo. O produto obtido pode ser então refinado em moinhos até a obtenção de uma manta uniforme para a obtenção de grânulos de borracha.

Esse material moído tem algumas destinações, como antes realçado: a) confecção de saltos e solados de calçados, mangueiras de jardim, tapetes para automóveis, por exemplo; b) composição do asfalto para a pavimentação de rodovias e ruas; c) como fonte de energia: c.1.) na incineração dedicada; c.2) na coincineração, como ingrediente e combustível nas fábricas de cimento.[21]

Enfatizo a reutilização dos pneus na tecnologia da manta asfáltica, por ter sido explorado nos autos, inclusive nas exposições feitas na audiência pública, como uma das melhores formas de se superar ou resolver a questão referente à destinação dos pneus usados.

Em primeiro lugar, dos estudos feitos há de se concluir não haver exatidão na ideia assim apresentada.

O maior problema da manta asfáltica ou asfalto-borracha é operacional, pois a borracha perde suas propriedades ao ser reaquecida, além de exigir uma granulometria fina que encarece o processo, como, de resto, explicitado em item específico do Relatório da OMC.

Por sua vez, se os principais problemas do asfalto convencional são as rachaduras e os afundamentos, estudos demonstram que o asfalto que se utiliza da borracha de pneus (manta asfáltica ou asfalto-borracha) é mais durável e resistente à deformação, além de emitir menos ruído e ter maior qualidade de aderência e drenagem. Entretanto, *emite mais poluentes no momento da fricção do pneu, além de ser mais oneroso e com probabilidade de ocasionar doenças de natureza ocupacional*.

Os riscos de acometimento destas doenças decorreriam de ter o asfalto-borracha, em sua composição, minúsculas partículas de borracha proveniente de pneus e que devem ser lançadas sobre a via a ser pavimentada em temperaturas extremamente altas, sob pena de voltar a se tornar borracha. Ao se abrir o compartimento do local onde a borracha é aquecida (e deve ser aquecida no local), gases de dioxina e furano são emitidos na atmosfera e inalados, de forma mais concentrada, pelos que estejam trabalhando na pavimentação com a manta asfáltica.

Ademais, há outro problema assinalado pelos pesquisadores, que se refere ao procedimento adotado para renovar a área revestida por esse alfalto-borracha. Só é possível fazer a renovação com a raspagem da manta asfáltica para que outra seja colocada em seu lugar. E, considerando-se que as grandes rodovias têm sido entregues para serem administradas por empresas particulares e com o alto custo desse revestimento, persistem as dúvidas quanto à adequada gestão do material procedente do recapeamento.

15.4 Também como fonte de energia seria possível a reutilização dos pneus, por ser ele excelente combustor, grande gerador de calor. Em sua composição entra muitos óleos, o que é ótimo para substituir outras fontes de energia, como o carvão, por exemplo, *o que se denomina reciclagem energética*. Esse alto poder calorífico do pneu torna-o economicamente interessante para as indústrias que necessitam substituir combustíveis fósseis. Essa substituição de energia fóssil pelo pneu usado é um exemplo típico de energia sustentável e de gestão de resíduo, num processo de valorização energética.

Todavia, também aqui se depara com o problema da administração dos resíduos decorrentes dessa incineração.

O Anexo C da Convenção de Estocolmo menciona a incineração (combustão na presença de oxigênio) de resíduos como um processo que produz e libera grande quantidade de poluentes orgânicos persistentes (POPs) no ambiente. A Parte II do Anexo C da Convenção de Estocolmo faz diferença entre as categorias de fontes produtoras de poluentes orgânicos persistentes.

Registro que aquela Convenção, assinada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 5.472, de 20-6-2005, reconheceu que “os poluentes orgânicos

persistentes têm propriedades tóxicas, são resistentes à degradação, se bioacumulam, são transportados pelo ar, pela água e pelas espécies migratórias através das fronteiras internacionais e depositados distantes do local de sua liberação, onde se acumulam em ecossistemas terrestres e aquáticos". Com esse documento, o Brasil também se declarou consciente "dos problemas de saúde, especialmente nos países em desenvolvimento, resultantes da exposição local aos poluentes orgânicos persistentes, em especial os efeitos nas mulheres e, por meio delas, nas futuras gerações" (texto da parte dispositiva), e comprometeu-se a reduzir suas emissões ou mesmo eliminá-las.

Para reduzir e evitar os efeitos nocivos na saúde humana e no meio ambiente, decorrentes da incineração e da coincineração de resíduos, em especial as dioxinas, o dióxido de enxofre, o ácido clorídrico e os metais pesados, e para dar efetividade à Convenção de Estocolmo, assinada pelo Brasil em 22-5-2001, cuja finalidade é "proteger a saúde humana e o meio ambiente dos poluentes orgânicos persistentes", é que o Conama editou a Resolução 316, de 29-10-2002, que estabeleceu os "procedimentos e critérios para o funcionamento de sistemas de tratamento térmico de resíduos".

Dois anos antes, em 4-12-2000, para regulamentar a gestão de resíduos prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram a Diretiva 76 para minimizar ou prevenir os efeitos negativos possíveis na saúde humana e no ambiente causados pela incineração e coincineração de resíduos, nomeadamente o nível da emissão de dioxinas, NOx (óxidos de azoto), SO2 (dióxido de enxofre), HCl (ácido clorídrico) e metais pesados (consideração n. 1). De acordo com aquela diretiva, desde dezembro de 2002, as incineradoras têm de cumprir as disposições ali existentes.

Se a incineração é uma das alternativas para se dar destinação aos pneus, deve-se antes esclarecer que essa pode se processar por duas formas: c.1) incineração dedicada; c.2) coincineração.

c.1.) *A incineração dedicada* é o tratamento térmico de resíduos que pode ou não recuperar a energia obtida dessa combustão. Em algumas circunstâncias, pode ser indispensável a construção de um aterro para depósito das emissões contaminadas derivadas do próprio sistema de incineração. Esse tratamento térmico de resíduo, que, por óbvio, gera calor, pode ser recuperado para cogeração de energia elétrica.

O que se constatou é que, apesar de eficiente, a queima em incineradoras dedicadas nunca "zera" o material queimado: dele podem resultar efluentes sólidos e gasosos que, além de conterem material poluente, podem se apresentar com alto grau de contaminação de metais pesados, além de compostos orgânicos tóxicos, em especial dioxinas e furanos.

Em artigo publicado pela Confederação Nacional das Cooperativas Agrícolas e do Crédito Agrícola de Portugal (Confagri) sobre a gestão de resíduos industriais perigosos, a engenheira ambiental portuguesa Cátia Rosas esclarece que:

A queima em incineradoras dedicadas, embora eficaz, nunca é total. Além disso, os elementos vestigiais presentes nos reagentes não são destruídos e têm que sair com os efluentes. *Também os produtos de combustão completa nem sempre são substâncias inócuas, como os resultantes da queima de enxofre, cloro e flúor, que são substâncias ácidas* (SO2, HCl e ácido fluorídrico – HF).

Assim, da incineração dedicada resultam efluentes sólidos e gasosos que contêm poluentes, nomeadamente compostos orgânicos resultantes da queima incompleta ou sintetizados a partir de precursores, monóxido de carbono, partículas de cinzas e fuligem, [óxido de nitrogênio, dióxido de enxofre, ácido clorídrico e ácido fluorídrico] e elementos vestigiais tóxicos como o mercúrio, chumbo e outros.

Uma parte das substâncias poluentes saem com as cinzas e resíduos sólidos da combustão, pela base do forno. Estes resíduos contêm normalmente inqueimados, podendo estar contaminados com concentrações importantes de metais, de compostos orgânicos tóxicos, em particular dioxinas e furanos; estes têm de ser considerados resíduos perigosos e tratados com as regras de segurança aplicados a este tipo de resíduos.

Os efluentes gasosos provenientes do forno são normalmente depurados de poluentes por passagem através de diferentes unidades de tratamento:

i) sistema de lavagem ("*scrubber*"): para remoção de gases ácidos (em alguns casos, este sistema pode também remover partículas e metais voláteis); o "*scrubber*" consiste na injecção na corrente gasosa de uma substância básica com a qual os poluentes ácidos gasosos reagem, dando origem a produtos neutros, na forma condensada, que são separados do efluente gasoso;

ii) sistema de despoeiramento (ajudante do *scrubber*): para remoção de partículas geradas durante a combustão ou resultantes da lavagem dos gases;

iii) sistema para a remoção de compostos orgânicos em geral, dioxinas e metais voláteis (...), por absorção sobre solventes específicos ou por destruição por um material catalisador.

Nota: muitas das incineradoras de resíduos perigosos existentes na Europa e EUA não possuem, em simultâneo, estas três unidades de tratamento. [Fonte: <http://www.confagri.pt/Confagri/Templates/Ambiente/Base_Template.aspx?NRMODE>.]

Em resumo, *o ponto negativo desse tipo de destinação dada aos pneus é que produz poluição ambiental, pois nesse processo são emitidos gases tóxicos, em especial o dióxido de enxofre e a amônia, que, em contato com as partículas de água suspensas no ar, provocam o fenômeno denominado chuva ácida*. Essa é definida como a "precipitação contaminada por elementos gasosos que poluem a atmosfera, como o dióxido de enxofre e o óxido de nitrogênio, provenientes dos combustíveis fósseis" (Dicionário Aurélio).

Estudos do Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darci Ribeiro constataram que a chuva ácida é responsável por grandes formas de aniquilamento do meio ambiente, por provocar danos nos lagos, rios, florestas e nos animais, bem como nos monumentos e obras construídos pelos homens.[22] Assim, para se evitar esse fenômeno, seriam necessários filtros capazes de tratar adequadamente esses poluentes, o que encarece o processo.

c.2.) *A coincineração* ocorre com a queima realizada em um local cujo objetivo principal é a produção de energia ou de materiais. Utiliza-se, então, de resíduos de substâncias sólidas como parte do combustível para gerar energia para a produção a que se destina. A indústria cimenteira é hoje a grande usuária de resíduos inertes para alimentar seus fornos de produção, especialmente de pneus.

O pneu pode ser utilizado como combustível alternativo, em substituição ao carvão, nas fábricas de cimento, e, ainda, suas cinzas são agregadas ao produto final, o cimento. Excelente fonte de calor porque, em sua fabricação, são utilizados muitos óleos, não deixa de se ter, então, inegável economia. *Entretanto, como antes realçado, a atual fabricação de pneus utiliza metais pesados em sua composição, considerados tóxicos pelo Anexo I da Convenção da Basileia. Sob altas temperaturas, esses materiais dão origem às dioxinas e furanos, considerados substâncias cancerígenas.*

Nem se afirme ser tal conclusão empirismo ou retórica. Estudos de 2006, do Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e outros, sobre a coincineração de resíduos em fornos de cimento, concluíram que há três grandes problemas relacionados a essa forma de destinação de resíduos:

> (1) os efeitos à saúde humana e ambiental decorrentes da poluição gerada pela incineração, em especial a volatilização dos metais pesados e a formação de POPs [procedimento operacional padronizado], como as dioxinas, furanos, hexaclorobenzeno e bifenilas policloradas, substâncias altamente tóxicas incluídas na lista da Convenção de Estocolmo;
>
> (2) a distribuição desigual e injusta dos riscos, já que as populações mais afetadas são aquelas mais pobres e discriminadas que moram próximas aos incineradores, criando situações de injustiça ambiental;
>
> (3) em termos estratégicos, a incineração inibe as mudanças estruturais do modelo de produção e consumo que se encontra por detrás da produção dos resíduos, limitando os avanços rumo à redução e eliminação dos resíduos através de programas como o lixo zero, baseado em planos locais e regionais de médio e longo prazo para a gestão dos resíduos sólidos urbanos e industriais. [MILANEZ, B.; FERNANDES, Lúcia de Oliveira; PORTO, Marcelo Firpo de Souza. A coincineração de resíduos em fornos de cimento: riscos para a saúde e o meio ambiente, *Revista Ciência & Saúde*, 2007.]

O argumento das empresas que desempenham essa atividade industrial é que, além da redução de custos, pelo emprego em seus fornos de produtos outros que não combustíveis fósseis, haveria a redução do impacto ambiental, pois esses resíduos não se destinariam a aterros ou depósitos clandestinos, mas sim queimados. E há ainda o fato de que essas empresas cobram para incinerar esses resíduos.

Os defensores da coincineração ou coprocessamento de resíduos nos fornos de cimenteira também "destacam a suposta destruição térmica dos resíduos perigosos mais voláteis, e a inertização dos resíduos perigosos ainda restantes (especialmente metais pesados) no clínquer [produto de calcinação de calcário e argila usado como matéria-prima para cimento após moagem] e, em última

instância, no próprio cimento. Algumas dessas supostas vantagens são propagadas pelo setor cimenteiro, em sua campanha para melhorar sua imagem junto à opinião pública e promover a ideia do 'cimento sustentável'" (*Coincineração de resíduos em fornos de cimento*: uma visão da Justiça Ambiental sobre o chamado "coprocessamento". Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e outros. Relatório da oficina realizada em 21 de agosto de 2006).

Aqueles estudos da Fundação demonstraram que, além dos riscos decorrentes de simples procedimento de incineração, a coincineração de resíduos em fornos de cimenteira tem ainda algumas especificidades com implicações nas áreas ambientais, sociais e de saúde pública, destacando-se:

> (1) "Os riscos aos trabalhadores que manipulam os resíduos e realizam as misturas que formam os blends que entram nos fornos. O coquetel de resíduos perigosos usados nas misturas gera uma exposição dos trabalhadores a diversos fatores de risco. (...) Em países industrializados grande parcela da blendagem é automatizada, com redução das exposições decorrentes da manipulação direta por trabalhadores. Além da questão da blendagem, a exposição dos trabalhadores ao material dos fornos de cimento também se caracteriza como um risco, por poder provocar problemas respiratórios, e por esses materiais possuírem concentrações elevadas de metais pesados e outros contaminantes tóxicos. A exposição no Brasil é ainda agravada pela existência de trabalhadores terceirizados ou pertencentes a outros sindicatos, que não os da indústria cimenteira, reduzindo as possibilidades de defesa de direitos trabalhistas, incluindo condições de trabalho";
>
> (2) "O potencial [risco] de formação e emissão de POPs [procedimento operacional padronizado] é agravado por condições operacionais do forno e pela presença no blend de substâncias como cloro livre, derivados do cloro, ou outros compostos halogenados. Além dos POPs, existe também grande chance de emissão de hidrocarbonetos policíclicos aromáticos, poluentes com propriedades pré-carcinogênicas ou mutagênicas, comumente encontrados nos resíduos industriais (Sisinno et al, 2003). Estes contaminantes podem ser emitidos pelas chaminés ou juntamente com as partículas de cimento, contaminando a região ao redor das fábricas e expondo as populações residentes, ou ainda se concentrar nos filtros. A redução do potencial de produção destes poluentes é condicionada por várias medidas que precisam ser rigorosamente cumpridas, como o controle da composição de todos os resíduos que entram na formação dos blends, e o monitoramento das condições operacionais de queima e da produção de POPs nas fábricas de cimento. Os casos relatados na oficina indicam que tais condições sistematicamente não são cumpridas no Brasil. Outros fatores de risco são intrínsecos ao processo, como a emissão de mercúrio, que não pode ser mensurada de forma fidedigna, uma vez que o desenho dos fornos de cimento não permite seu monitoramento contínuo e a geração de dados confiáveis (Schneider & Oerteer, 2000)";
>
> (3) "(...) risco de volatilização dos metais pesados e de seus sais. Alguns sais de metais pesados (como mercúrio e tálio) possuem alta volatilidade e, caso haja a presença de ânions desses sais nos resíduos que são coincinerados (o cloreto é um exemplo típico), estes metais poderão passar sem grandes dificuldades pelos filtros. Estudos na Alemanha, por exemplo, mostram a produção de cimento como

uma fonte de contaminação do meio ambiente e da população por tálio, o que sugere a existência de limitações nos sistemas de controle de emissão atmosférica (Kazantzis, 2000)";

(4) aumento da concentração de metais pesados "no cimento produzido por fábricas que queimam resíduos. Apesar de haver estudos que indicam serem esses metais inertizados no cimento após sua cura, não existe comprovação de que tais materiais não sejam danosos à saúde dos funcionários das empresas de cimento ou dos trabalhadores da construção civil, quando inalados ou em contato com a pele juntamente com as partículas de cimento";

(5) "risco de acidentes que podem ocorrer durante o transporte dos resíduos perigosos entre as indústrias de origem e a fábrica onde serão coincinerados. O transporte de resíduos entre estados da federação (especialmente São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia) também caracteriza uma estratégia de exportação de riscos no nível interestadual, já que certos Estados se tornam 'paraísos para poluir' (*pollution heavens*) em função da fragilidade de seus marcos jurídicos e de sua infraestrutura institucional";

(6) "O custo reduzido deste tipo de destinação final no país, em boa parte decorrente da inexistência ou não implementação de medidas eficientes de prevenção e controle ambiental, estaria fazendo parte de uma nova estratégia internacional de gestão ambiental. Através dela, está sendo construído um 'mercado do lixo' no qual resíduos urbanos e industriais estão sendo apresentados como mercadorias e exportados pelos países mais ricos para os mais pobres. Exemplos da criação desse tipo de mercado são os pneus usados e os equipamentos de informática, o chamado '*E-waste*' (lixo eletrônico)".

O Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e outros realizaram análise de denúncias de trabalhadores e moradores dos arredores das empresas de coincineração nas cidades de Barroso/MG, Cantagalo/RJ, Curitiba/PR e São Paulo/SP e constataram que falhas operacionais nesse procedimento "causam mau cheiro, irritam olhos e gargantas e contaminam as hortas dos moradores".

Em relação à cidade de Cantagalo/RJ, em 1998, o Ministério Público do Trabalho e profissionais da Fiocruz e da Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro realizaram inspeção em fábrica de coprocessamento naquela cidade e "foi possível verificar que grande parte das embalagens de resíduos não continham rótulos de identificação, e os funcionários informaram que, quando havia etiquetas, nem sempre elas coincidiam com o material embalado. Além disso, havia tonéis sem tampa com material líquido e/ou sólido dentro. Com relação à manipulação dos materiais, exceto o empilhamento, todas as atividades (incluindo preparo de misturas) eram feitas manualmente. [Coletaram-se] amostras de ar, carvão, cimento e filtro eletrostático e identificaram-se no cimento concentrações de alguns metais pesados (cádmio, chumbo, cobre e zinco) da mesma ordem de grandeza que aquela presente nos filtros. Para outros metais, a concentração no cimento em algumas amostras chegou a ser de três (manganês) a sete (cromo) vezes maior no cimento do que no filtro" (fonte: <http://www.portaldomeioambiente.org.br/>).

Em nova vistoria, realizada pela mesma equipe em 2000, e, apesar de algumas melhoras, muitos problemas se mantiveram, tendo sido "identificado que não havia um sistema confiável de avaliação dos resíduos recebidos e a rotulagem continuava falha. Além disso, foram verificados vazamentos de líquidos e gases nos galpões, e irregularidades no acondicionamento e transporte dos materiais. O estudo dos documentos enviados para inspeção também mostrava incorreções, pois a empresa havia escolhido pontos de amostra para análise de dispersão dos gases que ficavam na direção contrária aos ventos predominantes".

No Estado de São Paulo, a situação não se mostrou diferente. A Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho – Fundacentro, vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego, tem estudado os riscos a que estão submetidos aqueles que trabalham nas indústrias de cimento e nas empresas de blendagem.

Preocupou-se, também, em levantar informações sobre contaminação de trabalhadores em decorrência da manipulação de cimento fabricado a partir de resíduos, cujo índice de matérias usadas em sua fabricação poderia ser responsável pelo acréscimo da quantidade de substâncias tóxicas e cancerígenas.

A Fundacentro iniciou seus estudos "em abril de 2005 com o levantamento das cimenteiras que coincineram resíduos do Estado de São Paulo e Rio de Janeiro. Em São Paulo, foram identificadas duas empresas licenciadas para coincineração, estando situadas nas cidades de Cajatí e Ribeirão Grande. No Rio de Janeiro, foi visitada a região de Cantagalo, que possui três indústrias licenciadas para realizar a coincineração. Com relação às atividades de blendagem, em São Paulo, resíduos industriais são gerenciados pela Resicontrol, e resíduos de pneus são picotados na unidade de picotagem de pneus da empresa Cimpor em Jundiaí (SP); no Rio de Janeiro as principais empresas de blendagem são Essencis, Resotec e Sinergia. O estudo da FUNDACENTRO foi realizado nas empresas Resicontrol e Resotec" (MILANEZ, B.; FERNANDES, Lúcia de Oliveira; PORTO, Marcelo Firpo de Souza. A coincineração de resíduos em fornos de cimento: riscos para a saúde e o meio ambiente, *Revista Ciência & Saúde*, Porto Alegre, 2007).

Constatou-se que:

> Dentro das empresas, os resíduos líquidos podem ser recebidos em caminhões tanques ou tambores. Quando chegam em caminhões tanques, são colocados em tanques, muitas vezes inapropriados para armazenar materiais inflamáveis. No caso de armazenamento em tambores, estes são empilhados em um galpão sem nenhuma separação, nem mesmo por compatibilidade química. Além disso, muitos tambores estavam em péssimo estado de conservação, sendo comum a presença de vazamentos. Os resíduos sólidos são triturados numa moega e transportados em esteiras abertas; quase sempre estes resíduos estão contaminados por solventes voláteis ou óleos.
>
> Após o recebimento, os resíduos são analisados e, caso suas características não sejam apropriadas para a coincineração direta, eles são misturados no blend. Durante o preparo, os trabalhadores abrem os tambores e retiram os resíduos com uma pá

manual, colocando-os em um grande recipiente. Após a mistura, os "blends" são armazenados e, posteriormente, transportados para as unidades de coincineração, normalmente em caminhões tanque. Nas plantas de coincineração, tanto os equipamentos (tanques de armazenamento, material de transporte) quanto os trabalhadores que manipulam os resíduos são das empresas de blendagem e não das cimenteiras.

No caso específico do preparo de pneus, apesar da manipulação deste material ser, em princípio, menos perigosa para os trabalhadores, ainda existem fatores de risco. Os pneus chegam inteiros e são picotados em uma quantidade que varia de 40 a 120 toneladas por dia. Para o controle de proliferação de insetos, os pneus são tratados com inseticidas constantemente, ocorrendo acúmulo destas substâncias ao longo do processo e exposição contínua dos trabalhadores durante toda a jornada de trabalho. Além disso, o atrito durante a picotagem e transporte dos pneus aumenta a temperatura destes, podendo levar a uma maior volatilização de compostos tóxicos presentes nos inseticidas. Os pneus picados são transportados para as unidades de coincineração, sendo inseridos diretamente na mistura de matéria prima por uma esteira automática e levados, também por esteiras, até o pré-calcinador. Apesar de ser uma atividade automatizada, foi percebido que trabalhadores próximos à alimentação do pré-calcinador ainda são expostos a vapores formados no início da queima, provavelmente contaminados por metais pesados e compostos orgânicos.

As condições de trabalho nas empresas de blendagem estudadas são muito parecidas com aquelas já descritas no caso de Cantagalo. Em todas as etapas do processo (descarga, armazenamento, transporte, mistura e carga) os resíduos perigosos que formam os blends contaminam o meio ambiente e expõem os trabalhadores a diversos riscos ocupacionais. Com relação às empresas de cimento, os estudos indicam que estas subestimam o risco ao qual funcionários, trabalhadores terceirizados e população do entorno estão expostos, uma vez que consideram apenas riscos relacionados a ruído e material particulado, além dos riscos ergonômicos. Outras fontes de risco, como exposição à sílica, compostos orgânicos e metais pesados (oriundos dos combustíveis ou dos resíduos perigosos coincinerados) normalmente são ignorados. [Fonte: <http://noalaincineracion.org/wp-content/uploads/relatorio-oficina-co-incineracao-versao-final-14052007.pdf>.]

Em termos internacionais, os drs. Salvador Massano Cardoso e Carlos Ramalheira, professores do Instituto de Higiene e Medicina Social, da Faculdade de Medicina de Coimbra, Portugal, realizaram estudos, em 2001, sobre os riscos da coincineração e o estado de saúde da população de Souselas, distante quatro quilômetros de Coimbra, local de instalação, em 1973, de uma cimenteira, e concluíram que:

"*Os resultados obtidos apontam, de forma inequívoca, para a existência de particulares e significativos problemas de saúde na localidade de Souselas*. Estes devem merecer a melhor atenção e cuidados por parte dos responsáveis da área da Saúde. Do conjunto de resultados enunciado emerge claramente um quadro geral de morbilidade que deverá ser explicado tendo em conta factores ambientais diversos, em interacção com factores comportamentais e biológicos" (fonte: <http://www.co-incineracao.online.pt/SouselasMar2001.pdf>).

O *Diário de Coimbra* de 12-1-2001 divulgou estudos da Sociedade Portuguesa de Senologia que constataram que "*as dioxinas desempenham um papel*

importante no aparecimento do cancro da mama. Ao comentar o relatório divulgado sobre o estado de saúde da população de Souselas, pelo movimento que luta contra a instalação da coincineração na freguesia, o médico Carlos Oliveira confirmou que os produtos de contaminação do ambiente (xenobióticos) – nos quais se incluem as dioxinas – 'interferem com as hormonas femininas e podem provocar várias doenças', entre as quais neoplasias mamárias. 'O cancro da mama é um tumor dependente das hormonas, portanto admite-se que populações expostas aos xenobióticos possam ter um maior risco de contrair a doença', afirmou o catedrático de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. De acordo com Carlos Oliveira, presidente da Comissão de Coordenação Oncológica dos Hospitais da Universidade de Coimbra, os xenobióticos – que incluem também produtos utilizados na agricultura – são susceptíveis de provocar outras doenças do foro ginecológico, nomeadamente a endometriose, que pode conduzir à infertilidade'" (fonte: <http://www.co-incineracao.online.pt/senologia.html>).

Em síntese, utilizado nas fábricas de cimento, o produto da moagem dos pneus, com partículas entre 1 mm a 6 mm, podendo chegar a 50-500 micras, é incinerado no forno de cimenteira como combustível daquela indústria, e a fumaça ou os gases produzidos nessa queima são incorporados ao produto final, cimento. *O processo de sua utilização, neste como nos outros processos mencionados, gera consequências graves e demonstradas na saúde das populações e nas condições ambientais em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, a dizer, o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

De se afirmar, portanto, que se há mais benefícios financeiros no aproveitamento daqueles resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, há de se ter em conta que o preço industrial a menor não pode se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente, tal como comprovadamente ocorre. A Constituição brasileira – como todas as que vigoram, democraticamente, hoje – não confere direitos mediante fatura a ser paga com vidas humanas.

Os preceitos fundamentais: direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

16. Com o direito busca-se o cumprimento pleno da "função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23).

Ordenar os interesses decorrentes da proibição ou da autorização da importação de pneus usados há de se dar em perfeita consonância com os princípios constitucionais adotados. E, advirta-se, na presente arguição, há de se atentar a

que a questão posta há de ser solucionada como é próprio do direito, vale dizer, pela racional aplicação das normas vigentes, sem espaço para emocionalismo, menos ainda demagogia no trato do tema.

E não se pretenda seja essa questão simples, pois, de um lado, empresas defendem o direito – que, segundo elas, seria o da liberdade de iniciativa – de se utilizarem daquele resíduo para os seus desempenhos, do que advém, inclusive, emprego para muitas pessoas, e, de outro, há os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente saudável em respeito até mesmo às gerações futuras.

16.1 A preocupação ambiental mundial com a matéria aqui cuidada estampou-se, inicialmente, pela necessidade que se fez patente contra o despejo indiscriminado de resíduos tóxicos nos países em desenvolvimento pelas grandes indústrias dos países ricos.

Com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em 1989, a Conferência da Basileia, antes mencionada, buscou enfrentar o desafio de extinguir ou dar uma destinação ao tráfego de resíduos que representem ameaça ou perigo ao meio ambiente e ao homem. Como antes enfatizado, o Brasil é signatário do acordo.

O cuidado com o meio ambiente em termos globais e a preocupação com a destinação dada aos resíduos domésticos e industriais decorrem da conclusão, senão óbvia, ao menos manifesta, de dois fatores: a) os recursos naturais têm se tornado mais escassos, pelo mau uso a eles dado pelo homem; b) a ameaça de segurança à saúde que deles decorre.

Como ponderado pelo arguente, se a Organização Mundial de Comércio desse ganho de causa à União Europeia, "*o Brasil poder(ia) ser obrigado a receber, via importação, pneus reformados de toda a Europa, que detém um passivo de pneus usados da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados*" (fl. 24).

Não é simplesmente a assinatura de uma convenção que demonstra a preocupação dos Estados com determinada matéria. É aquele ato ponto de partida, não de chegada. Tanto é assim que, assinada a Convenção da Basileia, e, para reforçar a proibição ali expressa, a União Europeia editou a Norma Técnica Diretiva sobre Aterros 1999/31/CE, que previu que, desde 2003, os aterros não poderiam receber pneus inteiros, e, desde 16-7-2006, foi proibido até mesmo o recebimento e o depósito de pneus triturados em aterros sanitários em seus respectivos Estados.

16.1 *Do preceito fundamental do meio ambiente*

16.1.1 No Brasil, antes mesmo da Constituição de 1988, a Lei 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, I, definiu o meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações

de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

A Constituição da República de 1988 estampa um capítulo dedicado, pela primeira vez em nosso constitucionalismo, ao meio ambiente, ali se acolhendo o princípio da responsabilidade e da solidariedade intergeracional, ou seja, garantiu-se não apenas à geração atual, mas também às futuras, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225):

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição da República encampa dois princípios no art. 225, tido pelo arguente como descumpridos pelas decisões judiciais, a saber: a) o desenvolvimento sustentável; e b) a equidade e responsabilidade intergeracional.

16.1.2. Sobre o art. 225 ensina José Afonso da Silva que

> *O meio ambiente é (...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais. *Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do Poder Público e, consequentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana*. [*Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20 – Grifos nossos.]

Gomes Canotilho assim descreveu a mudança de orientação normativa sobre essa matéria na ordem mundial:

> A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados "direitos da terceira geração". Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: *direitos dos povos*. Por vezes, estes direitos são chamados *direitos de quarta geração*. A primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americanas; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos. A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no patrimônio comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a ideia de direitos de terceira (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento. [*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 386 – Grifos no original.]

E, nas palavras de Raul Machado Horta,

> Em matéria de defesa do meio ambiente, a legislação federal brasileira, toda ela posterior ao clamor recolhido pela Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas no período de tratamento autônomo, iniciado em 1975: a primeira, caracterizada pela política preventiva, exercida por órgãos da administração federal, predominantemente; a segunda coincide com a formulação da Política Nacional do Meio Ambiente, a previsão de sanções e a introdução do princípio da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, para indenização ou reparação do dano causado; e a terceira representada por dupla inovação: a criação da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, sob a jurisdição do Poder Judiciário, e a atribuição ao Ministério Público da função de patrono dos interesses difusos da coletividade no domínio do meio ambiente. [*Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 270.]

Observa Ingo Wolfgang Sarlet que "a ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal. Nesse sentido, Michel Serres aponta a necessidade de se apostar, no contexto político-jurídico contemporâneo, na concepção de um contrato natural, onde o ser humano abandone a sua condição de dominador e 'parasita' em face do mundo natural e assuma em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente..." (Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Brasília: Fórum, 2008. p. 203).

16.1.3. Na esteira desta consolidada doutrina contemporânea, é de se pontuar que este Supremo Tribunal já assegurava a proteção ao meio ambiente antes mesmo da promulgação da Constituição brasileira de 1988, como se pode perceber, por exemplo, da ementa do MS 22.164, relator o eminente decano, ministro Celso de Mello:

> A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito de terceira geração. Princípio da solidariedade. O direito à integridade ao meio ambiente. Típico direito de terceira geração. Constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos da segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento

dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias. [Plenário, *DJ* de 17-11-1985.]

No julgamento da ADI 3.540-MC, relator ainda uma vez o eminente ministro Celso de Mello, este Supremo Tribunal confirmou a necessidade de se proteger o meio ambiente:

Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade ([Constituição da República], 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 ([Constituição da República], 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 ([Constituição da República], art. 3º, II, c/c o 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 MP 2.166-67/2001: um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente.

– A MP 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). [*DJ* de 3-2-2006.]

Portanto, a existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado significa não apenas a sua preservação para a geração atual, mas, também, para as gerações futuras. E se hoje a palavra de ordem é desenvolvimento sustentável, esse conceito compreende o crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados tendo-se em vista não apenas as necessidades atuais, mas também as que se podem prever e que se devem prevenir para as futuras.

Nas palavras de Alexandre Kiss:

> para haver justiça, a riqueza que nós herdamos das gerações precedentes não deve ser dissipada para nossa (exclusiva) conveniência e prazer, mas passada adiante, na medida do possível, para aqueles que nos sucederão. [Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3.]

O direito ao meio ambiente e o princípio da precaução

17. Na "Declaração do Rio de Janeiro", tirada na ECO-92, constam 27 princípios, dentre os quais o Princípio 15, pelo qual se tem que: "De modo a proteger o meio ambiente, *o princípio da precaução* deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. *Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental*."

O texto com que se expôs aquele princípio demonstra, expressamente, a intenção dos participantes daquela Conferência privilegiar atos de antecipação de riscos de danos, antes do que atos de reparação, porque é sabido que, em se tratando de meio ambiente, nem sempre a reparação é possível ou viável.

Avançou-se, assim, para além do princípio da prevenção. Ensina Paulo Affonso Leme Machado que "Em caso de certeza do dano ambiental este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção".[23]

O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza.

Daí por que não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental. Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos. Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer.

17.1. Na nova ordem mundial, o que se há de adotar como política pública é o que se faça necessário para antecipar-se aos riscos de danos que se possam

causar ao meio ambiente, tanto quanto ao impacto que as ações ou as omissões possam acarretar.

17.2. Nem se há negar a imperiosidade de se assegurar o desenvolvimento econômico. Especialmente em dias como os atuais, nos quais a crise econômica mundial provoca crise social, pelas suas repercussões inegáveis e imediatas na vida das pessoas. Mas ela não se resolve pelo descumprimento de preceitos fundamentais, nem pela desobediência à Constituição.

Afinal, como antes mencionado, não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações.

17.3. Como posto no art. 170, VI, da Constituição brasileira, a ordem econômica constitucionalmente definida em sua principiologia, fixa o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados (art. 170, VI).

E é do professor Eros Roberto Grau a lição, segundo a qual:

> Princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume, também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. Também a esse princípio a Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – confere concreção.
>
> A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de "retorno à barbárie". O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado. (...) *O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.
>
> *O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.* [*A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 250/1.]

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios

constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional.

Do preceito fundamental da saúde

18. O direito à saúde, que compareceu em várias Constituições brasileiras com as redefinições próprias das transformações da sociedade, cujo projeto político se manifesta em cada época segundo os avanços e necessidades que precisam ser colmatados, é tido pelo arguente como também descumprido pelas decisões judiciais mencionadas na peça inicial.

A Constituição de 1934 dispôs ser competência da União e dos Estados "cuidar da saúde e assistência públicas" (art. 10, II).[24]

As Constituições de 1937 e de 1946 silenciaram sobre a matéria, e a Carta de 1967, com a EC 1/1969, praticamente repetiu o que se tinha disposto na Constituição de 1934, ao atribuir à União a competência para estabelecer e executar planos nacionais de saúde (art. 8º, XIV) e ao assegurar aos trabalhadores o direito à "assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva" (art. 165, XV).

No âmbito federal, a dar efetividade a essa proteção, foi editada a Lei 2.312, de 3-9-1954, que, ao dispor sobre as normas gerais sobre defesa e proteção da saúde, estabeleceu:

> Art. 12. A coleta, o transporte e o destino final do lixo deverão processar-se em condições que não tragam inconveniente à saúde e ao bem-estar público, nos termos da regulamentação a ser baixada. (Revogada pela Lei 8.080, de 19-9-1990).

O Decreto 49.974-A, de 21-1-1961, também denominado Código Nacional de Saúde, regulamentou a Lei 2.312/1954 e foi taxativo quanto à responsabilidade estatal pela saúde da população:

> Art. 2º É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo.
>
> § 1º *Ao Estado, precipuamente, cabe a adoção das medidas preventivas, de caráter geral, para defesa e proteção da saúde da coletividade*. (Revogado.)

O Brasil foi signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10-12-1948, em cujo art. 25 se previa o direito de todo ser humano "a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar".

Quarenta anos após a assinatura da Declaração Universal, os constituintes de 1988 inseriram na Constituição brasileira a proteção à saúde como direito de todos, corolário do direito à vida digna:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido *mediante políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A dificuldade de se dar aplicabilidade e efetividade a essa norma não é novidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet, "se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa" (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 279-280).

A Constituição brasileira também enumerou a saúde no título que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais, no capítulo dos direitos sociais, estabelecendo que:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Constituição brasileira põe, ainda, que "as ações e os serviços direcionados à saúde da população 'são de relevância pública'" (art. 197).

O reconhecimento constitucional do direito à saúde como direito social fundamental tem como consequência serem exigíveis do Estado ações positivas para assegurá-lo e dotá-lo de eficácia plena.

Julgado deste Supremo Tribunal reforçou posição jurisprudencial no sentido de que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República [e que] *o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da [Constituição da República] – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*" (RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2000 – Grifos nossos).

Naquele julgado, no qual se discutia o direito à vida e à saúde com o fornecimento gratuito de medicamentos, o digno ministro Celso de Mello ponderou que "O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa do Estado brasileiro, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional".

18.1. A questão debatida na presente arguição foca a proteção ao preceito fundamental da saúde, consistente na possibilidade de se permitir, ou não, a importação de resíduo sólido – pneu –, sendo vedado ao Estado mostrar-se omisso ou imprevidente no resguardo da saúde, porque, "para além da

vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 326).

É dever constitucional da administração pública, portanto, a adoção das providências necessárias para minimizar "a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e à falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, [o que] acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos (...) [e, nesse contexto,] à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção" (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3. p. 92-93).

Seja realçado que o direito à saúde não é apenas o direito à ausência de doença, mas, também, o direito ao bem-estar físico, psíquico e social, como se tem no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS).

É vedado, portanto, ao poder público ser insuficiente ou imprevidente em suas ações e decisões que tenham o precípuo objetivo de dotar de proteção os direitos fundamentais, sob pena de essa inoperância ou ausência de ações afrontar o núcleo central desses direitos. Desta insuficiência ou imprevidência afastou-se o poder público brasileiro ao adotar as medidas normativas proibitivas de importação de resíduos que conduzem ao comprometimento da saúde pública e da saúde ambiental. É isto o que se busca, aqui, resguardar e garantir a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais.

19. Constatado que o depósito de pneus ao ar livre – a que se chega, inexoravelmente, com a falta de utilização dos pneus inservíveis, mormente quando se dá a sua importação nos termos pretendidos por algumas empresas – é fator de disseminação de doenças tropicais, o razoável e legítimo é atuar o Estado de forma preventiva, com prudência e como necessária precaução, na adoção de políticas públicas que evitem as causas que provoquem aumento de doenças graves ou contagiosas.

A atuação do Estado de forma preventiva, em relação ao risco sanitário, "abarca todas as atividades que possam, de alguma forma, colocar em risco a saúde coletiva e individual, ficando o Estado com o dever-poder de impor condicionamentos e limites à liberdade e à propriedade – seja através de métodos persuasivos, educativos, indutivos, orientadores, coercitivos etc. – em nome da garantia do direito à vida e à saúde" (SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e os serviços de saúde. In: FLEURY, S. (Org.) *Saúde e democracia*: a luta do CEBES. São Paulo: Lemes Editorial, 1997. p. 249).

Ampliada a compreensão do conceito de responsabilidade sanitária, conclui-se que a atuação do Estado não se circunscreve apenas ao cidadão, pois o direito à saúde imbrica-se, direta e imediatamente, ao direito ao meio ambiente equilibrado para as pessoas e para as gerações futuras. E, nos termos dos princípios e preceitos constitucionais, compete ao poder público estabelecer padrões de qualidade para toda a cadeia produtiva, até o seu descarte, para a proteção da saúde.

De se salientar que a saúde é responsabilidade de todos.

Se a proteção à saúde é dever do Estado, manifestando-se por cada qual de seus três poderes, cabe ao Judiciário assegurar a plena, efetiva e eficaz aplicação das normas que determinam as medidas necessárias para assegurá-la.

20. O pedido formulado pelo arguente tem como fundamento a necessidade de se assegurar a efetividade das normas exatamente para se dotar de plena eficácia jurídica os princípios constitucionais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para o arguente, o acúmulo de pneus usados no território brasileiro representa grave risco de doenças ao ser humano porque se constituem em "criadouros ideais para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela" (fl. 26).

À sua vez, alguns dos interessados afirmam não se tratar aqui de discutir a vedação ou a autorização de importação de pneus usados, argumentando que muitas decisões do poder público são tomadas com base em sentimentalismos ou critérios pouco técnicos. Para eles, as formas de aproveitamento de pneus são ambientalmente satisfatórias, além de gerarem empregos diretos e indiretos.

Entretanto, as pesquisas e as estatísticas são taxativas ao comprovar os riscos à vida acarretados pelas doenças tropicais, em especial a dengue, que tem como uma de suas principais causas exatamente a presença de resíduos sólidos, como os pneus, não utilizados e não descartados de forma a garantir a salubridade.[25]

Dados oficiais e outros coletados por pesquisadores confirmam registros da Organização Mundial da Saúde (OMS) que consideram a dengue uma doença em expansão no mundo, com uma área atingida pelo mosquito *Aedes aegypti* a envolver uma população de 3,5 bilhões de pessoas. E, segundo aquela organização, a célere urbanização aliada à má qualidade da limpeza urbana, sem adequados procedimentos de remoção de entulhos, *em especial pneus velhos*, é responsável pelo aparecimento de criadouros de mosquitos.

Ninguém desconhece que o formato interno do pneu, lançado no meio ambiente, armazena água e favorece a proliferação de mosquitos transmissores de doenças, sendo a dengue a principal delas. Os biólogos já descreveram o ciclo de reprodução do mosquito *Aedes aegypti*, transmissor da dengue, e constataram que o ovo desse inseto pode permanecer vivo em ambiente seco por quase um ano. Se, nesse período, ele entra em contato com água, nasce a larva que se transforma em mosquito. Informa-se, ainda, que os pneus usados que chegam de outros

países podem conter ovos de insetos transmissores de doenças até agora não incidentes no Brasil, ou já erradicadas no País, o que demandaria – além de maior sofrimento das pessoas – mais gastos estatais com a já precária condição da saúde pública no Brasil, sem falar, insista-se, no risco de perda de vida de cidadãos.

O relatório *A saúde no Brasil*, preparado pela Representação da Organização Pan-Americana de Saúde–Organização Mundial da Saúde para compor o capítulo *Brasil*, em sua edição de 1998, confirma: "o grande número de fatores ambientais que afetam a saúde humana é um indicativo da complexidade e das interações no meio ambiente. A maioria dos problemas ambientais têm causas múltiplas e também podem ter efeitos múltiplos. *Em consequência, a saúde, o ambiente e o desenvolvimento estão estreitamente vinculados*. O desenvolvimento depende dos esforços de melhorar a saúde e reduzir os riscos ambientais. Ao mesmo tempo, a melhoria da saúde só pode ser atingida mediante os esforços conjuntos dos serviços de saúde, do setor público e do privado, da comunidade e do indivíduo" (fonte: <http://www.opas.org.br/ambiente/carta.cfm>. Acesso em: 5 dez. 2008).

A cada ano, a Organização das Nações Unidas (ONU) elabora uma classificação dos países e mede a qualidade de vida em pelo menos três elementos: saúde, educação e produto interno bruto. Já se concluiu que, enquanto um país não tiver resolvido problemas relacionados à saúde (saneamento básico incluído) e à educação da população, não há como elevar o seu produto interno bruto.

21. Sustentam, ainda, os interessados que a proibição de importação de pneus usados acarretaria o fechamento de inúmeras fábricas de remoldagem de pneus e, por consequência, haveria desemprego, o que afrontaria o princípio constitucional que assegura "(...) a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica" e a busca do pleno emprego (inciso VIII e parágrafo único do art. 170 da Constituição da República).

Os dados assim apresentados, contudo, não conectam os princípios constitucionais definidos para a ordem econômica e para a ordem social, como antes acentuado. Nem há desenvolvimento, incluído o econômico, sem educação e sem saúde. Porque o desenvolvimento constitucionalmente protegido é o que conduz à dignidade humana, não à degradação – inclusive física – humana.

Sobre as trilhas do direito contemporâneo, realça Mireille Delmas-Marty que "a recomposição da paisagem jurídica parece inspirada ao mesmo tempo pelo espírito do mercado e pelo espírito dos direitos do homem. (...) se é verdade que o espírito do mercado designaria 'tudo o que, sob o nome de dinheiro, não se deixa reduzir à economia pura e simples', ou ainda, 'o que, no mercado, não se reduz ao campo passível de fechamento de uma teoria', concebe-se que ele vai muito mais além do direito dos negócios. E até além do direito dos bens. (...) Isto quer dizer que o espírito dos direitos do homem poderia muito bem se conjugar com o espírito do mercado para sobredeterminar o modo como se reorganiza o universo jurídico" (*Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 228 a 231).

Na espécie em foco, a autorização para a importação de pneus usados ou remoldados é, comprovadamente, gerador de mais danos que de benefícios, em

especial aos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Daí a necessidade de se ponderarem os princípios para se "encontrar o equilíbrio correto entre dados originários de fusão e dados novos que implicam uma necessidade de reorganizar as coisas sobre novas colocações" (BODEI, Remo; PIZZOLATO, Luigi Franco. *A política e a felicidade*. São Paulo: Universidade Sagrado Coração, 2000. p. 59). Busca-se, na verdade, a ponderação efetiva dos bens jurídicos que se possam conflitar.

Equilibrar e valorar os dados e os argumentos de arguente e interessados deve ser efetivado e solucionado com fundamento na Constituição porque, conforme observei em outra oportunidade, ela "Traz a revelação do fim político buscado pela sociedade para aperfeiçoar os objetivos de hoje na perspectiva histórica do devir. Constituição é mais que dever ser, é também o que é feito ser e o que deverá ser. Informa e conforma o agir da sociedade agora para a proximidade histórica que com ela ou a partir dela poderá ser. Constituição foi concebida, modernamente, como ponto de chegada da luta de um povo pela liberdade de sua forma política de ser" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 25).

22. Na espécie em pauta, há de se atentar que quem mais sofre com a situação criada com o lixo gerado pelos pneus – e cuja importação faz crescer desmesuradamente o resíduo sem aproveitamento ecologicamente saudável – são exatamente as pessoas que não dispõem dos meios materiais para se desfazerem ou não ficarem vulneráveis a esses lixos.

Sendo o direito à saúde um bem não patrimonial, sua tutela faz-se na forma inibitória, preventiva, impedindo-se a prática de atos de importação de pneus usados – proibição, aliás, adotada pelos países ricos que deles querem se livrar –, quando demonstrado que estes não são plenamente aproveitados pela indústria.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado,

> A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos. (...)
>
> Essa ótica influenciou a maioria dos países, e em suas Constituições passou a existir a afirmação do direito a um ambiente sadio. O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu art. 11, que: "1. Toda pessoa tem direito de viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente[26].
>
> O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, decidiu, em 9-12-1994, no caso López Ostra, que "atentados graves contra o meio ambiente podem afetar o bem-estar de uma pessoa e privá-la do gozo de seu domicílio, prejudicando sua vida privada e familiar"[27]. [*Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58-59.]

Faz-se necessário ampliar a consciência coletiva que "incorpora mais e mais a ideia e o valor de que o planeta Terra é a nossa Casa Comum e a única que temos. Importa, por isso, cuidar dela, torná-la habitável para todos, conservá-la em sua generosidade e preservá-la em sua integridade e esplendor. Daí nasce um 'ethos' mundial compartilhado por todos, capaz de unir os seres humanos para além de suas diferenças culturais..." (BOFF, Leonardo. *Ética e eco-espiritualidade*. Campinas: Verus, 2003. p. 59).

Da legislação aplicável à espécie

23. Mesmo tendo sido signatário da Convenção da Basileia, o Brasil tem uma questão jurídica e diplomática a resolver de imediato, pois a) como país integrante do Mercosul teve de se submeter ao que decidido, em 2003, pelo Tribunal Arbitral *ad hoc*, que o obrigou a aceitar os pneus remoldados procedentes dos países integrantes daquele bloco; b) ao assinar a Convenção de Basileia, firmou o compromisso de adotar providências e nortear seus atos pelo princípio da precaução, cujo acolhimento constitucional impõe a sua aplicação, como se requer no caso em pauta: ("Art. 4º (...) 2 – Cada Parte deverá tomar medidas adequadas para: (a) Assegurar que a geração de resíduos perigosos e outros resíduos em seu território seja reduzida a um mínimo, levando em consideração aspectos sociais, tecnológicos e econômicos; (...) (c) *Assegurar que as pessoas envolvidas na administração de resíduos perigosos e outros resíduos dentro de seu território tomem as medidas necessárias para evitar a poluição por resíduos perigosos e outros resíduos provocada por essa administração e, se tal poluição ocorrer, para minimizar suas consequências em relação à saúde humana e ao meio ambiente)*" (grifos nossos).

O princípio da legalidade e as normas questionadas

24. As pessoas favoráveis à importação de pneus usados também sustentam que as restrições que o Brasil quer aplicar aos atos de comércio não poderiam ser veiculadas por ato regulamentar, apenas por lei em sentido formal.

O argumento não procede.

Na estrutura político-administrativa brasileira, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela MP 1.911-8, de 29-7-1999, tem como área de competência o desenvolvimento de "políticas de comércio exterior" e a "regulamentação e execução das atividades relativas ao comércio exterior" (alíneas *d* e *e* do inciso VI do art. 14).

Naquele Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior se tem o Departamento de Comércio Exterior (Decex), responsável pelo monitoramento e pela fiscalização do comércio exterior. As normas por ele editadas são imediatamente aplicáveis, em especial as normas proibitivas de trânsito de bens, ainda não desembaraçados, no território nacional. Amparado pelo Decreto 99.244/1990 (alterado pelo Decreto 99.267/1990), o Decex restringiu a emissão

de licenças de importação e exportação de bens que poderiam causar danos ao País e editou a Portaria 8/1991, que obstou a importação de bens de consumo usados, entre eles, o pneu. Não se tem, no caso, ofensa ao princípio da legalidade, pois é expresso o "fundamento no Decreto 99.244/1990, editado em face do art. 237 da Constituição", o que, de resto, já foi examinado por este Supremo Tribunal, que, no julgamento do RE 202.313, relator o ministro Carlos Velloso (Plenário, *DJ* de 19-12-1996) e do RE 203.954, relator o ministro Ilmar Galvão (Plenário, *DJ* de 7-2-1997), decidiu pela constitucionalidade das Portarias Decex 8/1991 e Secex 8/2000, que vedam a importação de bens de consumo usados, tendo aquelas normas fundamento direto na Constituição.

Compete ao Decex "o aperfeiçoamento dos mecanismos de comércio exterior brasileiro e implementa[r] ações direcionadas à sua simplificação e adequação a ambiente de negócios cada vez mais competitivo", o que patenteia a sua atribuição de apurar e impedir qualquer prejuízo aos interesses do País e ao descumprimento da legislação vigente, em pleno acatamento ao princípio da legalidade.

25. Em 1991, quando se editou a Portaria Decex 8, foi editada a Lei 6.938/1991, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, como antes mencionado.

Desde a edição da Portaria Decex 8, em 14-5-1991, é expressamente proibido importar pneus usados, não tendo feito o legislador qualquer diferença entre estes e os denominados recauchutados ou remoldados, que, seja qual for o procedimento adotado para que sejam novamente colocados nos veículos, definitivamente, não são pneus novos, mas usados. Qualquer que seja a técnica utilizada para a reforma dos pneus, não tem ela o condão de transformá-los em pneu novo. Mais ainda: não tem o poder de fazer desaparecer o resíduo gerado pelo descarte do pneu velho, nem os danos gerados pelo lixo que daí, necessariamente, decorrerão.

Em 1995, foi editada a Portaria Interministerial 3/1995, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo e do Ministério da Fazenda, que proibiu a importação de bens de consumo usados.

Essa matéria, disciplinada na Convenção da Basileia, determinou a adoção de procedimentos para o controle de resíduos perigosos, o que deu ensejo, na sequência, à edição da Resolução Conama 23/1996, que vedou a entrada, no Brasil, de resíduos classificados como perigosos e autorizou apenas a importação de resíduos não inertes e, ainda assim, apenas para a reciclagem ou reaproveitamento, desde que o Ibama autorizasse, sendo permitida a importação de resíduos inertes, sem qualquer restrição, e proibida, apenas, a importação dos pneus usados.

Quase três anos depois, o Conama editou a Resolução 258, de 26-8-1999, que fixou a obrigação para as empresas fabricantes e as importadoras de pneus de "coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, aos pneus inservíveis existentes no território nacional" (art. 1º).

O não deferimento de "licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria prima", previsto

no art. 1º da Portaria Decex 8/2000, reconhecida como constitucional por este Supremo Tribunal, confirmou a regra das Resoluções Conama 23/1996 e 258/1999, que desde então proibiam a importação de pneus usados.

A Resolução Conama 301, de 21-3-2002, fez pequenas alterações na Resolução Conama 258/1999 e, entre elas, especificou a necessidade de as empresas "fabricantes e as importadoras de pneumáticos para uso em veículos automotores e bicicletas" darem destinação adequada aos "pneus novos fabricados no País ou pneus importados, novos ou reformados, inclusive aqueles que acompanham os veículos importados".

Em 2001, a administração editou o Decreto 3.919, antes mencionado, o qual foi revogado pelo Decreto 6.514, de 22-7-2008.

Estabelecida a proibição de importação de bens de consumo ou de matéria-prima usada, essa vedação esteve em vigor até a edição da Portaria Secex 2/2002, consolidada nas Portarias Secex 17/2003 e 35/2006, que adequaram o disposto nas leis nacionais ao que decidido pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul e repetiram a regra da Portaria Decex 8/1991, vedando não apenas pneus usados como também os recauchutados "à exceção dos pneumáticos remoldados (...) procedentes dos Estados Partes do Mercosul" (art. 39 da Portaria Secex 17/2003).

Conforme esclareceu o Ministério das Relações Exteriores em sua defesa perante a Organização Mundial do Comércio, o Brasil instituiu as isenções aos países integrantes do Mercosul com o único propósito de "assegurar o cumprimento" assumido com as obrigações daquele Mercado Comum do Sul e as decisões de seu Tribunal *ad hoc*, vinculantes para o Brasil.

A análise daquelas resoluções demonstra, aliás, que a autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul dá-se apenas para o produto final – pneu –, e não as carcaças, que não se incluem na exceção à regra de importação.

Repita-se, pois, não haver tratamento discriminatório nas relações comerciais adotadas pelo Brasil. A única exceção – pneus remoldados dos países do Mercosul – deveu-se à determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil.

26. A mesma diretriz normativa que se pretende não aceitar do Brasil já foi adotada pela União Europeia, cujos Estados, desde 1999, proibiram em seus respectivos territórios que aterros possam receber pneus inteiros, e, desde 2006, mesmo os fragmentados. Verifica-se, portanto, que se estabeleceu especial rigor na legislação estrangeira, especialmente na europeia, no trato da matéria. O que se nota é que os países da União Europeia aproveitam-se de brechas na legislação brasileira ou em autorizações judiciais para descartar pneus inservíveis ou ditos "com meia-vida" no Brasil, bem como em outros países em desenvolvimento.

Não é difícil concluir que o Brasil é um grande mercado consumidor de pneus pela sua enorme frota nacional. E, por ser Estado em desenvolvimento,

é, por óbvio, alvo dos países desenvolvidos que têm leis muito rigorosas quanto à disposição de resíduos sólidos e escasso território. Buscam, então, em outros Estados facilidades na legislação, mais flexível ou omissa que a deles, para aí fazer o que no deles não se permite.

Há notícias de que pneus chegam ao Brasil por preços ínfimos, em torno de 20 a 60 centavos de dólar por unidade. A questão é: qual a causa de tamanha "generosidade", qual o motivo de preço tão ínfimo se o bem fosse tão bom, servível ou mesmo aproveitável e não agressivo à saúde ou ao meio ambiente? Ou seria isso apenas "despejo" de material inservível? Essas interrogações não têm resposta prévia. Nem mudam o que aqui se há de decidir com base na Constituição. Mas sobre ela, sertaneja, diria como Guimarães Rosa, "eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa".

27. Se a palavra de ordem é reciclar, de se afirmar que várias alternativas foram buscadas para que se desse uma destinação aos pneus usados e que causasse o menor impacto possível ao meio ambiente e à saúde da população.

Como ponderado pelo arguente e antes anotado, tivesse a OMC acolhido a pretensão da União Europeia e o Brasil poderia se ver obrigado a receber, pela importação, pneus usados de toda a Europa, "que detém um passivo (...) da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados" (fl. 24).

Não é difícil compreender a extensão do problema que os países enfrentam quanto à administração dos resíduos havidos por seus pneus usados, que não podem nem devem ser abandonados em qualquer local. A história vem demonstrando as consequências da não observância de cuidados mínimos na relação produtos, resíduos e natureza. Dizia um ex-reitor da PUC/MINAS que "Deus perdoa sempre; o homem perdoa às vezes; a Natureza não perdoa, nunca".

A correta destinação dos resíduos perigosos é problema que não pode ser minimizado por nós, brasileiros. Levantamento de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística realizado em 2002 demonstra que:

> 1.682 municípios produzem resíduos tóxicos e não têm aterro industrial.
>
> Cerca de 97% (5.398) dos municípios brasileiros não possuem aterro industrial dentro de seus limites territoriais. Uma parte importante (69%) deles declarou não produzir resíduos tóxicos em quantidade significativa, mas 30% (1.682 municípios) asseguraram que geram resíduos em quantidade significativa e não possuem aterro industrial.
>
> Verificou-se descaso com resíduos tóxicos, principalmente, nos municípios mais populosos (com mais de 100 mil habitantes): dos 1.682 que não possuem aterro industrial e produzem resíduos perigosos em quantidade significativa, mais de 80% (1.406) estão no Nordeste, Sudeste e Sul. Quanto ao destino deste lixo, 162 (10%) municípios declararam enviar o material tóxico para aterro em outra cidade, e dos 1.520 restantes, 37% depositam detritos tóxicos em vazadouro a céu aberto no próprio território.

> Entre os municípios médios, de 20 mil a 100 mil habitantes, 73% (um total de 324 municípios) destinam resíduos tóxicos a lixões dentro de seus limites.
>
> Enquanto o vazadouro a céu aberto (ou lixão) no próprio município é a destinação mais frequente de resíduos tóxicos entre os municípios do Norte (68%), Nordeste (57%) e Centro-Oeste (44%), o destino não especificado é mais comum nos municípios do Sul (45%) e Sudeste (33%). É possível que esta elevada proporção de municípios que não especificam os destinos dos resíduos tóxicos deva-se à desinformação ou à falta de um plano de gestão de resíduos, uma vez que a destinação de resíduos é responsabilidade do gerador, conforme a Lei 6.438/81. [Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=363&id_pagina=1>. Acesso em: 5 dez. 2008.]

A esses dados soma-se o custo final da disposição de resíduos industriais, cuja tonelada, em 1988, "variava entre US$ 100 e US$ 2.000 nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (Estados Unidos, Canadá, Europa Ocidental, Japão), e entre US$ 2,50 a US$ 50 na África. Nesta época, cerca de 5 milhões de toneladas de resíduos tóxicos eram exportados pelos países industrializados para países do Leste Europeu e países em desenvolvimento" (fonte: <http://www.brasilpnuma.org.br/pordentro/artigos_002.htm>. Acesso em: 5 dez. 2008.)

Se o Brasil se permitisse assumir a responsabilidade de dar uma destinação para os pneus inservíveis que acompanham os contêineres provenientes do exterior, além daqueles que são fabricados aqui, teríamos extensões de áreas a serem ocupadas apenas para o seu depósito. Por outro lado, a incineração desse material também é algo por si só impraticável, por força dos princípios constitucionais.

É inegável o comprovado risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem advir, mas também à saúde pública, o que leva à conclusão da inviabilidade de se permitir a importação desse tipo de resíduo.

Ao discorrer sobre a importação de pneus usados e remoldados, o desembargador federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle explica:

> O dano ambiental daí decorrente é duplo: dano ao meio-ambiente e dano à saúde pública. Quanto ao primeiro aspecto, cumpre referir que as carcaças de pneus não se prestam para serem depositadas em aterros sanitários, devido ao seu grande volume, aliado à baixa compressibilidade e lenta degradação, ameaçando de contaminação por óleo o lençol freático. Por essa razão, não raro há proibição municipal de que sejam depositados nos lixões, estimulando, assim, a disposição clandestina em rios e terrenos baldios, com perigo de combustão, espontânea ou provocada, o que ocasiona a liberação de fumaça altamente tóxica, rica em enxofre e carbono. Quanto à saúde pública, o dano decorre da proliferação de vetores (insetos e roedores) da dengue e febre amarela, que encontram nas carcaças abandonadas nicho apropriado. Em resumo, é possível afirmar que todo pneu, em algum momento, transformar-se-á em um resíduo danoso à saúde pública e ao meio ambiente. [Importação de pneus usados e remoldados. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41, 2006, p. 156-166.]

Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado –, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e aumenta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.

28. O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.

29. Cumpre, finalmente, considerar a razão de o Brasil consumir anualmente aproximadamente 50 milhões de pneus e, destes, apenas 2,5 milhões serem remoldados. É que o Brasil importa aproximadamente 10 milhões de pneus usados. Quando se pergunta a causa de não se aproveitarem os pneus usados nacionais, a explicação da indústria de remoldados é que o pneu fabricado aqui é de baixa qualidade, em razão principalmente do péssimo estado das estradas brasileiras. O setor aponta, ainda, a falta de infraestrutura, como postos de coleta dos pneus, como outro fator para o não aproveitamento do produto nacional.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que aqueles problemas não se resolvem pelo abandono das causas, ao invés de se cogitar de sua solução.

Para o Instituto Nacional de Metrologia, Inmetro, no entanto, quando se trata de remoldagem, o pneu fabricado no Brasil nada deve ao estrangeiro. "A carcaça nacional é semelhante à importada", afirma Alfredo Lobo, diretor de qualidade daquele Instituto.

Dá-se que parte dos milhões de pneus importados não servem sequer para serem remoldados. Ou, então, são comercializados como usados, o que é expressamente proibido. O problema é tão sério que, em dois meses, entre maio e julho de 2008, os fiscais do Ibama aplicaram mais de R$ 20 milhões em multas a empresas que vendiam pneus de "segunda mão" importados como usados.

O arcabouço normativo vigente proíbe a importação de pneus usados, sejam os recauchutados, as carcaças ou os inservíveis[28], ressalva feita aos remoldados provenientes de países do Mercosul.

As carcaças que aqui chegam provenientes de outros estados já passaram por processo seletivo e se constituem em verdadeiro refugo, lixo, pois, se

se prestassem a aproveitamento, seriam utilizadas em sua origem, para suprir demandas daqueles mesmos países.

Estudos do Ibama concluíram que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, sendo que os outros 60% são material inservível ou, em outras palavras, lixo ambiental.

Ademais, comparação entre os limites de emissões na incineração de resíduos sólidos autorizados pela legislação da Alemanha nos anos de 1986 e 1990 e os adotados pela União Europeia em 2000, em relação à legislação nacional (Resoluções Conama 264/1999 e 312/2002) demonstram, por si só, o quanto o Brasil adota valores limites acanhados em relação aos outros países.

Assim, pelo risco de dano ao meio ambiente ou à saúde pública tem aplicação plena o princípio constitucional da precaução ambiental, garantindo-se a supremacia do interesse público sobre o particular, na proteção da vida como bem maior à qual a Constituição deu especial atenção.

Não se pode deixar de considerar o potencial risco à saúde pública que a eliminação de pneus inservíveis provoca, bem como ao meio ambiente, e, para minimizar esse efeito danoso, nos últimos anos, o poder público adotou regras a serem implementadas, determinando-se aos fabricantes que deem destinação adequada aos pneus inservíveis, bem como aos rejeitos decorrentes do processo de sua fabricação, como a Resolução Conama 258/1999, cujo art. 3º, IV, fixou, a partir de 1º-1-2005:

> a) para cada quatro pneus novos fabricados no País ou pneus novos importados, inclusive aqueles que acompanham os veículos importados, as empresas fabricantes e as importadoras deverão dar destinação final a cinco pneus inservíveis;
>
> b) para cada três pneus reformados importados, de qualquer tipo, as empresas importadoras deverão dar destinação final a quatro pneus inservíveis.

Essas normas foram editadas com fundamento na Constituição da República. Conveniente, talvez, aqui lembrar Domenico de Masi, que indaga: "Se vive de forma luxuosa quem possui bens que são escassos, pode-se perguntar – o que será escasso no futuro próximo?" Na sequência cita o filósofo Hans Enzensberger, segundo o qual: "seis coisas serão escassas: o tempo, a autonomia, o espaço, a tranquilidade, o silêncio e o ambiente ecologicamente saudável" (*O ócio criativo*, p. 330-333).

O direito contemporâneo impõe ao comércio e à indústria responsabilidade pela melhoria do bem-estar geral, com ela não se compatibilizando a permissão ou a autorização para a importação de pneus usados, em geral refugos com rótulos enganosos.

Como dizia Mia Couto, "Há o homem, isso é facto. Custa é haver o humano" (*A adivinha*). E é o humano do hoje e do amanhã que a Constituição e as normas jurídicas sobre a matéria aqui cuidada buscam.

O que há a se saber é se se há de estabelecer elos a costurar ou a destruir o que ainda há de vida com saúde e como meio ambiente equilibrado. Afinal, 100

milhões de pneus abandonados no território brasileiro como passivo a ser tratado, de acordo com dados do Ministério do Meio Ambiente, não é número para se desconsiderar ou menosprezar.

E é este o núcleo da questão que ora se debate. O histórico dos fatos no transcorrer do tempo demonstrou que Rachel Carson, por exemplo, duramente censurada e criticada pelas organizações econômicas que comercializavam pesticidas, quando afirmou que o Dicloro-Difenil-Tricloroetano (DDT) era cancerígeno, foi absolvida pelo tempo, a mostrar, com a conclusão das pesquisas, que ela tinha razão.

30. Agora este Supremo Tribunal decide sobre a legitimidade constitucional da norma proibitiva de importação de pneus usados e sobre a necessidade de ser ela efetivada por todos, incluídos os diversos órgãos do Poder Judiciário. Talvez as próximas gerações sequer entendam o que aqui se discute hoje, pois o que num tempo é conturbado para novos tempos é apenas o óbvio.

Os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado são constitucionalmente protegidos e estão a ser descumpridos por decisões que, ao garantir a importação de pneus usados ou remoldados, afronta aqueles direitos fundamentais.

A arguente demonstrou que a) a gama de elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros – mais de cem anos –; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) a desintegração dos pneus para serem depositados em aterros é procedimento de alto custo; e) os pneus inservíveis e descartados a céu aberto são ideais para o criadouro de insetos e outros vetores de transmissão de doenças, em razão de seu formato; f) se de um lado o alto índice calorífico dos pneus é interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; g) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica.

Essas constatações levaram o País a editar a Resolução Conama 301/2002, cujo art. 11 prevê que "os distribuidores, os revendedores, os reformadores, os consertadores, e os consumidores finais de pneus, em articulação com os fabricantes, importadores e poder público, deverão colaborar na adoção de procedimentos, visando implementar a coleta dos pneus inservíveis existentes no País."

31. Os interessados insistem em que o que os leva a demandar a permissão para continuar a importação de pneus usados é a má qualidade das rodovias brasileiras, que deterioram bastante os pneus a serem remoldados. Na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal, especialistas informaram que os pneus usados importados não são previamente classificados antes da importação,

havendo resíduo da ordem de 30% a 40% nos contêineres, que são simplesmente passivo ambiental, inservível para remoldagem. Isso apenas reforça a conclusão de afronta aos preceitos fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente.

Ao contrário do que sustentam eles, as decisões judiciais que autorizaram as importações de pneus usados é que afrontam o art. 170 da Constituição brasileira, pois o material refugado agride o meio ambiente, causa impacto ambiental, contrariando o disposto no inciso VI do art. 170, bem como aos arts. 196 e 225, especialmente. Ademais, essa transferência de material inutilizável representa, por si só, afronta ao disposto na Convenção da Basileia, da qual o Brasil é signatário.[29]

O desafio agora experimentado é marca da passagem de um Estado de Direito Democrático e Social, para o que Gomes Canotilho denomina Estado Constitucional Ecológico, resultado de

> uma significativa alteração quanto ao modo e extensão das actividades e projectos carecidos de regulação. Não se trata apenas de policiar os perigos das "instalações" ou das "actividades", mas também de acompanhamento de todo processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental. A imposição de um direito ambiental integrativo obriga, em segundo lugar, à passagem de uma compreensão monotemática para um entendimento multitemático que obriga a uma ponderação ou balanceamento dos direitos e interesses existentes de uma forma substancialmente inovadora. Assim, a concepção integrativa obrigará a uma avaliação integrada de impacto ambiental incidente não apenas sobre projectos públicos ou privados isoladamente considerados, mas sobre os próprios planos (planos directores municipais, planos de urbanização). (...) Em terceiro lugar, um direito de ambiente integrativo produz consequências no modo de actuação dos instrumentos jurídicos do Estado de Direito Ambiental. [CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106.]

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

32. Pelo exposto, encaminho **voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para**:

• declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27 da Portaria Decex 8, de 14-5-1991; do Decreto 875, de 19-7-1993, que ratificou a Convenção da Basileia; do art. 4º da Resolução 23, de 12-12-1996; do art. 1º da Resolução Conama 235, de 7-1-1998; do art. 1º da Portaria Secex 8, de 25-9-2000; do art. 1º da Portaria Secex 2, de 8-3-2002; do art. 47-A no Decreto 3.179, de 21-9-1999, e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592, de

11-2-2003; do art. 39, da Portaria Secex 17, de 1-12-2003; e do art. 40 da Portaria Secex 14, de 17-11-2004, com efeitos *ex tunc*;

• declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes dos Estados integrantes do Mercosul, na forma das normas acima listadas.

• Excluo da incidência dos efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, porque somente podem ser objeto da arguição de preceito fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. As decisões transitadas em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, não mais podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo arguente, que teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações.

Não se incluem nesta exceção decisões com conteúdo em aberto, vale dizer, aquelas cuja parte dispositiva contenha determinação proferida de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nelas previstas.

É como voto.

---

[1] No anexo III, há a síntese das teses debatidas.

[2] Pesquisa, por ordem cronológica, dos eventos mundiais, trabalhos, pactos e acordos que contribuíram para um novo sistema normativo pode ser assim sintetizada:

– 1955, Princeton, New Jersey, ocorreu o Primeiro Simpósio Internacional *Man's Role in Changing the Face of the Earth* (Papel do homem na mudança da face da Terra), com a participação de estudantes de todo o mundo.

– 1961, 30 de setembro, foi criada a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE ou OECD, em inglês), ou Grupo dos Ricos, com sede em Paris, na França. Seus integrantes comprometeram-se com os princípios da economia de livre mercado, além de dar incentivo para que investimentos fossem feitos nos países em desenvolvimento.

– 1962, foi lançado o livro *Silent Spring* (Primavera silenciosa), da escritora e cientista americana Rachel Carson, que, ao efetuar pesquisas com o pesticida denominado DDT, concluiu que este entrava na cadeia alimentar e se armazenava nos tecidos adiposos dos animais e do homem, e, daí, adviriam risco de câncer e dano genético. Reações da indústria de pesticida levaram o presidente John Kennedy a ordenar ao comitê científico do governo que investigasse as afirmações da autora, o qual concluiu estarem elas corretas, e, como resultado, o governo passou a supervisionar o uso do DDT, até o seu banimento.

– 1968, em Paris, a Unesco promoveu a Conferência Intergovernamental de Especialistas sobre as Bases Científicas para o Uso e a Conservação Racional dos Recursos da Biosfera, conhecida como Conferência da Biosfera, na qual surgiram as primeiras discussões sobre o desenvolvimento ecologicamente sustentável.

– 1968, formou-se o Clube de Roma, constituído por cientistas, industriais e políticos, que teve como objetivo discutir e analisar os limites do crescimento econômico ao levar em consideração o uso crescente dos recursos naturais.

– 1971, instituiu-se o princípio do poluidor-pagador, no âmbito de atuação da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que determina que os causadores de poluição devem pagar os custos da contaminação por ela provocada. Somente vinte anos depois, em junho de 1992, o denominado princípio do poluidor-pagador (*polluter-pays principle*) ou princípio da responsabilidade (ou responsabilização) foi convalidado, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, realizada no Rio de Janeiro.

– 1972, um grupo de pesquisadores publicou o trabalho intitulado *Os limites do crescimento*, editado pelo Clube de Roma. Concluiu-se que, para o alcance da estabilidade econômica e em respeito à finitude dos recursos naturais, seria necessário inibir o crescimento populacional e do capital industrial.

– 1972, 26 de maio, durante uma reunião sobre a utilização dos recursos hídricos, os países membros do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) aprovaram a *Recomendação sobre os Princípios Diretores Relativos aos Aspectos das Políticas Ambientais*, sobre o Plano Internacional. Sustentaram que o poder público deveria exercer vigilância sobre as indústrias e realizar medidas para reduzir a poluição e promover a melhor aplicação dos recursos naturais.

– 1972, junho, em Estocolmo, na Suécia, foi realizada a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano, que levou à criação do *United Nations Environmental Program* (UNEP), conhecido no Brasil como Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que estabeleceu um traçado das linhas básicas que deram origem às futuras legislações ambientais hoje conhecidas e substituiu a defesa da tese de crescimento zero, sustentada pelos países ricos, pelos conceitos de desenvolvimento sustentável. Foi o primeiro documento de âmbito internacional a mencionar o que hoje se denomina direito intergeracional ao estabelecer que "o homem tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente para a atual e as futuras gerações".

– 1974, foi publicado na revista *Nature*, pelos cientistas Franklin Rowland e Mario Molina, um estudo que demonstra que o gás CFC é responsável pela redução da camada de ozônio da atmosfera terrestre.

– 1975, 14 de agosto, o Decreto-Lei 1.413 dispôs sobre "o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais", editado em resposta à Convenção de Estocolmo, porém, "Signatário do documento, o Brasil compartilhou das reservas dos países em desenvolvimento, que então alimentavam suspeitas fundadas no conflito de interesses entre as nações altamente industrializadas e as nações em fase de desenvolvimento industrial ascendente" (HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 269).

– 1978, o presidente Jimmy Carter declarou estado de emergência em Love Canal, bairro no Sudeste do Distrito de La Salle, da Cidade de Niagara Falls, New York, após a constatação do aumento de problemas de pele, abortos e má-formação congênita nos fetos na população residente naquela localidade. Esse local, entre as décadas de 1940 a 1950, foi utilizado para depósito de aproximadamente 21.000 toneladas de resíduos químicos, e, com o crescimento da cidade e a demanda por moradias, a área foi utilizada para construção de casas e escolas. Em razão desse fato, vários países revisaram suas legislações ambientais quanto aos critérios para ocupação do solo urbano.

– 1979, 19 de dezembro, foi sancionada a Lei 6.766, que dispôs sobre o parcelamento do solo urbano e, para proteger a saúde pública, dispôs, no inciso II do parágrafo único do art. 3º, que não seria permitido o parcelamento do solo "em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados".

[3] "Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

(...)

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I – à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II – à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo poder público;

III – à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV – à suspensão de sua atividade.

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

[4] Entre os dias 2 e 3 de dezembro de 1984, quarenta toneladas de gases letais vazaram da fábrica de agrotóxicos americana Union Carbide Corporation, localizada em Bhopal, Índia. Ainda hoje é incerto o número de pessoas que morreram em consequência da exposição aos gases, porém estima-se entre 6.500 e 10.000 mil pessoas. Após esse desastre, pressionou-se para a elaboração de normas que garantissem aos cidadãos o acesso às informações.

Em 1985, o Canadá lançou a *Responsible Care*, ou Atuação Responsável, em que desenvolveu códigos de conduta a serem seguidos pelas empresas químicas do mundo que se comprometem a adotar um conjunto de regras de gestão que visam ao cuidado com o meio ambiente, com a saúde e com a segurança, além de fornecer informações sobre suas atividades.

Em 1985, ocorreu na Áustria encontro promovido entre a Sociedade Meteorológica Mundial, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Unep) e o Conselho Internacional das Nações Unidas (ICSU), o qual sinalizou que o aumento das quantidades de gás carbônico na atmosfera resultaria no aumento da temperatura média global, o que se denominou "efeito estufa"; fala-se em aquecimento global.

[5] O relatório concluiu não poder coexistir o desenvolvimento sustentável com o vigente padrão de consumo e produção. Segundo o Relatório Brundtland, uma série de medidas deveria ser adotada pelos países para promover o desenvolvimento sustentável. Entre elas: a) limitação do crescimento populacional; b) garantia de recursos básicos (água, alimentos, energia) em longo prazo; c) preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; d) diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias com uso de fontes energéticas renováveis; e) aumento da produção industrial nos países não industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas; f) controle da urbanização desordenada e integração entre campo e cidades menores; e g) atendimento das necessidades básicas (saúde, escola, moradia).

[6] Os §§ 2º e 3º do art. 225 da Constituição da República conferiram *status* constitucional ao princípio do poluidor-pagador, ao obrigar o poluidor/explorador a recuperar e reparar o dano ambiental decorrente de sua ação ou omissão.

[7] Em 1992, véspera da reunião de Cúpula da Rio-92, foi fundada a *World Business Council on Sustainable Development* (WBCSD), a partir de um convite do Secretário-Geral da Cúpula da Eco/Rio-92, Maurice Strong, ao industrial suíço Stephan Schmidheiny, para que transmitisse a visão de sustentabilidade por parte da comunidade internacional de negócios, na defesa da ideia de que os negócios são bons para o meio ambiente e vice-versa (fonte: <http://www.wbcsd.org>. Acesso em: 11 set. 2008).

[8] Alguns dos princípios que constaram daquele documento podem ser realçados:

Princípio 7: "Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam".

Princípio 14: "Os Estados devem cooperar de modo efetivo para desestimular ou prevenir a realocação ou transferência para outros Estados de quaisquer atividades ou substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana".

Princípio 15: "De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental".

Princípio 16: "Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais" (conceituou-se o princípio do poluidor-pagador).

[9] Deve ser anotado que, em 16-2-2005, entrou em vigor o Protocolo de Kyoto, pelo qual os países signatários comprometeram-se a reduzir a emissão de gases poluentes, responsáveis pelo efeito estufa e pelo aquecimento global.

[10] Em 26-3-1991, concluiu-se o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República da Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, denominado "Tratado de Assunção", conforme estabeleceu o art. 23.

No Capítulo I, art. 1º, do Tratado de Assunção, os países integrantes concordaram com a "livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente".

O Congresso Nacional aprovou esse tratado por meio do Decreto legislativo 197, de 25-9-1991, e, em 30-10-1991, a Carta de Ratificação daquele Tratado foi depositada pelo Brasil.

Em 17-12-1991, a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai convieram nos termos do denominado Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias no Mercado Comum do Sul (Mercosul), criado pelo Tratado de Assunção de 26-3-1991.

Nos termos daquele Protocolo, as "controvérsias que surgirem entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou não do cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo" (art. 1º).

Entre as formas estabelecidas para solucionar as controvérsias estão as "negociações diretas" (arts. 2º e 3º); a submissão da controvérsia à "consideração do Grupo Mercado Comum" (art. 4º); e o "procedimento arbitral" (arts. 7º a 24).

Assim, com fundamento no Protocolo de Brasília e no Protocolo de Ouro Preto (esse de 17-12-1994), e em razão do que disposto na Portaria 8/2000, da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Secex), o Uruguai solicitou, em 15-3-2001, negociações diretas com o Brasil, que, por intermédio daquela portaria, havia proibido a importação de pneumáticos recauchutados e usados oriundos do Mercosul.

Infrutíferas as tentativas de negociação, o Uruguai iniciou o procedimento arbitral contra o Brasil, "por proibição de importação de pneumáticos remoldados de origem uruguaia ao mercado brasileiro" (laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, fl. 281).

Argumentou o Uruguai que haviam sido afrontados os princípios do Direito Internacional, da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, preceito fundamental contido no direito das obrigações e dos contratos, no sentido de que os contratos devem ser obedecidos, em referência ao Tratado de Assunção, que garantia livre circulação de bens, sem restrições.

Sustentou também que teria sido afrontado o princípio do *estoppel* ou *venire contra factum proprium* (agir de forma contrária a um ato próprio), que, em outras palavras, seria a impossibilidade de editar o Brasil norma contrária a acordo ou convenção assinada por ele anteriormente, referindo-se ao Tratado de Assunção, sob pena de afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, que dispõe:

> "Art. 45. Um Estado não pode mais invocar uma causa de nulidade, de extinção, de retirada ou de suspensão da execução de um tratado, com base nos arts. 46 a 50 ou nos arts. 60 e 62, se, depois de haver tomado conhecimento dos fatos, esse Estado:
>
> a) tiver aceito, expressamente, que o tratado é válido, permanece em vigor ou continua em execução conforme o caso, ou;

b) em virtude de sua conduta, deva ser considerado como tendo concordado em que o tratado é válido, permanece em vigor ou continua em execução, conforme o caso."

Assim, para o Uruguai, o Brasil não poderia proibir a importação de pneus recauchutados, se, anteriormente, houve o livre comércio desse material.

Ponderou aquele Estado que pneus usados e recauchutados estariam contidos em listas diferenciadas na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), respectivamente 4012.20 e 4012.10, e, em consequência, o Brasil sempre teria importado pneus recauchutados do Uruguai; entretanto, com a Portaria 8/1991, o Brasil teria acrescentado nova modalidade de vedação, de restrição de circulação de mercadoria, de forma imotivada e ilegal, qual seja, dos pneus remodelados, o que afrontaria a reciprocidade que deveria existir entre os Estados-partes do Mercosul.

Foram argumentos do Uruguai:

"Que o objeto da controvérsia está constituído pela Portaria da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Secex) 8/2000 de 25 de setembro de 2000, a qual dispôs a não concessão de licenças de importação de pneumáticos recauchutados e usados, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), seja para consumo ou uso como matéria-prima (Prova I, doc.1), como também por outros atos normativos ou medidas que direta ou indiretamente impeçam o acesso dessas mercadorias ao mercado brasileiro.

Anteriormente à Portaria 8/2000, a Portaria 8/1991, de [13-5-1991], já havia proibido a importação de pneumáticos 'usados' (classificados na Subposição NCM 4012.20), mas não proibia a importação dos pneumáticos recauchutados (classificados na Subposição NCM 4012.10). A importação de pneumáticos 'recauchutados' foi autorizada durante o período de dez anos que mediou entre a Portaria 8/1991 e a Portaria 8/2000.

A Subposição NCM 4012.10 ('pneumáticos recauchutados') refere-se tecnicamente aos pneumáticos 'reformados', que incluem: os 'remoldados' (objeto desta controvérsia), os 'recauchutados' e os 'recapados', distinguindo-se da Subposição NCM 4012.20 que faz referência aos pneumáticos 'usados'.

A proibição estabelecida pela Portaria 8/2000, ao fazer alusão genericamente à Posição NCM 4012, introduziu uma proibição nova ao estender a que anteriormente alcançava unicamente os pneumáticos 'usados' aos três tipos de pneumáticos 'reformados', violando diversas normas vigentes no Mercosul, especialmente as disposições do Tratado de Assunção e de seu Anexo I, a Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 22/00 e os princípios gerais do direito". (Fonte: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/normativas/laudos.html/pneumatico>. Acesso em: 13 set. 2008.)

Em sua defesa, o Brasil alegou que a significação precisa de pneus usados e recauchutados era utilizada pelos leigos e que não havia consenso quanto à sua definição, nem mesmo no âmbito técnico-científico. Consequência disso é que ambos teriam o mesmo tratamento, como se fossem bens de mesma natureza, cuja diferença seria apenas pelo valor reunido em um deles. Afirmou, ainda, que a Portaria 8/00 teria sido editada justamente para corrigir essas falhas no Sistema Informatizado de Comércio Exterior do Brasil (Siscomex).

Nos termos do relatório do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, foram essas as alegações do Brasil:

"No tocante especificamente à Portaria Secex 8/2000, à luz do disposto na Resolução GMC 109/94, a Portaria Secex 8/2000 disciplina o regime de importação de bens usados existente no Brasil, vigente nesse país desde 1991 (Portaria Decex 8/1991) e que, de acordo com o governo brasileiro, inclui pneumáticos recauchutados. No entender do governo brasileiro, os pneumáticos recauchutados são bens usados, independentemente de terem sido objeto de algum tipo de processo industrial que tenha em vista restituir-lhes parte de suas características originais ou prolongar sua vida útil. Nesse sentido, estão compreendidos nas disciplinas estabelecidas pela Portaria Decex 8/1991.

Com a adoção da Portaria 8/2000, procurou-se reprimir as importações de pneumáticos recauchutados que existiam em função, basicamente, de falhas no sistema informatizado de comércio exterior do Brasil (Siscomex) que, com a finalidade de conceder licenças de importação, considera somente a condição de usado de um bem, sem menção específica à NCM, inclusive porque, na maioria dos casos, a nomenclatura não permite distinguir entre bens usados ou novos. Ao não estar consignado, no espaço correspondente do Siscomex, que

se tratava de material usado, vários importadores haviam conseguido burlar a proibição de importação de bens usados, obtendo o respectivo registro de importação para pneumáticos recauchutados. Esse fluxo de importação que houve no Brasil nos últimos anos, proveniente do erro no preenchimento dos documentos necessários à importação, não constituiria, entretanto, reconhecimento de sua licitude pelo governo brasileiro.

Afirmou-se que os termos 'usados' e 'recauchutados' seriam meramente leigos, comerciais, e não técnico-científicos, 'utilizados unicamente na diferenciação de dois produtos que se distinguem apenas pelo acréscimo de valor concedido a um deles'.

Essa situação estaria fortalecida por estarem ambos na mesma posição da NCM, havendo diferenciação somente em sua subposição. A NCM não teria por finalidade definir a natureza de novo ou usado dos bens, mas apenas 'diferenciar bens que por suas características intrínsecas são comercialmente diferenciados'.

A natureza de usados dos pneumáticos usados e recauchutados permaneceria apesar dessa classificação, mas tais bens não poderiam ser confundidos com pneumáticos 'novos'.

Em virtude disso, com base na Portaria Decex 8/1991, muitas dessas importações foram retidas na Aduana brasileira e em função do crescente número dessas operações o governo brasileiro viu-se obrigado, através da Portaria 8/2000, a reforçar e esclarecer o alcance da Portaria 8/1991, uniformizando o tratamento aduaneiro dispensado a esses produtos.

Nesse sentido, segundo o Brasil, a Portaria Secex 8/2000 não estabelece, como pretende a reclamante, nova proibição de acesso ao mercado brasileiro, ou extensão ilegítima de restrição anteriormente existente. Teria, na verdade, apenas um caráter meramente interpretativo, explicitando a proibição de importação de pneumáticos reformados já existente com anterioridade, ao estarem incluídos na proibição referente a pneumáticos usados.

(...)

Com relação à definição dos pneumáticos remoldados como 'usados', o Brasil afirma que tal definição não é arbitrária e deriva, basicamente, da constatação técnica de que, apesar do processo de recondicionamento, tais pneumáticos, que se distinguem dos pneumáticos usados somente pelo acréscimo de borracha, não podem ser considerados pneumáticos novos. As análises técnicas realizadas pela indústria automotiva brasileira demonstram, entre outras coisas, que os pneumáticos remoldados apresentam uma performance de rendimento entre 30% e 60% inferior a um pneumático novo, além de terem uma vida útil reduzida.

Estando composto de somente 30% de material novo, o pneumático remoldado não se confundiria com pneumático novo e não se prestaria mais a reformas, de acordo à alegação do Governo brasileiro, após sua vida útil, acabando por transformar-se num 'resíduo indesejável'." (Fonte: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/normativas/laudos.html/pneumatico>. Acesso em: 13 set. 2008.)

Em 9-1-2002, decidiu o Tribunal Arbitral *ad hoc*, à unanimidade, que a Portaria Secex 8/2000 era incompatível com a normativa do Mercado Comum do Sul, com os seguintes fundamentos:

"a) existiu durante a década de noventa, especificamente a partir de 1994/95, um fluxo comercial em direção ao Brasil de pneumáticos recauchutados (remoldados) provenientes do Uruguai, compatível com a legislação interna do Brasil aplicada a partir da Portaria n. 8/91;

b) que, a partir de atos concludentes de distintos órgãos públicos do Estado brasileiro, certificou-se que os pneumáticos recauchutados (remoldados) não foram considerados como usados e, portanto, não compreendidos na proibição de importação de pneumáticos usados;

c) que a Decisão n. 22/00 impõe aos Estados Partes a obrigação de não adotarem medidas restritivas ao comércio recíproco;

d) que a Portaria n. 8/00 é posterior à Decisão n. 22/00 e impõe novas restrições ao comércio recíproco existente;

e) que a Resolução n. 109/94 CMC é uma exceção ao esquema do Artigo 1º do Tratado de Assunção e o Artigo 1º de seu Anexo, condicionada ao conteúdo da Decisão CMC n. 22/00 que, no presente caso, limita os alcances da Resolução anteriormente mencionada a respeito de bens usados admitidos no comércio recíproco existente no momento de sua adoção;

f) que, independentemente do fato de não ser compatível com a Decisão CMC n. 22/00, a Portaria n. 8/00 contradiz princípios gerais do direito, especialmente o princípio do estoppel, cuja aplicação no presente caso reafirma os postulados básicos relativos ao objeto e ao fim do Tratado de Assunção." (Fonte: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/normativas/laudos.html/pneumatico>. Acesso em: 13 set. 2008.)

[11] A decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* era, então, irrecorrível, uma vez que o Tribunal Permanente de Revisão somente veio a ser instalado a partir do Protocolo de Olivos, de 2002.

[12] É o seguinte o encaminhamento daquela controvérsia:

Em 16 de março de 2006: Indicação pelo Diretor-Geral da OMC dos três painelistas (Mitsuo Matsushita, do Japão; Donald McRae, do Canadá e Nova Zelândia; Chang Fa Lo, do Taipé Chinês);

Em 27-4-2006: Entrega da primeira petição da União Europeia;

Em 8-6-2006: Entrega da primeira petição do Brasil;

De 5 a 7 de julho de 2006: Primeira audiência com o Painel;

Em 11-8-2006: Entrega das segundas petições das Partes;

Em 4-9-2006: Segunda audiência com o Painel;

Em 12-3-2007: Emissão do relatório preliminar do Painel;

Em 23-4-2007: Circulação, com compromisso de confidencialidade, do relatório final do Painel para Brasil e União Europeia;

Em 12-6-2007: Circulação do relatório final para os demais Membros da OMC e para o público;

Em 10-9-2007: A Comunidade Europeia apresenta sua petição de Apelação;

Em 28-9-2007: O Brasil apresenta sua petição de apelado;

Em 17-12-2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (DSB) adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do Painel;

Em 15-12-2008, o Brasil comprometeu-se a implementar o que fora decidido pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

[13] O procedimento de solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio divide-se, basicamente, em quatro fases: consultas, painéis, apelação e implementação.

[14] O Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH) substituiu a Nomenclatura do Conselho de Cooperação Aduaneira (NCCA) e foi aprovado pelo Conselho de Cooperação Aduaneira, "com o objetivo de atender a todos os segmentos do comércio, como instrumento fiscal ou gerador de dados para estatísticas de produção, comércio exterior e transporte, além de facilitar a compatibilização de estatísticas internacionais e simplificar as negociações bilaterais e multilaterais" (fonte: sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, nomenclatura da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI): <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=415>. Acesso em 24 out. 2008).

[15] Dispõe o art. XI:1 do GATT 1994: "Nenhuma proibição ou restrição que não seja tarifária, tributária ou que envolva outros encargos, quando adotadas por quotas, licenças de importação e exportação ou outras medidas, deverá ser instituída ou mantida por qualquer [Membro] na importação de qualquer produto de território de outro [Membro] ou na exportação ou venda para exportação de qualquer produto destinado ao território de qualquer outro [Membro]".

[16] Saliente-se que o Painel concluiu não ser aquela a primeira vez que a Organização Mundial do Comércio decidia com fundamento na proteção da saúde e do meio ambiente: o mesmo se dera no julgamento da proibição do amianto:

"7.111 *The importance of a number of risks to human life or health has already been recognized in past cases. In EC – Asbestos, the Panel identified two pathologies associated with chrysotile, namely lung cancer and mesothelioma, which is also a form of cancer. The Appellate Body found that the objective pursued by the measure was the preservation of human life and health through the elimination, or reduction, of the health risks posed by asbestos fibres and that the value pursued was both vital and important in the highest degree. To the extent that this same value is being protected here, the same reasoning would apply. Therefore, the Panel is of the view that the objective of protecting human health and life against life-threatening diseases, such as dengue fever and malaria, is both vital and important in the highest degree*." (Fonte: <http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/braziltyres(panel).pdf>. Acesso em: 22 nov. 2008, p. 171.)

(A importância de riscos à saúde ou à vida humana foi reconhecida em julgamentos anteriores. No "EC-Amianto", o Painel identificou duas patologias associadas à crisotila, a saber, câncer de pulmão e mesotelioma, que também é uma forma de câncer. O Órgão de Apelação decidiu que o objetivo perseguido pela medida foi a preservação da vida humana e da saúde pela eliminação ou redução dos riscos à saúde provocados pelas fibras de amianto e que o valor a ser protegido era vital e importante no mais alto grau. Na medida em que esse mesmo valor é protegido aqui, os mesmos arrazoados se aplicam [à espécie ora discutida]. Por essa razão, o Painel entende que o objetivo de proteger a saúde humana e a vida contra doenças que ameaçam a vida, como dengue e malária, é de vital importância, no mais alto grau) (tradução livre).

[17] Há de se realçar que o GATT 1994 autoriza os Membros da Organização Mundial do Comércio a se eximirem de disciplinar o acordo com a finalidade de proteger valores sociais que estejam em destaque sob condições específicas.

É o que estabelece o art. XX:

"Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas:

(...)

(b) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal;"

[18] Textualmente, aquele artigo do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio estabelece:

"Art. XIX: Medidas de emergência para os casos de importação de produtos especiais.

(...)

Art. XX. Exceções Gerais.

Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas:

(b) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal." (Fonte: <http://www2.mre.gov.br/cgc/Relat%C3%B3rio%20do%20OA.Portugu%C3%AAs.Final.19Dez073.pdf> e <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 24 out. 2008.)

[19] Pode-se dizer que: a) carcaça é a parte interna do pneu que deve reter a pressão provocada pelo ar e sustentar o peso do veículo, além dos eventuais choques. É composta por lonas de poliéster, nylon ou aço, que estão dispostas no sentido diagonal uma das outras (pneus convencionais), ou na forma radial (por óbvio, nos pneus ditos radiais); esses últimos têm uma estrutura adicional de lonas (constituídas de aço), chamadas de cintura, responsáveis por estabilizar a carcaça radial; b) talões são aros de aço de grande resistência recobertos por uma camada de borracha; têm por finalidade manter o pneu em contato com o aro da roda e garantir a sua fixação; c) aro do talão é a parte interna e metálica do talão; d) paredes laterais ou flancos são as partes laterais da carcaça, que a protege; são constituídas por uma mistura de borracha com alto grau de elasticidade e resistência ao desgaste; e) cintas ou lonas de proteção compreendem a parte externa da estrutura resistente dos pneus e têm por finalidade proteger as lonas/cintas de trabalho; f) cintas ou lonas de trabalho estão presentes nos pneus radiais e compreendem a parte externa da estrutura resistente e têm por finalidade estabilizar os pneus; g) banda de rodagem/rolagem é a parte do pneu que entra em contato direto com o solo; seus desenhos têm partes cheias e vazias conhecidas como sulcos e proporcionam aderência, tração, estabilidade e segurança ao veículo, evitando-se deslizamentos do veículo.

[20] Nesse quantitativo estão incluídas as motocicletas que, em termos estatísticos, representam um percentual de 21,3%, segundo a Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores (Fenabrave) (fonte: <http://www.tela.com.br/download/anual_2007.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008).

[21] Estas destinações podem ser assim explicadas:

a) *Na confecção de saltos e solados de calçados, mangueiras de jardim e tapetes para automóveis e outros*

O material obtido da desvulcanização do pneu pode gerar uma manta de borracha utilizada em quadras esportivas, tapetes de automóveis, saltos e solados de borracha ou pode ser moldado na fabricação de câmaras de ar; faixas para indústrias de estofados; buchas para eixos de caminhões e ônibus, mangueiras de jardim, entre outros produtos.

A questão principal é saber se esses produtos, que utilizam pequenas quantidades de borracha, seriam suficientes para consumir todo o acervo de pneus usados que são descartados.

Outra destinação que se dá aos pneus é montá-los como se fossem recifes artificiais para que os corais e algas que crescem ali atraiam peixes e promovam o incremento da atividade costeira.

Na região nordeste do Brasil, em especial no Ceará, há relatos de recifes artificiais formados a partir de oito pneus, até o número de 1.024 pneus ou mais. Há projetos que se utilizam de quatro mil a seis mil pneus para cada comunidade pesqueira.

Nesse tipo de reaproveitamento de pneus, forma-se um ciclo cruel: os pescadores artesanais que não têm um suporte econômico para a montagem dos recifes artificiais marinhos, além dos pneus, para fixá-los no mar utilizam-se de madeira de mangue, o que destrói esse ecossistema no qual grande parte de espécies marinhas realiza a reprodução. Outras comunidades de pescadores utilizam-se também dos "chamados materiais de oportunidade, tais como sucatas de automóveis e eletrodomésticos em desuso" (fonte: Projeto Marambaia: Apoio à Pesca Artesanal no Ceará – Instalação e Monitoramento dos Recifes Artificiais em Paracuru. Arquivos de Ciências do Mar. Fortaleza. Edições Universidade Federal do Ceará, vol. 40. n. 1, 2007, p. 72-77).

Relatos sobre a utilização de pneus para a criação de recifes artificiais marinhos na Flórida e no Canadá destacam que, nesses países, sua utilização foi banida, pois há um momento em que o mar se revolta e todo aquele recife arrebenta, esparrama-se e forma uma lixeira de pneus no fundo do mar. Consta, ainda, que, com o passar do tempo, metais pesados presentes na composição dos pneus começaram a dissolvê-los e a contaminar a água.

b) *Na composição do asfalto para a pavimentação de rodovias e ruas*

Do processo de trituração dos pneus, as partículas que não forem maiores que 5 mm e que contiverem umidade máxima de 2% são misturadas ao asfalto na proporção, em peso, de 1 a 3%, o que faz surgir a denominada manta asfáltica, empregada na pavimentação de vias e pátios de estacionamento.

Não é desconhecido que as condições de pavimentação de nossas rodovias estaduais e federais são lamentáveis, em sua maioria. A última pesquisa realizada pela Confederação Nacional de Transporte, em 2007, avaliou "100% da malha rodoviária federal pavimentada e os principais trechos sob gestão estadual e sob concessão", o que representa aproximadamente 87 mil quilômetros de rodovias (fonte: <www.cnt.org.br>. Acesso em: 22 out. 2008) e concluiu que:

> *"Buracos, pavimento ruim, deterioração e problemas de sinalização: 74% das rodovias do Brasil apresentam problemas desse tipo. (...). [A estimativa é que] 18 mil km a 20 mil km de estradas terão de ser reconstruídos, uma vez que estão com a base comprometida e não seguram mais o material usado em reparos de emergência.*
>
> *Ou seja, os buracos são tapados, mas o remendo não resiste às primeiras chuvas. No total, a pavimentação de 56,1% da malha, ou 41,9 mil km de estradas, está em estado precário.*
>
> *É por essa rede de rodovias esburacadas, sem sinalização e com geometria viária precária (número de pistas e mãos de tráfego insuficientes, falta de acostamento e de delimitação de faixas, etc.), que transitam 60,5% das cargas e 96,6% dos passageiros do País. (...) estima-se que a precariedade das estradas aumente em cerca de 30% o chamado custo Brasil. Afinal, a situação das rodovias determina atrasos e aumentos de custo nas outras modalidades de transporte, na medida em que compromete a integração modal."* (Fonte: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=156703>. Acesso em: 25 out. 2008.)

[22] Ao incidir nos lagos e rios, as águas ficam com o Ph mais ácido, o que mata os peixes e outras populações aquáticas, além de matar os insetos, o que, por sua vez, decresce a população dos pássaros, e, na sequência, toda a cadeia alimentar; nas árvores, a chuva ácida destrói as proteções das folhas que ficam danificadas e com manchas marrons, até caírem, impedindo assim a fotossíntese; e, ainda, metais pesados são infiltrados no solo e contaminam os lençóis freáticos (fonte: <http://www.cdcc.sc.usp.br/quimica/ciencia/chuva.html> e <http://www.uenf.br/uenf/centros/cct/qambiental/ar_chuvacida.html>. Acesso em: 22 out. 2008).

[23] *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.

[24] A Constituição do Império, de 1824, e a primeira da República, de 1891, nada dispuseram sobre a matéria.

[25] A Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS) registrou, em 2007, 559.954 casos suspeitos de dengue; 1.541 casos confirmados de Febre hemorrágica da Dengue (FHD) e 158 óbitos por FHD, com uma taxa de letalidade para FHD de 10,2% (fonte: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/dengue_0210.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2008).

[26] Decreto 3.321/1999 promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador", concluído em 17-11-1988, em São Salvador/El Salvador (*DOU* de 31-12-1999).

[27] "Lo*s hechos Del caso López Ostra pueden ser resumidos destacando La producción, por una depuradora de propiedad privada construida em Lorca (Murcia), de molestias y perjuicios (emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación), que afectaron especialmente a la vivienda de la demandante, situada a 12 metros de La depuradora. El Tribunal estabelece La responsabilidad de las autoridades españolas por falta de reacción y aun por colaboración com La empresa privada, puesto que El Município no adoptó las medidas adecuadas para El cese de La actividad."* (RAMÓN, Fernando López. Derechos Fundamentales, Subjetivos y Colectivos al Meio Ambiente. *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, 95/347-364, jul.-set./1997).

[28] Recordo que os pneus inservíveis são assim denominados por não mais poderem continuar nos veículos e, também, por não estarem em condições de serem reaproveitados, por defeitos em sua estrutura ou simplesmente por não suportarem o procedimento de remoldagem ou qualquer outra forma de processamento que lhe dê novo aproveitamento.

[29] O preâmbulo daquela Convenção demonstra a preocupação dos países signatários em promover o manejo e a eliminação, ambientalmente correta, bem como o tráfico ilegal de rejeitos tóxicos.

Ao assinarem aquela Convenção, as partes afirmaram estar

> "Conscientes do risco que os resíduos perigosos e outros resíduos e seus movimentos transfronteiriços representam para a saúde humana e o meio ambiente,
>
> *Atentas à crescente ameaça à saúde humana e ao meio ambiente que a maior geração, complexidade e movimento transfronteiriço de resíduos perigosos e outros resíduos representam,*
>
> *Atentas também ao fato de que a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o meio ambiente dos perigos que esses resíduos representam é a redução ao mínimo da sua geração em termos de quantidade e/ou potencial de seus riscos,*
>
> Convencidas de que *os Estados devem tomar medidas necessárias para garantir que a administração de resíduos perigosos e outros resíduos, inclusive seu movimento transfronteiriço e depósito, seja coerente com a proteção da saúde humana e do meio ambiente,* independentemente do local de seu depósito,
>
> (...)
>
> Reconhecendo plenamente que *qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou depósito de resíduos perigosos e outros resíduos estrangeiros em seu território,*
>
> Reconhecendo também *o desejo crescente de proibir movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito em outros Estados, especialmente nos países em desenvolvimento,*
>
> Convencidas de que *os resíduos perigosos e outros resíduos devem,* na medida em que seja compatível com uma administração ambientalmente saudável e eficiente, *ser depositados no Estado no qual foram gerados,*
>
> Conscientes também de que *os movimentos transfronteiriços desses resíduos do Estado gerador para qualquer outro Estado devem ser permitidos apenas quando realizados em condições que não ameacem a saúde humana e o meio ambiente,* nas condições previstas na presente Convenção,
>
> (...)
>
> Conscientes também da crescente preocupação internacional com a necessidade de um controle rigoroso do movimento transfronteiriço de resíduos perigosos e outros resíduos, bem como com a necessidade de, tanto quanto possível, reduzir este movimento a um mínimo,
>
> (...)

Levando também em consideração que países em desenvolvimento têm uma capacidade limitada para administrar resíduos perigosos e outros resíduos,

(...)

Determinadas a proteger, por meio de um controle rigoroso, a saúde humana e o meio ambiente contra os efeitos adversos que podem resultar da geração e administração de resíduos perigosos e outros resíduos." [Grifos nossos.]

ANEXO I

As decisões judiciais relacionadas pelo arguente

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
01	All Victor Importadora e Distribuidora Ltda. (cópia anexa)	2003.50.01.003302-3	3ª Vara ES 6ª Vara ES 3ª Turma	Em 15.8.2008: RESP 1.040.382 concluso ao Min. Castro Meira com parecer da PGR
		2004.50.01.011427-1		Em 23.7.2008: autos arquivados
02	Auto Tec Recauchutagem Importação e Exportação Ltda.	2004.51.01.013327-9	5ª Vara RJ 6ª Turma	Em 30.1.2009: recebimento na assessoria de recursos
		2006.02.01.000974-5		Em 28.6.2008: autos arquivados
03	Baptista Pneus Indústria e Comércio Ltda.	2004.51.01.018271-0	6ª Vara RJ 6ª Turma	Em 12.8.2008: conclusos ao Desembargador Frederico Gueiros
		2004.02.01.011669-3	6ª Turma	Em 8.5.2008: baixa definitiva à 2ª VF do RJ
04	Bética Comercial Importadora Exportadora Ltda.	2002.51.01.014707-5	5ª Vara RJ 7ª Turma	Em 22.1.2009: autos arquivados.
		2002.51.01.022492-6	8ª Vara RJ 7ª Turma	Em 17.2.2009: conclusos ao Dr. José Luis Castro Rodriguez
		2002.61.00.004306-9	4ª Vara SP 4ª Turma SP	Em 6.2.2009: transitou em julgado.
05	BS Colway Pneus Ltda.	2002.51.01.014705-1	2ª Vara RJ** 8ª Turma	Em 5.11.2007: RE 569.223, concluso ao Min. Menezes Direito. Em 16.2.2007: remetido ao STJ. Em 16.6.2008: REsp 1.063.803 concluso ao Ministro Teori Albino Zavascki Em 14.5.2007: REsp 936.899, concluso ao Ministro Teori Albino Zavascki

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
		2003.51.01.020151-7	24ª Vara RJ 8ª Turma	
		2000.51.01.015268-2	3ª Vara RJ 7ª Turma** - 2ª Região.	- Em 4.2.2009 recebidos autos do TRF 2ª Região.
		2000.02.01.049640-0 (Proc. Originário: 2000.51.01.015268-2)		- Em 4.2.2009: recebidos autos do TRF
		2001.02.01.000846-9 (Proc. Originário: 2000.51.01.015268-2)	Vice-Presidência*	- 08.1.2009: recebidos autos na 3ª Vara Federal.
06	Camargo Trading Imp. Exp.	2003.51.01.009085-9	16ª Vara RJ 5ª Turma*	Em 20.6.2008: concluso ao Desembargador Paulo Espírito Santos. A segurança foi denegada.
		2004.02.01.007769-9	16ª Vara RJ 6ª Turma	- Em 9.11.2007: devolução dos autos com manifestação do réu.
		2001.51.01.001651-1	18ª Vara RJ 3ª Turma	Em 22.8.2006: concluso ao Desembargador Paulo Espírito Santo.
07	Casa Amaro - Remoldagem de Pneus (no sítio do TRF 2ª Região consta BS COLWAY e outro)	2003.51.01.020151-7	24ª Vara RJ** 8ª Turma*	- Em 16.2.2007: remetido ao STJ. Em 14.5.2007: REsp 936.899 concluso ao Ministro Teori Albino Zavascki - Em 16.6.2008: REsp 1.063.803 concluso ao Ministro Teori Albino Zavascki.
		2006.02.01.004929-9	24ª Vara RJ 4ª Turma	Remetido ao STJ (apensado ao Proc. 2003.02.01.015208-5). Em 26.5.2006 arquivado SS 1296 e, em 20.10.2006, arquivada a MC 11859 (STJ).
		2006.51.01.006669-0	16ª Vara RJ	- Em 6.3.2009: carga dos autos para Autor por motivo de recurso.
08	Conquest Pneus (cópia anexa)	2002.51.01.021336-9	28ª Vara RJ	- Em 8.9.2008: concluso ao juiz
		2003.02.01.003495-7 (processo originário: 2002.51.01.021336-9)	28ª Vara RJ 2ª Turma*	Em 5.4.2004: trânsito em julgado.

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
		2003.51.01.028108-2	16ª Vara RJ 7ª Turma*	Em 13.9.2006: baixa à vara de origem. Segurança negada. Em 20.4.2007: autos arquivados.
		2006.51.01.005790-0	16ª Vara RJ 6ª Turma*	Em 18.2.2009: autos conclusos ao Desembargador Guilherme Calmon. A segurança foi concedida em parte para expedição de licença de importação
		2006.02.01.004450-2 (agravo)		- Em 22.11.2006: baixa à vara de origem
09	EBRP – Empresa Brasileira de Reciclagem de Pneus Ltda.	2003.51.01.005169-6	29ª Vara RJ 4ª Turma*	- Em 5.5.2008: autos conclusos à Desembargadora Lana Maria Fontes Requeria
10	Instituto BS Colway	2006.70.00.003656-4	Vara Federal Ambiental Curitiba-PR	Em 6.3.2009: autos remetidos ao Advogado-Geral da União.
		2006.04.00.004730-4	Ambiental PR	Não localizado
11	I M & T Comércio Internacional	95.00.19425-2	8ª Vara RJ	Em 19.10.2007: autos arquivados
12	Jabur Recapagens de Pneus Ltda.	2003.51.01.005700-5**	11ª Vara RJ	Em 24.10.08: aguarde-se julgamento Agravo 2008.02.01.014501-7
		2003.02.01.006804-9 (Processo originário: 2003.51.01.005700-5)	6ª Turma	Em 24.9.2007: baixa à vara de origem. Na vara de origem, em 24.10.2008: aguarde-se julgamento do Agravo 2008.02.01.014501-7 (concluso ao Desembargador Reis Friede desde 26.2.2009)
13	Mundial Pneus Ltda. (cópia anexa)	2003.51.01.007301-1	5ª Vara RJ 5ª Turma	Em 9.3.2005: autos conclusos ao Desembargador Paulo Espírito Santo
14	Mundial Distribuidora e Importadora Ltda. (cópia anexa)	2003.50.01.003418-0	3ª Vara ES 5ª Turma	Em 21.7.2008: autos conclusos ao Desembargador Paulo Espírito Santo

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
15	Novabresso Remoldagem de Pneus Ltda.	2002.51.01.022377-6	5ª Vara RJ 8ª Turma	Em 12.2.2009: dê-se ciência às partes do retorno dos autos do TRF.
		2004.51.01.011794-8	17ª Vara RJ	Em 17.9.2008: Determinada expedição de carta precatória para penhora e avaliação de bens suficientes à satisfação do crédito.
16	Novo Friso Ltda. (cópia anexa)	2004.38.00.021230-5	12ª Vara MG 6ª Turma	Em 26.1.2009: autos conclusos ao Desembargador Souza Prudente
17	Perfil Pneu Grande Auto Center Recapagens Ltda. (cópia anexa)	2002.51.01.021335-7	18ª Vara RJ 6ª Turma	Em 18.2.2009: autos conclusos ao Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama
		2004.02.01.002822-6 (agravo ref. ao Proc. n.2002.51.01.021335-7	18ª Vara RJ 8ª Turma	Em 18.2.2009: autos conclusos ao Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama
		2003.70.00.047071-8	2ª Vara PR 2ª Turma	Em 12.7.2008: retificada autuação para Apelação - reexame necessário
18	Pneuback Auto Center (cópia anexa)	92.00.40127-7	5ª Vara RJ	Não localizado
		2003.02.01.016651-5	5ª Turma	Em 12.12.2008: autos conclusos à Desembargadora Vera Lúcia Lima.
19	Pneus Hauer Brasil	95.0022905-6	4ª Vara CE** 1ª Turma 2ª Turma STF** 2ª Turma STF	Em 12.11.2007: Baixa dos autos ao arquivo.
		96.05.27638-0		Em 28.6.2007: baixa definitiva dos autos (Proc.98.05.06229-5)
		245552 – AI		
		411318 – RE		Em 30.11.2006: trânsito em julgado
		2002.70.00.008773-6	7ª Vara PR 1ª Turma	Em 25.11.2008: baixa definitiva dos autos.
		2002.70.00.045835-0	6ª Vara PR 4ª Turma	Em 12.2.2009: baixa definitiva dos autos.
		2002.70.00.075048-6	4ª PR 1ª Turma	Em 12.7.2008: retificada autuação para apelação - reexame necessário

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
20	Recap Pneus Maringá (cópia anexa)	2004.51.01.005193-7	15ª Vara RJ 6ª Turma	Em 12.4.2007: autos remetidos ao STJ. Em 22.4.2008: REsp 948.015 concluso ao Relator Ministro Herman Benjamin.
		2005.51.01.001799	17ª Vara RJ 8ª Turma	Em 21.11.2008: concluso ao Desembargador Antonio C. Netto. Em 23.6.2006: transitado em julgado.
		2005.02.01.001764		
21	Renovadora Arcos Ltda.	2004.51.01.021624-0	16ª Vara RJ 6ª Turma	Em 5.3.2009: não admitidos o RE do IBAMA e o RESP da União. Admitido o RESP do IBAMA.
		2005.02.01.014104-7 (Suspensão de segurança)		A segurança foi concedida em parte para expedição de licença de exportação. Suspensão de segurança denegada. Em 0.3.2006 autos foram arquivados.
22	Ribor Exp. Imp. Com. Rep. Ltda. (cópia anexa)	2002.51.01.007841-7	5ª Vara RJ Vice-Presidente	Em 11.4.2006: autos devolvidos pela PFN e autor, com manifestação. Em 23.12.2008: AI 605.700-AgR baixa definitiva dos autos. Em 14.10.2008, o Relator Ministro Cezar Peluso negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento da União.
		006.02.01.000174-6		
23	Tal Remoldagem de Pneus Ltda. (cópia anexa)	2006.51.01.004284-2	20ª Vara RJ 6ª Turma	Em 18.2.2009: autos conclusos ao Desembargador Guilherme Calmon N. da Gama. Em 29.3.2007: transitado em julgado o agravo.
		2006.02.01.003524-0 (agravo)		
24	Technic do Brasil Ltda.	2002.51.01.014526-1	22ª Vara RJ 2ª Turma	Em 5.3.2009: baixa dos autos

	SOCIEDADE IMPORTADORA	PROCESSO JUDICIAL	JUSTIÇA FEDERAL	SITUAÇÃO ATUAL*
25	Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados - ABIP	2002.01.00.027057-9 2002.34.00.002356-8 (14ª Vara Federal-DF)	TRF 1ª Região 14ª Vara Federal do DF	Em 29.1.2009: expedido ofício ao juiz de origem com pedido de informações. Em 2.10.2007 conclusos ao juiz da 14ª Vara Federal Dr. Jamil Rosa de Jesus Oliveira
26	Bética Comercial Importadora	2001.51.01.021578-7 (Apelação em Mandado de Segurança)	30ª Vara RJ 5ª Turma	Em 17.1.2006: autos conclusos à Desembargadora Vera Lúcia Lima
27	Klim Com. Imp. e Exportação	2000.51.01.025837-0	2ª Vara RJ	Em 9.12.2003: autos arquivados
28	Jabur Recapagens de Pneus	2002.51.01.19436-3	19ª Vara RJ	Em 2.7.2003: autos arquivados
29	Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda.	2005.51.01.000221-9	29ª Vara RJ 7ª Turma	Em 2.5.2007: autos arquivados
30	Recap Pneus Maringá e outros	2001.81.00.010475-9	TRF 5ª Região 6ª Vara CE	Em 24.7.2002: autos arquivados
31	Instituto BS Colway Social	2006.70.00.003656-4	Vara Federal Ambiental de Curitiba/PR	Em 9.3.2009: juntada petição da Advocacia-Geral da União
32	BS Colway Remoldagem de Pneus Ltda.	2003.51.01.020151-7	24ª Vara RJ	Em 14.3.2005: autos remetidos ao TRF 2ª R. Em 16.2.2007: autos remetidos ao STJ. Em 16.6.2008: REsp 1.063.803 concluso ao Relator. Em 14.5.2007: REsp 936.899 concluso ao Relator. (Ministro Teori Albino Zavaski)
33	BS Colway Pneus Ltda.	2006.51.01.007484-3	1ª Vara RJ	Em 30.10.2006: autos arquivados
34	Xyko Trading Company Importação e Exportação Ltda.	98.0000698-2* 1999.02.01.048979-7 (apelação em mandado de segurança)	4ª Vara ES TRF 2ª Região	Em 11.11.2008: autos conclusos ao juiz Alexandre Miguel. Em 20.7.2004: baixa dos autos à origem (apelação em mandado de segurança)

** Informações retiradas dos sítios dos respectivos Tribunais em 9.3.2009.*
*** Nos autos consta numeração/vara federal errônea.*

ANEXO II
Informações dos arguidos

1) Supremo Tribunal Federal

Em 25-8-2008, o presidente do Supremo Tribunal Federal encaminhou as informações requeridas para instruir a presente ação. Relacionou as seguintes ações que já tramitaram no Tribunal "com trânsito em julgado, [e] que estão relacionad[a]s com o tema da ilegitimidade e da inconstitucionalidade da importação de pneus usados de qualquer espécie":

a) RE 411.318/CE

Relator: Ministro Celso de Mello

Objeto: impugna acórdão que entendeu ser ilegítima a proibição da importação de bem de consumo usado, estabelecida pela Portaria Decex 8.

Último andamento: após decisão que deu provimento a recurso extraordinário para denegar a ordem em mandado de segurança, foi indeferido agravo regimental, tendo transitado em julgado o respectivo acórdão em 30-11-2006. Baixa definitiva dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 5-12-2006;

b) AI 245.552/CE

Relator: Ministro Celso de Mello

Objeto: impugna acórdão que entendeu ser ilegítima a proibição da importação de bem de consumo usado, estabelecida pela Portaria Decex 8.

Último andamento: após decisão que conheceu do agravo de instrumento e, desde logo, deu provimento ao recurso extraordinário para denegar a ordem em mandado de segurança, foi indeferido agravo regimental, tendo transitado em julgado o respectivo acórdão em 6-3-2007. Baixa definitiva dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 27-3-2007.

c) RE 219.426/CE

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

Objeto: impugna acórdão em mandado de segurança, que entendeu ser inconstitucional a Portaria Decex 8, para determinar que a autoridade coatora expedisse documentos necessários à importação de pneus usados pelo impetrante.

Último andamento: o acórdão deu provimento ao recurso extraordinário para denegar a ordem em mandado de segurança, tendo transitado em julgado em 16-12-1998. Baixa definitiva dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 25-5-1998;

d) RE 203.954/CE

Relator: Ministro Ilmar Galvão

Objeto: impugna acórdão que confirmou sentença em mandado de segurança, que reconheceu o direito à obtenção de licença de importação de veículos usados.

Último andamento: o acórdão deu provimento ao recurso extraordinário para denegar a ordem em mandado de segurança, tendo transitado em julgado em 21-2-1997. Baixa definitiva dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 26-2-1997 (OF 1.075/P).

E:

l) SS 697-9/PE

Relator: Ministro presidente Octavio Gallotti

Objeto: suspensão de provimento judicial liminar para liberar a importação de bens de consumo usados (pneumáticos para automóveis).

Último andamento: após o trânsito em julgado de decisão do então ministro presidente Octavio Gallotti, que deferiu totalmente o pedido de suspensão, os autos foram baixados aos arquivos deste Tribunal em 17-10-1994.

j) RE 194.666/PE

Relator: Ministro Carlos Velloso

Objeto: impugna acórdão que confirmou sentença em mandado de segurança, que assegurou direito à importação de pneus usados.

Último andamento: o acórdão que deu provimento ao recurso extraordinário transitou em julgado em 9-6-1997. Baixa definitiva dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 13-6-1997" (relacionados no rol dos processos pendentes). Noticiou, ainda, que estão "pendentes de apreciação definitiva nesta Corte os seguintes processos, também referidos ao tema da ilegitimidade e da inconstitucionalidade da importação de pneus usados de qualquer espécie:

e) ADPF 101-3

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Objeto: ilegitimidade e inconstitucionalidade da importação de pneus usados de qualquer espécie.

Último andamento: após realização de audiência pública no STF em 27-6-2008 sobre o tema da ação, estão sendo juntadas respostas a pedidos de informações solicitados pela ministra relatora;

f) ADI 3.939-3/DF

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Objeto: visa à declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 41 da Portaria Secex 35, de [24-11-2006] (*DOU* de 28-11-2006), que proíbe a importação de pneus usados, como matéria-prima.

Último andamento: autos com vista ao procurador-geral da República, desde 6-9-2007;

g) ADI 3.801-0/RS

Relator: Ministro Celso de Mello

Objeto: visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 12.114/2004 e suas alterações, que trata da proibição de comercialização de pneus usados importados naquela Unidade da Federação.

Último andamento: autos com vista ao procurador-geral da República desde 17-12-2007;

h) ADI 3.947-4/PR

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Objeto: visa à declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Resolução Conama 23, de [12-12-1996] (*DOU* de 20-1-1997), que trata da proibição de importação de pneus usados.

Último andamento: após a vista ao procurador-geral da República, desde 6-9-2007, foram apreciados pedidos de inclusão de *amici curiae*, aguardando-se julgamento;

i) RE 569.223/RJ

Relator: Ministro Menezes Direito

Objeto: importação de pneus usados para remoldagem e violação aos arts. 3º, II, e 170, IX, ambos da Constituição Federal.

Último andamento: processo autuado em 30-10-2007 e concluso ao relator em 5-11-2007;

(...)

k) STA 214-0/PA

Relator: Ministro presidente

Objeto: suspensão de provimento judicial que declarou a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas federais que impedem a importação de carcaças de pneus usados, matéria-prima utilizada em processo de industrialização de pneus reformados (especialmente remoldados), de modo a possibilitar o comércio externo de seus produtos.

Último andamento: após o deferimento total do pedido de suspensão pela então ministra presidente Ellen Gracie, e indeferimento do agravo regimental, foram opostos embargos declaratórios, conclusos ao relator desde 17-3-2008;

(...)

m) STA 118-6/RJ

Relator: Ministro presidente

Objeto: suspensão de provimento judicial que declarou a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas federais que impedem a importação de carcaças de pneus usados, matéria-prima utilizada em processo de industrialização de pneus reformados (especialmente remoldados), de modo a possibilitar o comércio externo de seus produtos.

Último andamento: após o deferimento total do pedido de suspensão pela então ministra presidente Ellen Gracie, e indeferimento do agravo regimental, foram opostos embargos declaratórios, conclusos ao relator desde 7-3-2008;

n) STA 171-6/RJ

Relator: Ministro presidente

Objeto: suspensão de provimento judicial que declarou a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas federais que impedem a importação de carcaças de pneus usados, matéria-prima utilizada em processo de industrialização de pneus reformados (especialmente remoldados), de modo a possibilitar o comércio externo de seus produtos.

Último andamento: após o deferimento total do pedido de suspensão pela então ministra presidente Ellen Gracie, e indeferimento do agravo regimental, foram opostos embargos declaratórios, conclusos ao relator desde 7-3-2008" (OF 1.075/P).

2) Tribunal Regional Federal da 1ª Região

2.1) O juiz federal substituto Rodrigo Rigamonte Fonseca, da 12ª Vara de Belo Horizonte/MG, informa que o titular proferiu sentença no Processo 2004.38.00.021230-5 e julgou procedente o "pedido formulado [pela empresa autora] reconhecendo o direito desta de 'importar pneumáticos usados (...) desde que comprove junto à Autoridade Fiscalizadora o adimplemento da condição imposta pelas Resoluções [Conama] 258/1999 e 301/2003" (petição avulsa/STF 99.226, de 14-7-2008).

3) Tribunal Regional Federal da 2ª Região

O presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região informa que encaminhou ofício a todos os desembargadores daquele Tribunal e junta as seguintes informações (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008):

3.1) O desembargador Paulo Freitas Barata informa que não ocorreu descumprimento a preceito fundamental. Foram proferidas decisões nos processos abaixo relacionados e que tratavam da matéria objeto da discussão nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental: AMS 95.02.032955-0 (negou provimento à apelação da empresa importadora Tecnoradial Pneus Ltda.); AI 2003.02.01.006756-2 (negou seguimento ao recurso do Ibama, por não estar devidamente instruído); AI 2003.02.01.006767-7 (concedeu efeito suspensivo ao recurso da União); AI 2003.02.01.016991-7 (negou provimento ao recurso da empresa importadora Camargo Trading Importação e Exportação Ltda.); AI 2004.02.01.011280-8 (homologou desistência da empresa importadora Catagon Transporte de Cargas e Importação Ltda.); Medida Cautelar Inominada 2005.02.01.000345-3 (negou seguimento ao pedido do Ibama, por ser inadmissível a via escolhida) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

3.2) O desembargador Reis Friede informa que "tem, reiteradamente, se manifestado no sentido da legitimidade da restrição imposta pela Portaria Decex 8/1991, do Departamento de Comércio Exterior, que proíbe a importação de bens de consumo usados" (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

3.3) O desembargador Frederico Gueiros informa que proferiu "diversas decisões no sentido de desacolher pedido de obtenção de licença para importação de carcaças de pneus usados da Europa" (AI 2005.02.01.012525-0; Apelação Cível 2004.51.01.018268-0; e AI 2007.02.01.002916-5) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

3.4) O desembargador Francisco Pizzolante informa que, em 23-5-2008, foram-lhe atribuídas duas apelações em mandado de segurança, e não houve tempo hábil para sua apreciação (AMS 96.02.3435-6 e AMS 2001.02.01.041519-1) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

3.5) O desembargador Benedito Gonçalves informa que deu provimento a recurso e reconsiderou decisão no sentido de não ser possível expedir licenças de importação de carcaças de pneumáticos usados (Medida Cautelar Inominada 2006.02.01.007932-2) (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

3.6) A desembargadora Vera Lúcia Lima da Silva informa que três ações mencionadas na petição inicial desta ação estão sob sua relatoria: a) Mandado de Segurança 2001.51.01.021578-7, em que se objetiva "a declaração de ineficácia da Portaria Secex 8/2000". A segurança foi negada pelo Juízo da 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e o recurso de apelação interposto foi "recebido apenas no efeito devolutivo [e] aguarda julgamento por parte da colenda Quinta Turma Especializada"; b) Ação Cautelar 2002.02.01.009972-8, com pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta "nos autos do processo principal e, desta forma, garantir a manutenção da atividade de importação de pneus usados. O pedido de liminar não foi apreciado e o processo seguiu seu trâmite regular e, no momento, aguarda sua inclusão em pauta para julgamento"; c) Mandado de Segurança 2003.02.01.016651-5 contra decisão do juiz "da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro, proferida nos autos da Ação Mandamental 92.0050237-7, (...) a qual determinou que a autoridade impetrada se abstivesse de aplicar a Portaria Decex 18/1992, autorizando a importação de pneumáticos nos termos da Portaria Decex 1/1992. A medida liminar foi deferida e, posteriormente, cassada. "No presente momento (...) aguarda julgamento em pauta que será designada o quanto antes" (petição avulsa/STF 114.348, de 20-8-2008).

3.7) O juiz federal substituto Gustavo Arruda Macedo, da 2ª Vara do Rio de Janeiro, informa que "a sentença proferida nos autos do Processo 2004.5101018271-0 reconheceu a constitucionalidade da Portaria Decex 8/1991(...); foi interposto recurso de apelação, o qual aguarda julgamento" pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (petição avulsa/STF 101.340, de 21-7-2008).

3.8) A juíza federal substituta Marianna Carvalho Belloti, da 3ª Vara do Rio de Janeiro, informa que, no Processo 2000.51.01.015268-2, "não houve deferimento de liminar que autorizasse a

importação de pneus usados (...) e o [Tribunal Regional Federal da 2ª Região], em 24-7-2007, julgou improcedente o recurso de apelação" (petição avulsa/STF 100.430, de 17-7-2008).

3.9) O juiz federal Firly Nascimento Filho, da 5ª Vara do Rio de Janeiro, apresenta cópias de decisões daquela Vara proferidas por ele e pelos magistrados André José Kozlowski e Liléa Pires de Medeiros, nos Processos 92.0050237-7, 2002.5101007841-7, 2002.5101022377-6, 2002.5101014704-5, 2003.5101007301-1, 2004.5101013327-9, em que foi concedida "a segurança para permitir a importação de carcaças de pneus usados para remoldagem" (petição avulsa/STF 101.335, de 21-7-2008).

3.10) O juiz federal convocado José Antonio Lisbôa Neiva, do Rio de Janeiro, informa que atuou apenas na Apelação Cível 2004.51.01.015952-9, "na qual a [Sexta Turma Especializada], por maioria, negou provimento ao apelo de Pneus Hauer Brasil Ltda" (petições avulsas/STF 98.427, de 10-7-2008, e 99.224, de 14-7-2008).

3.11) A juíza federal substituta Maria de Lourdes Coutinho Tavares, da 7ª Vara do Rio de Janeiro, informa que a juíza titular está em férias (petições avulsas/STF 100.431, de 17-7-2008, e 99.327, de 15-7-2008 – fax).

3.12) A juíza federal Salete Maria Polita Maccalóz, titular da 7ª Vara do Rio de Janeiro, informa que, à fl. 21, item 7, o arguente atribuiu àquela Vara o Processo 2003.51.01.02015-7, "bem como à Quarta Turma. Esse processo não tramitou na 7ª Vara, desde seu ajuizamento tocou para a 24ª Vara desta Seção Judiciária (...). Como é o único feito apontado para este Juízo, (...) solicita (...) a *Exclusão* da 7ª Vara, como *arguida*" (petição avulsa/STF 112.535, de 15-8-2008, grifos no original).

3.13) O juiz federal substituto José Luís Castro Rodrigues, da 8ª Vara, do Rio de Janeiro, informa que tramitaram naquele "Juízo dois mandados de segurança cujos objetos referem-se à importação de carcaças de pneus remodelados. No primeiro deles, Mandado de Segurança 95.0019425-2" a segurança foi concedida; a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento à remessa necessária e a decisão transitou em julgado. No Mandado de Segurança 2002.5101022492-6, foi deferida a tutela antecipada e, posteriormente, a segurança foi negada. No julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reformou o julgado "sob o fundamento de que a restrição da Portaria Decex 8/1991 não se aplica a insumos destinados à produção, o que se configuraria na hipótese, condicionando, no entanto, o deferimento das licenças à observância da Resolução Conama 258/1999, a ser comprovada por meio de certidão expedida pelo Ibama, que deverá ser apresentada à Autoridade Impetrada. Tal decisão transitou em julgado restando pendente apenas o cumprimento de decisão determinando a intimação das partes" (petição avulsa/STF 110.573, de 13-8-2008).

3.14) O juiz federal substituto Fábio César dos Santos Oliveira, da 11ª Vara, do Rio de Janeiro, informa que a petição inicial desta ação fez menção ao Processo 2003.51.01.005700-5, cujo pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo juiz federal substituto José Carlos Zebulum; interposto agravo de instrumento, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu-lhe provimento, porém verificou-se que "o domicílio da parte autora é no Município de Londrina, Estado do Paraná, (...) [E,] determinada a remessa dos autos para distribuição a uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Londrina, foi declarada a nulidade das decisões proferidas e daquelas que as substituíram, não mais persistindo os efeitos do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (petição avulsa/STF 101.342, de 21-7-2008).

3.15) O juiz federal Cláudio Maria Pereira Bastos Neiva, da 14ª Vara do Rio de Janeiro, informa que jamais proferiu "decisão autorizando a importação de pneus usados". Ressaltou que o Processo 2002.5101014705-1 não é da 14ª Vara Federal, conforme consta da inicial (petição avulsa/STF 102.509, de 23-7-2008).

3.16) O juiz federal Bruno Otero Nery, da 15ª Vara do Rio de Janeiro, afirma que o único processo em trâmite naquele juízo e mencionado na inicial (MS 2004.5101005193-7) teve a medida liminar indeferida, "e, no mérito, o pedido foi julgado improcedente e denegada a segurança, estando atualmente os autos no [Tribunal Regional Federal da 2ª Região] para julgamento de recurso de apelação" (petição avulsa/STF 101.334, de 21-7-2008).

3.17) O juiz federal substituto Rafael de Souza Pereira Pinto, da 16ª Vara do Rio de Janeiro, informa que constam cinco processos naquele juízo, e, em dois deles, a segurança foi negada (Processos 2003.5101009085-9 e 2003.5101028108-2); em dois deles, a segurança foi concedida em parte e determinado às autoridades impetradas a "pronta expedição das licenças de importação dos insumos

industrias (carcaças de pneus usados)" (Processos 2004.5101021624-0 e 2006.5101005790-0); e, em outro processo, houve o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela e foi determinado aos "Réus a adoção das medidas necessárias à expedição das licenças de importação" (Processo 2006.5101006669-0) (petição avulsa/STF 101.338, de 21-7-2008).

3.18) O juiz federal Eugênio Rosa de Araújo, da 17ª Vara do Rio de Janeiro, informa que, no Processo 2004.5101011794-8, "em que figura como autora Novabresso Remoldagem de Pneus Ltda. e como réus União e Ibama (...) [, a sentença julgou] improcedente o pedido (...). Como não houve recurso contra a referida sentença, tendo a mesma transitado em julgado, a União iniciou a execução para exigir do executado, ora autor, o pagamento da sucumbência, encontrando-se o processo nessa fase atualmente (...). Sendo assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental em tela não deve atingir o juízo da 17ª Vara" (petição avulsa/STF 99.484, de 15-7-2008).

3.19) A juíza federal Regina Coeli Medeiros de Carvalho, da 18ª Vara do Rio de Janeiro, afirma que lhe causou estranheza a inclusão daquele juízo na qualidade de arguido, pois mantém, "há tempos, firme posicionamento contrário às importações de pneus com a finalidade de comercialização no mercado interno após a remodelagem ou recauchutagem dos mesmos, com o indeferimento de todos os pedidos de liminar apresentados e a improcedência das ações ajuizadas com esse propósito". Assevera que, no Processo 2002.51.01.021335-7, o pedido da empresa foi julgado improcedente, e, no Mandado de Segurança 2001.51.01.001651-1, a segurança foi concedida para autorizar a expedição das licenças de importação "desde que comprovado que os referidos bens foram adquiridos anteriormente ao advento da Portaria Secex 8, de 25 de setembro de 2000. Este processo, atualmente, encontra-se pendente de julgamento do recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (petição avulsa/STF 98.918, de 11-7-2008).

3.20) O juiz federal substituto Érico Teixeira Vinhosa Pinto, da 20ª Vara do Rio de Janeiro, informa que, "ao contrário do que afirmado na petição inicial, o pedido formulado nos autos do Processo 2006.51.01.004284-2, (...) foi julgado improcedente". No julgamento do recurso de apelação, foi deferida a antecipação da tutela recursal, "sendo certo que tal decisão encontra-se suspensa por força do provimento emanado pela então ministra presidente [do] Supremo Tribunal Federal". Noticia, ainda, que "proferiu sentença de improcedência em outros casos idênticos, dos quais se podem citar os Mandados de Segurança 2005.51.01.015092-0, 2006.51.01.016980-5 e 2007.51.01.017070-8" (petição avulsa/STF 101.336, de 21-7-2008).

3.21) A juíza federal substituta Liléa Pires de Medeiros, da 22ª Vara do Rio de Janeiro, informa que o Processo 2002.51.01.014526-1 está arquivado e foi "providenciado o desarquivamento do referido feito", para prestar as informações solicitadas (petição avulsa/STF 104.362, de 29-7-2008).

3.22) A juíza federal substituta Liléa Pires de Medeiros, da 22ª Vara do Rio de Janeiro, encaminha 510 folhas em que se contém "cópia integral dos autos do Mandado de Segurança 2002.51.01.014526-1". Da leitura da cópia encaminhada, em 14-2-2003, depreende-se que foi concedida a segurança "para determinar que o Diretor do Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex se abstenha de negar a importação, pela Impetrante, de carcaças de pneumáticos usados destinados à matéria-prima para o fabrico de pneus remoldados, na proporção do quantitativo de pneus inservíveis comprovadamente coletados e destruídos pela empresa" (fl. 169). Em 26-5-2004, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à apelação da União (fl. 429). Em 20-4-2005, a decisão transitou em julgado (petição avulsa/STF 112.536, de 15-8-2008).

3.23) A juíza federal Vellêda Bivar Soares Dias Neta, no exercício da titularidade da 24ª Vara do Rio de Janeiro, apresenta cópia do Processo 2003.51.01.020151-7, que "foi da lavra do então juiz em exercício (...) Dr. Washington Juarez de Brito Filho", que concedeu a segurança para que a União se abstivesse de "impor obstáculos no licenciamento das importações de carcaças de pneus" (petição avulsa/STF 103.637, de 25-7-2008).

3.24) O juiz federal Marcelo Pereira da Silva, da 27ª Vara do Rio de Janeiro, informa que nenhum dos processos relacionados pelo arguente foi concluso a ele, e, quanto aos feitos relacionados à matéria (Processos 2005.51.01.014658-8 e 2006.51.01.02500-7), "nenhum deles teve resultado favorável à tese dos autores em 1º grau de jurisdição" (petição avulsa/STF 99.224, de 14-7-2008).

4) Tribunal Regional Federal da 3ª Região

A desembargadora presidente Marli Ferreira informa que aquele "Tribunal tem decidido (...) no sentido da legitimidade da vedação imposta à importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 95.983, de 3-7-2008).

Noticia que apenas a Terceira Turma daquele Tribunal tem decisões que destoam desse entendimento: a) Processos 93.03.090089-8 e 94.03.030116-3, que discutiram a "legalidade da vigência da Portaria 1/1992, que estabeleceu restrições para a importação de pneumáticos usados para fins de recauchutagem"; b) o Processo 95.03.003038 fundou-se na "validade da Portaria Ibama 138-N/92, que proibiu a importação de resíduos de pneumáticos, porém entendendo que a restrição nela contida não se aplicaria aos pneus recauchutados, que já passaram por processo de industrialização, estando afastado o risco de danos ambientais"; c) no Processo 2002.61.00.004306-9 citado pelo arguente, "não foi proferida qualquer decisão judicial no sentido da legalidade e constitucionalidade da importação de pneus usados" (petições avulsas/STF 100.967, de 18-7-2008; e 95.986 (fax), de 3-7-2008).

4.1) A desembargadora federal Alda Bastos noticia que não proferiu "decisão judicial [alguma] no sentido da legalidade e constitucionalidade da importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.2) O desembargador federal Carlos Murta informa que "não foi localizado nenhum registro de ação cujo objeto coincida com" o desta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.3) O juiz federal convocado Rodrigo Zacharias, de São Paulo, informa o número dos processos julgados, nos termos do que já informado pelo presidente daquele Tribunal Regional Federal (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.4) A desembargadora federal Yatsuda Moromizato Yoshida informa que não proferiu "decisões acerca da matéria ventilada n[estes] autos" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.5) O desembargador federal Lazarano Neto informa que não se recorda "de ter julgado favoravelmente à importação de bens de consumo usados, especialmente com relação a pneus" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.6) A desembargadora federal Mairan Maia informa que não proferiu "decisão favorável à importação de pneus usados" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.7) O desembargador federal Márcio Moraes noticia que, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança 199.61.12.002114-3, foi negado provimento ao recurso da empresa importadora de pneus usados (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.8) O desembargador federal Nery da Costa Júnior informa que houve o julgamento da Apelação Cível 95.3.3038-2 "pela Terceira Turma d[aquela] Corte, [em 26-7-2006], sendo, à unanimidade, negado provimento à apelação" da empresa importadora (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.9) A desembargadora federal Regina Helena Costa noticia que foram conclusos a ela os autos dos Processos 2000.61.04.009196-0 e 2005.61.06.00730-5, "nos quais foram proferidas, respectivamente, sentença concessiva e denegatória das ordens" (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.10) O desembargador federal Roberto Haddad informa que não constam em seu gabinete "decisões judiciais no sentido de permitir a importação de bens de consumo usados" e apresenta quatro decisões em agravo, nos quais foram indeferidos os pedidos de efeito suspensivo requeridos pelas empresas (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.11) A desembargadora federal Salette Nascimento informa que o Processo 2002.61.00.004306-9, que instrui a petição inicial, não é de sua relatoria (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.12) O juiz federal convocado Luiz Alberto de Souza Ribeiro informa que não proferiu qualquer decisão a respeito da matéria tratada nesta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.13) O juiz federal convocado Roberto Jeuken informa "que não funcion[ou] como relator em nenhum processo relativo à importação de pneus usados (...). No entanto, integr[ou] quorum de votação, relativamente à matéria na AMS 94.03.093527-8 e REOMS 93.03.012361-1". O sítio daquele Tribunal informa que, no primeiro, a apelação da empresa foi parcialmente provida quanto à legitimidade e, no mérito, a segurança foi negada; no segundo, foi negado provimento à remessa *ex officio*, ao fundamento de que "a impetrante obteve a Guia para a importação de pneus usados, já na vigência da Portaria Decex 8, porém, antes da Portaria Decex 1/1992, para um total de 11.000 peças, o que fez em partes e em datas distintas. Por ocasião da última remessa de bens, já vigorava a Portaria 1/1992, tendo a administração, com sua aplicação, obstado a liberação dos bens. Não se discute a validade da Portaria 1/1992, mas sua aplicação, diante das peculiaridades do caso trazido, considerando tratar-se de norma superveniente à importação, cuja autorização logrou obter do poder público, mesmo na vigência da Portaria Decex 8/1991, não podendo retroagir para colher autorização já concedida. Anot[a-se], ademais, que os bens chegaram ao Porto de Santos em 27 de dezembro de 1991, e, embora a Declaração de Importação tenha sido registrada apenas em 23 de janeiro de 1992, todos os

atos materiais de importação ocorreram antes da vigência do mencionado dispositivo legal (Portaria 1/1992), o qual, conquanto legítimo, mostra-se inaplicável, na hipótese, não podendo retroagir para ser aplicado às Guias de Importações já deferidas, cujos bens ingressaram no País, igualmente, antes de sua existência." (*DJ* de 20-9-2007) (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.14) O juiz federal José Francisco da Silva Neto, da 3ª Vara de Bauru-SP, também convocado perante a Turma Suplementar da Segunda Seção, informa que "não atuou, como relator, em nenhum feito envolto com a matéria objeto" desta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.15) O juiz federal convocado Valdeci dos Santos noticia que não atuou em qualquer processo relativo à importação de pneus usados (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.16) A juíza federal convocada Eliana Marcelo informa que proferiu "dois votos, acórdãos de número 94.03.093527-8 e 93.03.12361-1, em perfeita consonância com as disposições contidas na Portaria Decex 8, de [14-5-1991], do Departamento de Comércio Exterior, não tendo havido, portanto, infringência às normas questionadas" nesta ação (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

4.17) A juíza federal Mônica Autran Machado Nobre, da 4ª Vara Federal de São Paulo, informa que a sentença que julgou procedente o pedido não foi por ela proferida e os autos – Processo 2002.61.00.004306-9 – estão conclusos a desembargadora para julgamento da apelação interposta (petição avulsa/STF 100.966, de 18-7-2008).

5) Tribunal Regional Federal da 4ª Região

5.1) A presidente desse Tribunal apresenta a seguinte lista dos processos que envolvem o tema desta ação (petições avulsas/STF 98.712, de 11-7-2008, e 96.480, fax, de 4-7-2008):

NÚMERO PROCESSO	RESULTADO JULGAMENTO	FASE ATUAL
AI 2008.04.00.003639-0/PR	**Deferido efeito suspensivo p/ antecipar tutela**	**3ª Turma**
AI 2007.04.00.031074-3/PR	Negado provimento – 4ª Turma	4ª Turma
AI 2007.04.00.043140-6/PR	Indeferido efeito suspensivo – 4ª Turma	Baixado
MAS 2007.70.00.009363-1/PR	Apelação não provida – 3ª Turma	3ª Turma
AI 2007.04.00.001193-4/PR	Negado provimento – 3ª Turma	Secretaria de Recursos
MAS 2007.70.02.001923-0/PR	Apelação não provida – 1ª Turma	Baixado
MAS 2007.70.00.007462-4/PR	Apelação não provida – 4ª Turma	Vice-Presidência
AI 2007.04.00.001193-4/PR	Negado provimento – 3ª Turma	Secretaria de Recursos
AI 2007.04.00.021868-1/PR	Convertido em Agravo Retido – 1ª Turma	Baixado
AI 2007.04.00.013056-0/PR	Julgado Prejudicado	Baixado
AI 2007.04.00.001073-5/PR	**Deferido efeito suspensivo para antecipar tutela**	**Baixado**
AI 2006.04.00.030653-0/PR	Declarado prejudicado, perda de objeto	Baixado
AI 2006.04.00.004730-4/PR	**Deferida antecipação de tutela recursal**	**Baixado**
MCI 2006.04.00.011508-5/PR	**Julgada parcialmente procedente – 2ª Turma**	**Baixado**
MAS 2005.70.08.000865-3/PR	**Apelação e Remessa Oficial não providas – 1ª Turma**	**Baixado**
AC 2005.70.00.004623-1/PR	Apelação e Remessa Oficial providas – 3ª Turma	Baixado

NÚMERO PROCESSO	RESULTADO JULGAMENTO	FASE ATUAL
MAS 2005.70.08.000995-5/PR	**Apelação e Remessa Oficial não providas – 2ª Turma**	**STJ**
MAS 2005.72.08.003813-3/SC	Apelação não provida – 2ª Turma	Baixado
AI 2005.04.01.035465-5/PR	**Dado provimento – 2ª Turma**	**Baixado**
AI 2005.04.01.035471-0/SC	Declarado prejudicado, perda de objeto	Baixado
AI 2005.04.01.012621-0/PR	Negado provimento – 4ª Turma	Baixado
AI 2005.04.01.001473-0/PR	Dado provimento; prejudicado regimental – 3ª Turma	Baixado
MAS 2004.70.00.011964-3/PR	Apelação não provida – 4ª Turma	4ª Turma
AC 2004.70.00.010625-5/PR	Apelação não provida – 1ª Turma	Baixado
AC 2004.70.08.000420-5/PR	**Apelação não provida – 1ª Turma**	**Baixado**
AI 2004.04.01.057941-7/PR	Declarado prejudicado, perda de objeto	Baixado
AI 2004.04.01.026473-0/PR	Negado provimento – 4ª Turma	Baixado
AI 2004.04.01.049140-0/PR	Negado provimento – 4ª Turma	Baixado
AC 2004.70.00.025155-7/PR	Apelação e Remessa Oficial não providas – 1ª Turma	Baixado
AI 2004.04.01.057188-1/PR	Declarado prejudicado, perda de objeto	Baixado
AI 2004.04.01.030629-2/PR	Negado provimento ao recurso – 1ª Turma	STF
AI 2004.04.01.005348-1/PR	**Dado provimento – 3ª Turma**	**Baixado**
MAS 2003.72.08.011651-2/SC	**Apelação e Remessa Oficial não providas – 3ª Turma**	**Baixado**
AI 2003.04.01.054117-3/PR	Negado provimento – 4ª Turma	Baixado
AI 2003.04.01.058685-5/PR	**Dado Provimento – 3ª Turma**	**Baixado**
SEL 2003.04.01.050858-3/PR	Declinada a competência para o STJ	STJ
AC 2002.70.00.045835-0/PR	Apelação e Remessa Oficial providas – 4ª Turma	Baixado
AC 2002.70.00.008773-6/PR	**Apelação e Remessa Oficial parcialmente providas – 1ª Turma**	**Baixado**
AC 2002.70.00.000694-3/PR	Apelação Ibama e RO providas; prejudicado recurso da autora - 3ªTurma	STJ
AC 2002.70.00.062414-6/PR	**Apelação não provida – 3ª Turma**	**Baixado**
AC 2002.70.00.069132-9/PR	**Apelação e Remessa Oficial não providas – 2ª Turma**	**Baixado**
MAS 2001.70.00.039967-5/PR	Apelação e Remessa Oficial providas – 3ª Turma	Baixado
MAS 2001.70.00.040436-1/PR	**Apelação e Remessa Oficial não providas – 3ª Turma**	**STJ**

NÚMERO PROCESSO	RESULTADO JULGAMENTO	FASE ATUAL
MAS 2000.04.01.011982-6/PR	Apelação e Remessa Oficial providas – 4ª Turma	Baixado
MAS 2000.71.00.038900-0/RS	Apelação não provida – 4ª Turma	Baixado

Convenção de siglas utilizadas
*AI – Agravo de Instrumento
*AC – Apelação Cível
*AMS – Apelação em Mandado de Segurança
*MCI – Medida Cautelar Inominada
*SEL – Suspensão em Execução de Liminar

Observações:

a) Os processos que estão em negrito indicam que a decisão foi favorável à importação.

b) A relação de processos acima foi localizada por meio do Gestão de Documentos Processuais (GEDPRO), e não por intermédio do Sistema de Distribuição daquele Tribunal, o que, lamentavelmente, impede que se extraia a lista completa de ações que envolvem a matéria relativa à importação de pneus usados, pois não se fez cadastro específico de feitos dessa natureza no momento da distribuição.

5.2) O desembargador federal Joel Ilan Paciornik informa que a Apelação Cível 2002.70-0-075048-6 aguarda "inclusão em pauta para julgamento do recurso de apelação e da remessa oficial". A medida liminar da empresa importadora de pneus foi indeferida, e, interposto agravo, foi deferido "o pedido de entrega antecipada, mediante termo de fiel depositário". Na sentença, reconheceu-se "o direito da autora de obter a entrega antecipada das mercadorias importadas sob o amparo da decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança 9.522.905-6/CE, enquanto persistir a impossibilidade e recusa de armazenamento pelos recintos alfandegados, mediante a lavratura de termo de depósito (...)" (petição avulsa/STF 95.339, de 2-7-2008).

5.3) O juiz federal Nicolau Konkel Júnior, da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, informa que, no Processo 2006.04.00.004730-3, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deferiu o agravo interposto pela empresa, porém essa decisão foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal na STA 171 (petição avulsa/STF 95.870, de 3-7-2008).

5.4) A juíza federal Gisele Lemke, da 2ª Vara de Curitiba, informa que o Processo 2003.70-0-047071-8 referido "na página 21 da petição inicial [desta arguição] tinha objeto diverso daquele relativo à importação de pneus usados (...). A empresa [autora] se insurgia, basicamente, contra seu enquadramento na IN/SRF 228/2002 e contra as consequências daí decorrentes" (petição avulsa/STF 97.451, de 8-7-2008).

5.5) A juíza federal substituta Soraia Tullio, da 4ª Vara de Curitiba, informa que os autos do Processo 2002.70.00.075048-6 foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Primeira Turma, "para conhecimento da matéria em grau de apelação" (petição avulsa/STF 96.965, de 7-7-2008).

5.6) A juíza federal substituta Sandra Regina Soares, da 6ª Vara de Curitiba, informa que, no Processo 2002.70.00.045835-0, BS Colway Remoldagem de Pneus e Pneus Hauer Brasil Ltda. obtiveram decisão favorável em primeiro grau, porém foi dado provimento à apelação interposta pela União (petição avulsa/STF 99.841, de 16-7-2008).

5.7) O juiz federal João Pedro Gebran Neto, da 7ª Vara de Curitiba, informa que o Processo 2002.70.00.008773-6 tem "por objeto o reconhecimento da nulidade de ato administrativo (...) que indeferiu requerimento da parte autora, Pneus Hauer Brasil Ltda., para descarga e armazenagem, em local não alfandegado, de pneus usados de caminhão, importação amparada em autorização judicial obtida nos autos do Mandado de Segurança 95.00.22905-6, da 5ª Vara Federal de Fortaleza/CE. Em 30-6-2004 foi prolatada sentença reconhecendo a parcial procedência da pretensão da parte autora (...) e para compelir a União (...) a proceder, em local apropriado, a desova e desutilização dos pneus importados. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (...) deu parcial provimento ao recurso de apelação (...) apenas para condicionar a entrega antecipada dos contêineres à assinatura, pelo

representante legal da empresa autora, de termo de fiel depositário (...). Referido acórdão transitou em julgado em 28-11-2007. Do exposto, cumpre destacar que (...) não proferiu decisão sobre a legalidade, ou não, da importação de bens de consumo usado (...). A decisão proferida (...) tinha por objeto o exame da legalidade dos atos administrativos relativos à descarga das mercadorias importadas" (petição avulsa/STF 97.455, de 8-7-2008).

6) Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Noticia que "nenhuma informação se tem a prestar além daquelas já trazidas na petição inicial que instrui" esta ação (petição avulsa/STF 100.115, de 17-7-2008).

6.1) A juíza federal substituta Gisele Chaves Sampaio Alcântara, da 4ª Vara de Fortaleza/CE, informa que, no Processo 95.0022905-6, Recapadora de Pneus Hauer Brasil Ltda. impetrou mandado de segurança e obteve a segurança, confirmada em segundo grau, porém, no julgamento do RE 411.318-0, o ministro Celso de Mello deu provimento ao recurso da União, mantida a decisão no julgamento do agravo regimental; os autos foram arquivados com baixa (petição avulsa/STF 100.114, de 17-7-2008).

ANEXO III
Audiência pública

Na sequência, uma síntese das teses apresentadas pelos especialistas.

1. *Contrária à importação de pneus usados e remoldados*

1.1 *Pelo Ministério do Meio Ambiente e pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, ministro Carlos Minc Baumfeld*

O gerenciamento de pneus é uma preocupação das autoridades ambientais, por vários fatores: a) composto de metais pesados, sua queima para fins de fonte de energia libera substâncias cancerígenas, com grande custo de emissões atmosféricas, além de provocar problemas respiratórios; b) não são biodegradáveis e sua destinação gera grande impacto ambiental, que significa custo de contaminação de áreas; c) são foco para procriação de mosquitos da dengue e significa custo para a saúde pública.

Os países desenvolvidos têm normas rigorosas quanto à destinação dos pneus, porém, fica-lhes mais barato exportar esses pneus usados que o custo do cumprimento dessas normas. Resultado: não conseguimos dar conta do nosso próprio passivo e importamos passivos ambientais.

A Resolução Conama 258/1999 prevê que, para cada quatro pneus novos fabricados ou importados, as fabricantes e importadoras devem dar destinação final a cinco; para cada três pneus reformados e importados, devem dar destinação a quatro. Se essa regra tivesse sido cumprida, com base nos dados oficiais de 2002 e 2007, deveria ter sido comprovada a destinação adequada para dois milhões, 665 mil toneladas de pneus. Mas aquela efetivamente comprovada ano a ano foi 1.141.000 toneladas. Assim, nesses seis anos, incluindo de 2002 a 2007, ficamos com o déficit de 1.141.000 toneladas. Significa cerca de 200 milhões de pneus que deixaram de ter a comprovação da destinação final adequada que determinam as resoluções do Conama. Ou seja, não estamos conseguindo que a regra seja cumprida. Algumas empresas foram multadas, só que houve a suspensão de sua exigibilidade em razão do julgamento dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entre 1997 e 2007, entraram no País 431 mil toneladas de pneus usados importados, ou seja, 86 milhões de pneus usados. Ainda que se considerasse a geração de empregos oriundos da remoldagem de pneus, poder-se-ia utilizar os pneus nacionais, que não têm uma destinação final adequada.

Por fim, nem a indústria, nem o meio ambiente, nem a ciência e tecnologia, e muito menos a saúde consideram a importação desse pré-lixo benéfica ao País.

1.2 Pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Secretário de Comércio Exterior Welber Barral:

Houve evolução da importação de pneus usados a partir do início de 2000, chegando a quase 20% da produção nacional. Mesmo com várias liminares cassadas, a importação de pneus usados ainda representa 12% da produção nacional.

A cada um milhão de pneus importados, 430 postos de trabalho são perdidos na indústria nacional da matéria e 1.620 postos de trabalho indiretos, e o pior é que o Brasil representa, hoje, 30% da importação de pneus em todo o mundo e já chegou a importar 50% dos pneus de todo o mundo cujo preço praticado é quase dez vezes menor do que a média mundial.

No comportamento desse mercado, observa-se que o Brasil tem sido o grande depósito da importação de pneus usados de todo o mundo.

Os países desenvolvidos despejam 27 milhões de pneus por ano; é verdade que países desenvolvidos também permitem a importação de pneus usados; entretanto, nenhum desses países permite a criação de um passivo ambiental, a não ser o Brasil.

Um outro dado importante relacionado a esse mercado é o impacto dos preços nas importações, isto é, por um estranho fenômeno comercial, o Brasil importa a um décimo dos preços praticados para pneus usados no mercado internacional, isso inclusive levando em conta os valores de exportação nesses mercados. No que se refere às importações do Japão, o Brasil importa cada carcaça a US$ 12,39, mas ela ingressa no Brasil a US$ 1,11; da Alemanha, por US$ 8,00, mas ingressa no Brasil a US$ 1,02.

A prática de preços deprimidos tem um impacto direto na arrecadação de tributo e, evidentemente, um efeito nocivo na produção doméstica tanto para fabricantes de pneus novos quanto para reformadores nacionais. Ela permite a concorrência desleal com efeito visível no nível de emprego, na utilização da capacidade instalada e na lucratividade da empresa legalmente constituída.

O Brasil é responsável por um terço do consumo mundial, e a participação do Brasil nas importações mundiais gerais é de 1%; em pneus usados, são 30%.

Enfatize os efeitos da decisão da Organização Mundial do Comércio, que reconheceu a possibilidade de o País fazer política pública, principalmente relativa ao meio ambiente e à saúde pública.

1.3 *Pelo Ministério das Relações Exteriores, embaixador Evandro de Sampaio Didonet*

Do ponto de vista do Itamaraty, comenta de forma mais específica as implicações do contencioso sobre pneus reformados que opôs o Brasil contra a União Europeia na Organização Mundial do Comércio.

Para ele, não há métodos de destinação final seguros, do ponto de vista ambiental, e se mostram inviáveis no plano técnico-econômico. E o comércio internacional de pneus usados e reformados é parte desse processo.

A exportação desses bens reduz a pressão ambiental sobre o país exportador e aumenta o passivo ambiental no país importador. Em razão dessa equação simples, o comércio internacional de pneus usados e reformados encontra-se no centro de controvérsias nos planos multilateral, OMC, e regional, inclusive Mercosul.

Ressalta que entre mais de trezentos contenciosos na OMC, apenas em uma oportunidade anterior, na controvérsia sobre produtos contendo amianto, a parte que arguiu a mesma exceção ambiental e de saúde pública invocada pelo Brasil para restringir o comércio de um produto específico teve a legalidade de sua medida reconhecida pelo mecanismo de solução de controvérsias. Isso demonstra, no entendimento do Ministério das Relações Exteriores, a fundamentação da medida adotada pelo Brasil.

Na conclusão do Painel da OMC, consta que o acúmulo de resíduos de pneus favorece a propagação de doenças transmitidas por mosquitos e acarreta riscos de incêndios nocivos à saúde e ao meio ambiente. Considerou, ainda, que nem mesmo a adoção das melhores técnicas de gestão de resíduos de pneus seria suficiente para eliminar essas ameaças. Com relação ao transporte, o painel concluiu que doenças transmitidas por mosquitos são disseminadas por meio do deslocamento de resíduos de pneus.

Quanto aos riscos derivados da destinação final dos resíduos de pneus, o Painel concluiu que os métodos aptos a destinar grandes volumes desses resíduos, como depósitos em aterros e queima em cimenteiras, causam riscos à saúde e ao meio ambiente.

O Brasil conseguiu demonstrar que os pneus usados no País servem para reforma, e mais do que isso: têm sido reformados em grande quantidade, contribuindo, assim, para redução do número de carcaças geradas no País, daí a necessidade de proteger o meio ambiente e a saúde pública.

A questão das importações de pneus reformados provenientes dos demais países do Mercosul, essas são feitas em função de um laudo arbitral expedido pelo mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul e o Painel da OMC concluiu que essas ocorriam em montantes relativamente modestos e a sua manutenção não seria incompatível com a proibição geral de importação de pneus reformados.

Verificou-se que as importações de pneus usados como matéria-prima autorizadas por decisões judiciais ocorriam em montantes tais que o dano ao meio ambiente e à saúde pública comprometeria o propósito da medida questionada pela União Europeia e, por isso, determinou que, para manter a proibição geral de importação de pneus reformados, o Brasil deveria não só por fim às importações de pneus usados autorizadas por decisões judiciais, mas também modificar o regime de comércio de pneus reformados no âmbito do Mercosul, o que tem sido objeto de negociação do Brasil com os países do Mercosul.

A OMC concluiu de maneira inequívoca que a proibição de importação de pneus reformados é medida necessária à proteção do meio ambiente e da saúde pública.

Enfim, se as importações de pneus usados continuarem amparadas por decisões judiciais, o Brasil terá diante de si duas opções, ambas indesejáveis: abrir mão da política pública de proteção do meio ambiente e da saúde promovida pela proibição de importação de pneus reformados ou cair em uma situação de ilegalidade perante a OMC, com o consequente risco de sofrer retaliações comerciais da União Europeia em função do descumprimento das determinações do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

1.4 *Pelo Ministério da Saúde, dr. Haroldo Sérgio da Silva Bezerra, assessor técnico da Coordenação de Controle da Dengue da Secretaria de Vigilância em Saúde*

A dengue não é um problema nacional, mas mundial. De acordo com dados coletados em 2007 pela Organização Mundial da Saúde, 2,5 bilhões de pessoas vivem em áreas de risco de transmissão de dengue, com aproximadamente 100 milhões de casos por ano acontecendo, e 400 mil destes são de febre hemorrágica da dengue, que é a sua forma mais grave, e em 100 países ela ocorre de forma endêmica.

Esses números decorrem de seu principal vetor, o *Aedes aegypti*, que vive e se prolifera nas regiões próximas do Equador, cujo clima e condições de chuva lhe são propícios.

De norte a sul do Brasil temos focos do mosquito transmissor da dengue, que tem se expandido nos últimos anos, colocando em risco toda a população brasileira para transmissão dessa doença.

O Brasil já conseguiu erradicar outros vetores, e infelizmente, no momento, não há viabilidade técnica para erradicar o *Aedes aegypti* do País e não há uma vacina contra a dengue. Hoje, a única forma para se proteger a população é a eliminação do mosquito *Aedes aegypti*, lembrando que a dengue é uma doença de alta morbidade, com seus casos graves que podem levar a óbito as pessoas.

Vários fatores contribuem para a expansão da dengue no Brasil e no mundo: a) maior densidade populacional nas áreas urbanas, que propicia uma maior interação entre o vetor, a população alvo e o vírus; b) a heterogeneidade da oferta de água, obrigando a população a ter subsistemas de armazenamento (caixas d'águas, as cisternas, etc.); c) o aumento da produção de lixo urbano, com destino inadequado; d) transporte de pessoas para disseminação do vírus (35 mil pessoas viajam por mês de Manaus à Venezuela, visitam o Caribe, e lá existe um vírus que não circula no Brasil, que é o dengue 4, portanto há o risco da introdução desse vírus trazido por essas pessoas, e o aumento da mobilidade dessas populações – observa que a introdução de novos vírus, ele encontra populações suscetíveis e provoca epidemias).

Tudo isso traz um agravante provocado pela dengue: a quantidade de hospitalizações para o sistema de saúde brasileiro, e mais: houve um aumento da incidência nas faixas etárias de menores de quinze anos, o que aporta um maior ônus ao sistema de saúde, por requerer um tratamento mais especializado do que tratar adultos, devido à necessidade de se ter pediatras e equipamentos para dar o suporte a esses pacientes de menor idade.

No último ano, gastou-se um bilhão e duzentos milhões no controle da dengue e aí não estão computados gastos de Estados e Municípios.

E qual a relação de pneus com a dengue? Primeiro, a introdução do *Aedes albopictus* no País, que é uma espécie de *Aedes* que não existia no País e foi introduzido na década de oitenta, e é um mosquito do Sudeste asiático, sendo ele é um importante vetor da dengue. No Brasil não temos a informação se ele pode ser considerado vetor, mas ele muito provavelmente foi introduzido no País por intermédio de pneus importados.

Em segundo lugar, o formato do pneu torna-o um excelente criador para o *Aedes aegypti*; é um criador preferencial. Só para exemplificar, no passado utilizávamos armadilhas para capturar *Aedes aegypti* com segmentos de pneus. O ovo da fêmea do *Aedes aegypti* tem uma capacidade de sobreviver até um ano. Como a fêmea não deposita os seus ovos diretamente na água, ela deposita na parede do depósito, esse depósito mesmo seco o ovo fica viável até por um ano. Então, transportando-se os pneus, pode-se levar esse mosquito de um lugar para outro.

Além disso, a importação de pneus pode trazer cepas de mosquitos que tenham melhor capacidade de transmissão da dengue ou que sejam resistentes a inseticidas utilizados atualmente no País.

O problema da dengue necessita de ações integradas e o acréscimo de pneus ao País, com certeza, pode agravar em muito o problema da dengue.

Para combater esse problema, as secretarias de Estado e as secretarias municipais de saúde têm basicamente coordenado o recolhimentos desses pneus, levando para aterros ou para serem picotados,

o que acrescenta ao setor saúde os custos da utilização dessa mão de obra, muitas vezes são agentes desviados, não estão fazendo as suas ações diárias de visita, de divulgação das ações de prevenção e controle e têm de dar conta desse problema, porque o pneu se apresenta como um importante depósito produtivo de *Aedes aegypti*.

1.5 *Pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, dra. Zilda Maria Faria Veloso*

O pneu tem ciclo de vida útil entre 60, 80 ou 100 mil km, se antes não sofrer algum dano e, para esse pneu danificado há duas opções: a) ser reformado; b) se não pode ser recuperado, será um pneu inservível, cujo resíduo deverá ser tratado ou destinado.

Ao importarmos pneu usado, esse bem que tem duas vidas chega ao País com uma "vida" gasta em seu país de origem; reformado, terá apenas uma segunda vida no Brasil e, num menor espaço de tempo, o País gastará para tratar e destinar esse resíduo (lixo).

Ademais, ao ser armazenado, corre o risco de pegar fogo e essa queima, seja a céu aberto ou em processo controlado libera dioxinas e furanos que podem causar câncer, enfraquecer o sistema imunológico e causar infertilidade; as cinzas resultantes dessa queima contaminam o solo e o lençol freático.

O Brasil utiliza os pneus inservíveis no coprocessamento, em fornos de cimenteira, como fonte de energia e na industrialização do xisto, além de artefatos de borracha e como manta asfáltica.

> *"(...) Todas essas maneiras de utilizar pneus inservíveis geram algum tipo de impacto ambiental. Não existe nenhuma dessas soluções que tenha emissão zero, que cause dano zero ao meio ambiente. O coprocessamento mesmo controlado pode gerar emissões danosas e comprometedoras ao meio ambiente."*

Considera a importação de pneus usados mera transferência de um problema ambiental dos países desenvolvidos para os países menos desenvolvidos, que acarretará problemas administrativos e gerenciais desse resíduo, além de danos ambientais.

1.6 *Pela Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e Apromac, dra. Zuleica Nycs*

O pneu tem grande importância na economia nacional e a indústria da remoldagem presta um serviço relevante ao aumentar a sua vida útil, o que é uma prática ambientalmente recomendável. Entretanto, apenas parte dos pneus brasileiros é objeto de remoldagem.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil produz um incrível número de 162 mil toneladas de lixo urbano por dia. O grande problema ambiental é a destinação desse volume enorme de lixo. E, 30% do lixo brasileiro é depositado em lixões, ou seja, não tem uma destinação controlada, são depósitos a céu aberto, sem qualquer planejamento ao controle de impacto ambiental.

Além do mais, 60% dos Municípios brasileiros se utilizam de lixões. No que diz respeito aos pneus, não são biodegradáveis e demoram centenas de anos para se decomporem, o que lhes confere um maior potencial ofensivo. Ocupam um espaço físico considerável e há dificuldades para sua coleta e eliminação.

Se considerarmos que os pneus são altamente combustíveis, qualquer incêndio em um depósito é algo difícil de controlar, sem contar a poluição que gera; quando abandonados nos cursos d'água obstruem canais, córregos, galerias de águas pluviais, comprometendo a vazão de escoamento desses corpos hídricos (cerca de 120 mil pneus foram retirados do rio Tietê nos últimos anos).

Seis milhões de pneus aproximadamente são descartados anualmente no Brasil. Comparando-se com outros países, suspeita-se que esses números estejam subestimados, pois a Europa tem cerca de 120 milhões de pneus chegando ao fim de sua vida útil a cada ano. No Canadá, são 30 milhões; nos Estados Unidos estima-se que sejam dispostos 285 milhões de pneus por ano. Pode-se deduzir, então, que a importação de pneus usados e remoldados (metade da vida útil de pneus novos fabricados no Brasil) aumenta consideravelmente o volume de resíduos e o passivo ambiental do País.

Mesmo com todo o avanço tecnológico, não há tecnologia para dar uma destinação limpa ao resíduo pneu. Não há estudos quanto à saúde da população que vive em torno dos fornos de cimenteira, nem sobre os impactos causados ao meio ambiente, sem contar que esses resíduos flutuam na atmosfera do planeta, razão por que o Brasil ratificou a Convenção de Estocolmo contra os poluentes orgânicos persistentes.

A permissão de importação de pneus usados dos países ricos para o Brasil, África, América Latina, Ásia, etc. causa também efeitos prejudiciais à intenção do governo brasileiro de implementar a política nacional de saneamento ambiental ao sobrecarregar a administração pública com boa parte do ônus do transporte e disposição de pneus em lixões.

2. Favorável à importação de pneus usados e remoldados

2.1 *Pela Pneus Hauer e BS Colway, dr. Francisco Simeão Rodrigues Neto*

Pneus velhos sempre existiram no Brasil e, em 1998, por ocasião da elaboração da Resolução Conama 258/1999, participaram o Instituto de Pesquisas Tecnológicas, o Ibama, a Petrobras e a Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (Abip). A Associação dos Fabricantes de Pneus Novos (Anip) também foi chamada a participar, porém, posicionou-se de forma contrária "a qualquer alternativa que viesse a gerar às suas associadas qualquer obrigação ou custo financeiro, sem, contudo, oferecer qualquer alternativa, demonstrando absoluto descaso e despreocupação com a questão ambiental".

Ponderou que a Resolução Conama 258, de 26-8-1999, somente foi publicada em 2-12-1999, e a aplicabilidade plena de dar destinação aos pneus somente se deu a partir de 1º-1-2002, ou seja, mais de dois anos para que os fabricantes e importadores de pneus dessem destinação ambientalmente adequada aos pneus, e o Ibama, até aquela data, não havia baixado qualquer norma regulamentar e somente cinco meses depois, em 15-5-2002 é que o Ibama editou a primeira instrução normativa a respeito (IN 8/2002).

Argumentou que o Ibama se mostra insensível com a emimente perda de 18 mil postos de trabalho diretos e outros cerca de 72 mil indiretos, caso sejam fechadas as fábricas de pneus remoldados no Brasil por falta de matéria-prima.

A BS Colway sempre cumpriu a Resolução Conama 258/1999; ao contrário das multinacionais de pneus novos que nunca cumpriram sua obrigação ambiental e sem que o Ibama tenha demonstrado qualquer preocupação com elas.

Esclarece que, ao contrário do afirmado pelo Ibama, quando diz que não há sistema de destruição de pneus inservíveis de forma ambientalmente adequados; há, sim, e exemplo disso é a utilizada na Petrobras/Usina de Xisto em São Mateus do Sul e nas fábricas de cimento. O Ibama sustenta que em temperaturas baixas, de até 800ºC, há geração de furanos e dioxinas; entretanto, a fabricação de cimentos exige temperaturas de mais de 1.400ºC, quando, em sistema fechado, as dioxinas e os furanos são destruídos.

Sustentou a omissão de dados por parte do Ibama, pois mais de 90% dos pneus colocados no Brasil são novos importados ou novos aqui fabricados, pneus estes que também ficam velhos e são destinados nos fornos de cimento e na Petrobras, com autorização expressa do Ibama.

Argumentou que não há que se falar, assim, em descumprimento de preceito fundamental, pois o meio ambiente somente é beneficiado com as importações realizadas, quando em estrito cumprimento da Resolução Conama 258/1999. Ao se dar a destinação de cinco pneus para importar apenas quatro, promove-se a diminuição do número de pneus existente no Brasil, em quantidade 25% maior em relação à quantidade importada, em pleno benefício ao meio ambiente nacional.

Entende que o descumprimento da Resolução Conama 258/1999 é que tem causado grave lesão ao meio ambiente e saúde pública. Assim, o que se deve fazer é averiguar quem não está cumprindo essa norma ambiental para que seja imediatamente revogado o seu direito de importar, mas não penalizar quem está cumprindo a norma vigente.

Sustentou que a legislação sobre importação de pneus usados se dá por simples portarias e resoluções, e, por isso, resguarda-se no art. 5º, II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".

Afirmou, ainda, que a BS Colway não teria fechado suas portas e demitido 1.200 funcionários caso pudesse utilizar os pneus usados existentes no Brasil e, com o fechamento da BS Colway, poder-se-ia gerar cerca de 250 empregos (geram quatro postos de trabalho para cada um gerado nas robotizadas fábricas de pneus novos). Destaca que, para se manter no ramo e manter os 5 mil empregos abrigados nos 485 centros automotivos que distribuíam pneus BS Colway, foram obrigados a trocar a fabricação de pneus remoldados do Brasil pela importação de pneus chineses.

2.2 *Pela Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (Abip), dr. Victor Hugo Burko*

Apresentando-se como representante do Instituo Ambiental do Paraná, órgão gestor das políticas públicas estaduais daquele Estado, e, no executivo municipal, deu ênfase à questão do lixo, à sua cadeia produtiva, na forma de coleta seletiva (hoje, o Paraná coleta mais de 98% das embalagens de agrotóxicos produzidas).

Depois dos resíduos domiciliares e da questão dos agrotóxicos, os pneus são o principal problema de resíduo que se tem, em razão do volume e da importância. Relata que o Município tinha

programa com os catadores para o recolhimento dos recicláveis nas casas e a empresa BS *Colway* os remunerava para que também fizessem a coleta dos pneus inservíveis e para que dessem a eles a devida destinação.

Relata que acompanhou todos os estágios até a destinação final dos pneus através da queima nos fornos de cimento e percebeu que pouca coisa técnica foi discutida até agora nessa questão dos pneus. Não há, em nenhuma das argumentações realizadas, análise sobre, por exemplo, os índices de emissões que devem ou não devem acontecer ou que acontecem ou não. Tudo o que temos até agora são legítimas, mas defesas muito mais embasadas em sentimentos, em paradigmas do que efetivamente em dados técnicos.

Explica que o coprocessamento é uma queima que se faz nos fornos de cimento à altíssima temperatura, que serve como combustível; usa-se para o aquecimento o elemento calorífico deste produto e as cinzas são, depois, incorporadas à massa do cimento; a produção de cimento requer calor da ordem de 1.300ºC ou 1.400ºC; as dioxinas e os furanos nesses níveis de temperatura são transformados e não são lançados na natureza dessa forma.

Para ele, a diferença entre queimarem-se pneus nos fornos de carvão ou queimar-se qualquer outra forma de petróleo (pneu é feito de petróleo) – são hidrocarbonetos transformados em ligas, mudados na sua estrutura química para que possam produzir algo parecido com a borracha, mas são oriundos do petróleo –, está em que petróleo novo saiu diretamente dos recursos naturais, e a queima de pneus saiu de um recurso já anteriormente utilizado. Isso porque os padrões de lançamento permitidos são os mesmos, inclusive as normativas do Conama estabelecem padrões de lançamento, independentemente de qual seja o produto a ser coprocessado. É processada a borra de tinta e uma série de outros elementos, e todos devem manter um nível de emissões compatíveis; se esses pneus não forem coprocessados, esses fornos estarão funcionando da mesma forma e queimando outro tipo de combustível.

Então, o ponto central dessa discussão não deveria ser exatamente se os pneus são importados ou não, se são produzidos ou não produzidos; muito mais do que discutir as questões econômicas que envolvem essa grande cadeia produtiva, essa bilionária indústria quer discutir as efetivas soluções.

2.3 *Pela Pneuback, dr. Emanuel Roberto de Nora Serra*

A Resolução Conama 258/1999 é um primor de legislação; talvez a lei mais magnífica sobre preservação do meio ambiente. No Brasil, é a indústria de pneus novos que não cumpre aquela resolução.

Se as fábricas de pneus novos produzem 90% de tudo que se tem aqui no Brasil e que os remoldadores têm 9,1% de toda a frota nacional rodando, esses 90% não cumprem aquela resolução. Magistrados têm decidido, inclusive com efeito retroativo, que as empresas de pneus novos não precisam atender às exigências da Resolução Conama 258.

Se eu tenho decisão judicial que permite aos fabricantes de pneus novos – Goodyear, Michelin, Pirelli e companhia limitada – nós estamos falando aqui de 9%, e deixando os 90% para lá, e esses 90% não têm possibilidade e têm autorização judicial de não darem aos pneus destruição perfeita.

A ADPF 101, que visa à preservação do meio ambiente, é posterior a essas decisões e essas não foram mencionadas em sua petição inicial, só as ações envolvendo os remoldadores, só os reparadores. Isso eu não entendo. E onde fica o tratamento igual aos iguais, já que não posso desigualar os iguais?

Isso que me faz concluir o seguinte: se a arguição de descumprimento de preceito fundamental não incluiu essas decisões, então a questão de fundo não é o meio ambiente, e sim importação, e essa, em termos de preceito fundamental, é assunto menor.

Na verdade, o Ibama não tem grande controle daquilo que se passa pelo Decex, porque os números do Decex, sendo verdadeiros, em peças, há de preexistir, nesses números, a prévia destruição de pneus.

Em se tratando de passivo ambiental, na medida em que os fabricantes de pneus novos não têm obrigação de colaborar nesse passivo ambiental, e na medida em que a ADPF 101 disso não cuidou, e vai se afastando do meio ambiente – isso existe, afirma que cada vez que uma empresa remoldadora, recauchutadora ou reparadora, cada vez que importa quatro e produz cinco está livrando o meio ambiente de 25% necessariamente. Se parar de importar, não livrará, porque os fabricantes de pneus novos, esses sim, contribuem com 100% para carcaças e servíveis – 100% do que produzem são carcaças nas reposições e servíveis –, porque eles não estão obrigados a apresentar à Petrobras para petróleo, cimento ou para indústria tal.

Por isso, pensa que essa arguição de descumprimento de preceito fundamental se afastou do verdadeiro preceito constitucional, da obrigatoriedade do meio ambiente para ficar só na importação, que é matéria menor.

2.4 *Pela Pneus Hauer Brasil Ltda., dr. Ricardo Alípio da Costa*

Esclarece que também comparece representando a Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus, fundada em 1985, que consiste em todo o segmento de reforma de pneus do Brasil, que é o segundo maior do mundo, seguido dos Estados Unidos (1.557 reformadoras e 18 fabricantes de borracha, o que significa 40 mil empregos diretos e mais de 160 mil indiretos e uma economia de 5,6 bilhões de reais por ano ao setor de transportes).

Com relação ao meio ambiente, destaca a economia de 57 litros de petróleo por pneu reformado de caminhão e ônibus e 17 litros por pneu de automóvel em relação à produção de cada pneu novo. Isso corresponde a uma economia de 500 milhões de litros de petróleo por ano.

Constituíram grupo de estudos e fomos pesquisar os sistemas de gestão ambiental dos pneus inservíveis na Europa, Estados Unidos e Japão e constataram a existência de uma gestão ambiental dos pneus em todo o ciclo de vida, desde o pneu novo até o pneu inservível, que eles chamam de *end-of--life tires*, pneu em final de vida, e há uma conscientização dos três blocos econômicos da valorização do pneu inservível. Entende que é uma falácia afirmar que esses países exportam lixo para os países em desenvolvimento, porque eles não o consideram lixo, e, sim, um produto com alto valor agregado.

Traz demonstrativos da comunidade europeia que mostram os altos índices de aproveitamento de pneus; ressalta que os especialistas contrários à importação de pneus usados não indicaram as fontes de pesquisa em suas explanações, ao contrário dos dados por ele apresentados.

Entende ser uma grande inverdade afirmar que a maneira de se desfazer do lixo é exportando para os países em desenvolvimento. Isso não é verdade. Os países de primeiro mundo estão explorando economicamente os pneus inservíveis, por entenderem que neles há fonte de recurso natural e alternativa de combustível.

Apresenta gráficos com os volumes das exportações da comunidade europeia, em que o reuso é a venda do pneu para ser reutilizado como usado mesmo, dentro do Bloco Europeu. E as exportações se mantêm em nível estável, não cresceram. Em contrapartida, a reciclagem dos pneus e a recuperação energética cresceram de 94 a 2006, além da recuperação energética com o uso das caldeiras ou fornos de cimento.

Para a realidade brasileira, 70% de seu transporte se dá pela via rodoviária e a idade média da frota brasileira é de dezesseis anos e meio, enquanto que, no resto do mundo, a idade média é de dez anos e meio. Então, é uma frota velha. Quanto ao frete, existe uma sobrecarga de caminhões trafegando com excesso de peso; e o dado talvez mais relevante do porquê de não existirem pneus para serem reformados no Brasil é a condição da malha viária, de 1.600.000 km de malha viária, apenas 192.000 km são pavimentados. E destes, 78% estão em situação precária ou ruim. Ou seja, dizer que pneu novo tem dois tipos de vida, que o pneu reformado tem mais um ciclo de vida, isso também é outra afirmação tendenciosa, não condizente com a verdade. Um pneu novo pode ter apenas um ciclo de vida, dependendo do tamanho do buraco que ele encontra pela frente.

Quanto de pneu tem disponível no Brasil? No total, não são 40 milhões, segundo o relatório trazido pelo Ibama; são 18,5 milhões de pneus circulantes no Brasil e existem 1,034 milhão de pneus usados, em uso ou para reforma, por ano.

Para finalizar, com relação ao mosquito da dengue, ele não escolhe pneus por data de fabricação, nem nacionalidade para depositar seus ovos.

Não há uma prova cabal de que a importação cause impacto ambiental. Mas no caso da importação, para se importar cada quatro pneus para reforma, o importador tem de dar a destinação final a cinco pneus inservíveis, senão o Ibama não defere a licença de importação que, em regra, monitora essa destinação e, por isso, não haveria dano.

2.5 *Pela Tal Remoldagem de Pneus Ltda., dr. Paulo Janissek*

Coprocessamento é a substituição da matéria-prima ou energia em um processo já existente, por isso o nome coprocessamento. As alternativas viáveis para os pneus são: o coprocessamento em fornos de cimento e processo de obtenção do óleo de xisto.

Os pneus são a base do transporte e, por conta da crescente produção automotiva, têm uma grande relevância; também sabemos que têm uma grande estabilidade e não são degradados no meio ambiente. Há, porém, muita pesquisa envolvida, portanto, considerar que apenas após a sua utilização ele seja considerado lixo, é desprezar toda essa tecnologia.

Os pneus são compostos orgânicos e inorgânicos: os orgânicos representados pela borracha, tanto natural quanto sintética, as fibras e o negro de fumo; e a parte inorgânica representada pelo aço, onde estão os metais, entre eles alguns metais pesados.

Na análise dos solos, o importante não é se tem ou não esses metais, mas sim a quantidade – muitos deles estão em forma de traços – e a biodisponibilidade: não é porque ele está lá que irá fazer mal, depende da forma com que ele está.

Considerar que ao final da vida útil do pneu ele será descartado é desprezar a energia e o material nele inseridos. As alternativas de disposição, que não o simples abandono, são essas que já foram comentadas, e enfatiza o coprocessamento.

Analisando-se as alternativas para disposição de pneus inservíveis, temos que, no reuso, há a recuperação dos materiais; na queima, incineração, seja em fornos, seja em incineradores, temos a recuperação de energia; no coprocessamento há uma vantagem adicional, que é a utilização e a recuperação de energia e da matéria-prima contida nesse pneu.

Analisa o processo de produção do cimento, em que em altíssimas temperaturas, acima de 1.400°C, toda a matéria orgânica é destruída. E esse processo é importante para o tratamento de resíduos em razão das altas temperaturas no forno e do alto tempo de residência no forno de cimento.

Na utilização dos pneus, o que acontece? Os componentes do pneu são: a) a matéria orgânica queimada para obtenção de energia e b) a matéria inorgânica, que não é destruída nesse processo pela sua alta resistência, é transformada em material inerte incorporado ao produto final, ou seja, incorporada ao cimento. Testes de laboratório têm um rígido controle e sabem exatamente qual a porcentagem correta, necessária para que seja coprocessada, para que não comprometa a qualidade final do produto.

No processo do xisto, que é uma rocha betuminosa extraída a céu aberto, que entra na retorta, onde é processada e também há a possibilidade desse processamento junto com os pneus. Diferente do cimento, onde o pneu pode ser inserido inteiro, aqui ele precisa ser picado, reduzido a pedaços menores. Da saída desse processo temos que a parte inorgânica vai para as siderúrgicas e da parte orgânica recuperamos óleo, água, gás e um resíduo inerte que pode, junto com a retorta do xisto, ser depositado novamente naquela mina de onde foi extraído o material ou então pode ser colocada em pisos, em cerâmicas ou ser utilizada em alguns processos de incineração.

Esse processo é tão importante que desde o início da operação já reciclou 9 milhões de pneus e tem uma capacidade que não é utilizada de coprocessar na extração do xisto até 27 milhões de pneus por ano. Esse processo é muito importante. Essa indústria tem licenças ambientais e ganhou um prêmio de expressão ecológica exatamente com a reciclagem dos pneus.

Existem riscos por conta de perdas e vazamentos na manipulação e no transporte. Em razão de resíduos perigosos, se não forem tomados os cuidados, existe a contaminação dos trabalhadores, a falta de controle, a falta de legislação específica. Para alguns resíduos não há capacidade suficiente de tratamento. Há a destruição incompleta. Sempre que se vai destruir no processo de queima, há a emissão de gases de efeito estufa.

No caso do coprocessamento, não há perdas no transporte de manipulação, o que seria improvável ocorrer no transporte de um resíduo líquido.

Só em Curitiba, com a fábrica de cimento e em São Mateus do Sul, com o processo do xisto, há a absorção de praticamente todos os resíduos, todos os pneus da região. E, ainda, a transformação é completa, porque é transformada em material inerte e os gases emitidos são captados por filtros.

Tanto na obtenção do cimento quanto no processamento do xisto, há a extração de petróleo, que é uma fonte que está lá no interior da Terra e vai gerar carbono, contribuindo para o efeito estufa.

Ao coprocessarmos os pneus, estamos deixando de extrair ou economizando, diminuindo a utilização de petróleo, estamos, assim, economizando energia e reciclando um carbono que já estava no processo, no ambiente. Isso tudo permite que possam ser solicitados créditos de carbono.

Conclui que existe capacidade de processamento; que o pneu não pode ser considerado lixo nem um resíduo perigoso e existem, sim, alternativas para seu processamento ao final da vida útil.

ANEXO IV

Arguidos excluídos da presente ação por ausência de legitimidade

O arguente relaciona 34 empresas que teriam obtido decisões judiciais favoráveis à importação de pneus usados e remoldados perante o Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais Federais e juízes federais de diversas varas do País.

O exame das informações prestadas pelos arguidos demonstra que, em relação a alguns deles, **não houve qualquer decisão judicial que considerasse legal e/ou constitucional a importação de pneus usados e reformados, pelo que devem ser excluídos do rol de arguidos**. São eles:

1) Tribunal Regional Federal da 2ª Região

a) AMS 95.02.032955-0; AI 2003.02.01.006756-2; AI 2003.02.01.006767-7; AI 2003.02.01.016991-7; AI 2004.02.01.011280-8; Medida Cautelar Inominada 2005.02.01.000345-3, rel. desembargador Paulo Freitas Barata;

b) Desembargador Reis Friede;

c) AI 2005.02.01.012525-0; Apelação Cível 2004.51.01.018268-0; e AI 2007.02.01.002916-5, desembargador Frederico Gueiros;

d) Medida Cautelar Inominada 2006.02.01.007932-2, rel. desembargador Benedito Gonçalves;

e) Processo 2004.5101018271-0, da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro (recurso de apelação pendente de julgamento);

f) Processo 2000.51.01.015268-2, da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

g) Apelação Cível 2004.51.01.015952-9, da Sexta Turma Especializada;

h) Processo 2003.51.01.02015-7, mencionado, não tramitou na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

i) Processo 2003.51.01.005700-5, da 11ª Vara do Rio de Janeiro, foi encaminhado à Subseção Judiciária de Londrina/PR, e não persistiram as decisões proferidas.

j) Processo 2002.5101014705-1 não pertence à 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e jamais foi proferida "decisão autorizando a importação de pneus usados";

k) MS 2004.5101005193-7, da 15ª Vara do Rio de Janeiro;

l) Processo 2004.5101011794-8, da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

m) Processo 2006.51.01.004284-2; Mandados de Segurança 2005.51.01.015092-0; 2006.51-1-016980-5; e 2007.51.01.017070-8, da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

n) Processos 2005.51.01.014658-8 e 2006.51.01.02500-7, da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

2) Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Apenas a Terceira Turma daquele Tribunal tem autorizado a importação de pneus usados. Não autorizaram a importação de pneus usados e reformados:

a) Desembargadora federal Alda Bastos;

b) Desembargador federal Carlos Murta;

c) Desembargadora federal Yatsuda Moromizato Yoshida;

d) Desembargador federal Lazarano Neto;

e) Desembargadora federal Mairan Maia;

f) Apelação em Mandado de Segurança 199.61.12.002114-3, desembargador federal Márcio Moraes;

g) Apelação Cível 95.3.3038-2, desembargador federal Nery da Costa Júnior;

h) Desembargador federal Roberto Haddad;

i) Processo 2002.61.00.004306-9, não é de relatoria da desembargadora federal Salette Nascimento;

j) Juiz federal convocado Luiz Alberto de Souza Ribeiro;

k) Juiz federal José Francisco da Silva Neto, da 3ª Vara em Bauru/SP;

l) Juiz federal convocado Valdeci dos Santos;

m) Processos 94.03.093527-8 e 93.03.12361-1, da juíza federal convocada Eliana Marcelo;

n) Juíza federal Mônica Autran Machado Nobre;

3) Tribunal Regional Federal da 4ª Região

a) Processo 2003.70.00.047071-8, da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, tem objeto diverso da questão versada nos autos;

b) Processo 2002.70.00.008773-6, da 7ª Vara de Curitiba.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Menezes Direito: Senhor presidente, eu estou inteiramente de acordo com o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Estou com voto escrito. Resgatei um trabalho que escrevi sobre essa matéria, que está publicado no meu livro *Estudos de direito público e privado*, mostrando que a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais alcança uma disciplina amplíssima que não está confinada exclusivamente naqueles dispositivos relativos ao art. 5º, que estão limitados aos direitos fundamentais, mas alcança outros direitos, mesmo porque, se não fosse assim, nós deixaríamos a descoberto, por exemplo, como pôs a ministra **Cármen Lúcia**, outros direitos fundamentais que estão espalhados em todo o corpo da Constituição. E também estou lembrando trecho de Vossa Excelência na monografia sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que Vossa Excelência destaca a relevância do interesse público como suporte para ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. E, nesse caso, como muito bem destacou a ministra **Cármen Lúcia**, como sempre faz, a relevância jurídica do tema, independentemente de vinculação com qualquer resultado.

O que nós estamos a examinar nesta Suprema Corte é matéria de alta relevância, que não diz respeito sequer à situação brasileira, mas alcança a preservação do meio ambiente na sua conotação de bem da humanidade.

Eu acompanho Sua Excelência e dou por pertinente a ação direta de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, também voto no sentido da admissibilidade desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque, em tese – isso será discutido agora no mérito –, há ofensa ou possível ofensa aos arts. 196 e 225 da Carta Magna, que, sem dúvida nenhuma, abrigam preceitos fundamentais.

Portanto, acompanho a relatora nesse aspecto.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, tenho a arguição de descumprimento de preceito fundamental como de caráter excepcional, e esta premissa decorre da normatividade instrumental dessa ação.

O que nos vem da lei de regência? Vem-nos que ela possui contornos subsidiários. Não é meio para chegar-se a um pronunciamento do Supremo, por maior que seja a importância do pano de fundo, com queima de etapas, com perda da organicidade do próprio direito.

Ouvimos e temos conhecimento de que muitas são as ações em andamento, chegando, inclusive, recursos ao Supremo. Mais do que isso: onde há ato do poder público a alcançar direito fundamental? Não posso perceber que, na alusão constante da parte final do art. 1º da Lei 9.882/1999 a ato do poder público, se inclua a jurisdição, a atuação do Poder Judiciário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é um sucedâneo recursal contra decisões judiciais. Relativamente a estas, existem os remédios jurídicos previstos

na legislação, podendo-se chegar aos tribunais superiores, podendo-se chegar ao órgão de cúpula do Judiciário, que é o Supremo.

Não posso, presidente – e vou repetir a expressão de um ex-ministro da Corte, o ministro Francisco Rezek –, baratear a tal ponto essa ação de nobreza maior, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para, à mercê da importância do tema de fundo – e os valores aqui envolvidos não se restringem ao meio ambiente –, admiti-la. Admiti-la, como disse, numa queima de etapas.

Gostaria que me apontassem o objeto: qual é o ato do poder público – e a exigência nos vem do primeiro artigo da Lei 9.882/1999 – que se faz em jogo? Tem-se, como tal, a autorização de importação das denominadas carcaças, com o objetivo de serem recuperadas para consumo interno? Não. Mesmo porque, pelo que percebi, a ação foi ajuizada pelo chefe maior do Poder Executivo, o presidente da República. E repito, vem-nos da Lei 9.882/1999:

> Art. 4º (...)
> § 1ª Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Que lesividade? Praticada, repito, a teor do disposto no art. 1º dessa mesma lei, pelo poder público. E não incluo o Judiciário, a jurisdição, muito menos a ponto de colocar-se em xeque, inclusive, pronunciamentos judiciais já cobertos pelo manto da coisa julgada, emprestando, portanto, à arguição de descumprimento de preceito fundamental contornos de rescisória.

Presidente, fico sempre lisonjeado quando se busca o pronunciamento do Supremo, mas não posso olvidar a organicidade do direito, o sistema nacional existente, a notoriedade de ações em curso sendo julgadas pelo Judiciário Federal, com possibilidade, repito, de, mediante atos sucessivos, chegar-se, se for o caso, enquadrado o recurso extraordinário em um dos permissivos da Constituição Federal, ao Supremo.

Peço vênia à relatora e àqueles que a acompanharam no voto proferido para, no caso, entender inadequada a medida formalizada, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, se o ministro Carlos Alberto Menezes Direito e Ricardo Lewandowski a isso não se opuserem, eu peço vista.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Dado o adiantado da hora, eu só pediria a Vossa Excelência que nós pudéssemos retomar com alguma brevidade, eu me lembro de que Vossa Excelência já tem estudo sobre o assunto.

O sr. ministro Eros Grau: Eu quero examinar bem, em face desses elementos novos. Dei um voto anteriormente; eu quero examinar e o farei com a devida presteza.

EXPLICAÇÃO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Senhor presidente, apenas ressalvando o que já realcei no relatório e no voto, que, além da fundamentalidade das questões constitucionais, apenas para que o ministro tenha isso bem enfatizado, há ainda uma outra decisão, que não é deste Supremo, mas que terá repercussões na nossa decisão, sobre o Relatório da OMC, porque foi dado um prazo para que o Brasil implementasse as medidas no sentido da efetividade. Apenas realçando o que, aliás, já constei.

O sr. ministro Joaquim Barbosa; Este prazo já escoou, não é?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Já escoou, mas não foi tomada nenhuma medida, exatamente por uma certa tolerância.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência, ministra Cármen Lúcia, está excluindo aquelas importações no âmbito do Mercosul?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Sim. Aquelas nem foram impugnadas aqui exatamente porque as relativas ao cumprimento irrecorrível da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* não há como desfazer e, aliás, elas estão constando das normas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Esse acordo se sobrepõe à Constituição, quanto ao meio ambiente nacional?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não é um acordo; foi uma decisão de um tribunal, e a norma do art. 4º, parágrafo único, da Constituição exatamente distingue, diferencia o tratamento a ser dado a esses países do bloco. Tem fundamento constitucional, conforme devidamente comprovado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Então, Vossa Excelência faz essa ressalva e a da coisa julgada?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Quanto à coisa julgada, faço ressalva expressa, quanto ao que já cumprido, ao que foi executado e que não há como ser desfeito. E isso quanto às decisões, porque era objeto do pedido; quanto ao mais, nem é objeto do pedido.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu tenho uma pequena objeção com relação a esse ponto da coisa julgada.

EXTRATO DA ATA

ADPF 101/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União). Interessados: Presidente do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, juízes federais das 2ª, 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 11ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 18ª, 20ª, 22ª, 24ª, 28ª e 29ª Varas Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, juiz federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de São

Paulo, juiz federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, juiz federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, juízes federais das 2ª, 4ª, 6ª e 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Paraná, juiz federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, juiz federal da Vara Federal Ambiental de Curitiba, Pneus Hauer do Brasil Ltda. (Advogado: Ricardo Alípio da Costa), Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP (Advogado: Maurício Corrêa), Associação Nacional da Indústria de Pneumático – ANIP (Advogado: Aldir Guimarães Passarinho), Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda. (Advogado: Emanuel Roberto de Nora Serra), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama (Advogado: Andréa Vulcanis), Tal Remodelagem de Pneus Ltda. (Advogado: Almir Rodrigues Sudan), BS Colway Pneus Ltda. (Advogado: Almir Rodrigues Sudan), Conectas Direitos Humanos (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Justiça Global (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação de Proteção do Meio Ambiente de Cianorte – Apromac (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR (Advogados: Renato Romeu Renck e outros), Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL (Advogado: Otto Glasner), Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda. (Advogado: Marcos José Santos Meira), Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. (Advogado: Ítaro Sarabanda Walker).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o ministro Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Gilmar Mendes. Em seguida, após o voto da ministra Cármen Lúcia, julgando parcialmente procedente a arguição, pediu vista dos autos o ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, a ministra Ellen Gracie. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o ministro José Antônio Dias Toffoli; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e Associação de Proteção do Meio Ambiente de Cianorte (APROMAC), o dr. Oscar Vilhena Vieira; pelos *amici curiae* Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP; BS Colway Pneus Ltda., Tal Remoldagem de Pneus Ltda.; Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR; Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda.; Pneus Hauer do Brasil Ltda.; Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. – RIBOR; e Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros (ADCL), os drs. Emmanuel de Nora Serra, Ítaro Sarabanda Walker, Carlos Agustinho Tagliari e Ricardo Alípio da Costa; e, pelo Ministério Público Federal, o procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 11 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Eros Grau: Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo presidente da República visando a evitar e reparar lesão resultante de decisões judiciais que violariam o disposto no art. 225 da Constituição do Brasil[1].

2. Inúmeras decisões judiciais teriam sido prolatadas em desacordo com [i] Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior – Secex, [ii] Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e [iii] decretos federais. Todos esses atos normativos vedam a importação de bens de consumo usados (pneus usados).

3. O autor postula [i] o reconhecimento de lesão a preceito fundamental – direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto nos arts. 196 e 225 da Constituição do Brasil; [ii] a declaração de inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados, com efeitos *ex tunc*, alcançando as decisões com trânsito em julgado; [iii] a declaração de constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria Decex 8, do Decreto 875, que ratificou a Convenção da Basileia, do art. 4º da Resolução 23, do art. 1º da Resolução Conama 235, do art. 1º da Portaria Secex 8, do art. 1º da Portaria Secex 2, do art. 47-A do Decreto 3.179 e seu § 2º, do art. 39 da Portaria Secex 17 e do art. 40 da Portaria Secex 14, com efeito *ex tunc*.

4. A ministra *Cármen Lúcia*, relatora, em longo voto, deu procedência parcial ao pedido. Entendeu serem constitucionalmente válidos os atos da Decex e da Secex, assim como os decretos e as resoluções do Conama que obstam a importação de pneus usados. Votou no sentido da inconstitucionalidade das interpretações, inclusive as judiciais, que, afastando a aplicação daqueles atos, permitiram ou permitam a importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvados os provenientes dos países do Mercosul. Excluiu da incidência dos efeitos pretéritos dessa decisão os atos judiciais com trânsito em julgado que não tenham sido submetidos à ação rescisória.

5. Acompanho o voto no que toca à conclusão assinalada por Sua Excelência. Importações de pneus usados afrontam preceito fundamental. Leio, no voto da relatora, o seguinte trecho:

> Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado –, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.
>
> A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional

[1] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

> e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e aumenta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.
>
> 28. O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.

6. Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos[2]. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas *premissas implícitas*.

7. A ministra relatora afirma que, "[a]pesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a **ponderação** dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil" (negrito meu).

8. Tenho, porém, que a ponderação entre princípios é operada *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à *incerteza jurídica*[3].

9. Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*. *Juízo de legalidade* é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos[4].

10. Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a

---

[2] Por tudo quanto escrevi a respeito disso, meu *Ensaio e discurso sobre a interpretacão/aplicacão do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[3] Cf. meu *Ensaio e discurso sobre a interpretacão/aplicacão do direito*, cit., p. 283/290.

[4] Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 191 et seq.

este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação[5]. Este é aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de *discricionariedade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*.

11. A explicitação desses dois momentos – o das *normas jurídicas gerais* e o da *norma de decisão* –, não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*.

12. A ponderação consiste, segundo Riccardo Guastini[6], em estabelecer-se uma *hierarquia axiológica móvel* entre os princípios em conflito. Isso implica que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior do que o atribuído ao outro. Essa hierarquia – prossegue Guastini – é móvel porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente.

13. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o "valor" dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.

14. Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.

15. Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente *um juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva entre indiferentes jurídicos.*

16. Dizer *juízo não de legalidade* é dizer *juízo de valor que exclui a legalidade*. Excluindo-a, os juízos de ponderação entre princípios não decorrem da interpretação de textos integrados no âmbito da legalidade, a partir do que se vê inicialmente que a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito do jurídico, é subjetiva; após, que a opção por um deles é escolha entre *indiferentes jurídicos*, procedida uma vez mais subjetivamente, pelo juiz. *Discricionária*, pois, no sentido acima indicado.

---

[5] Cf. meu *Ensaio e discurso sobre a interpretacão/aplicacão do direito*, cit., p. 102-103.

[6] Idem, p. 284 et seq.

17. Que se trata aí de *discricionariedade*, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da dimensão da validade, vale dizer, na dimensão do valor – observação de *Alexy* – e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios não como *norma jurídica*, porém como *valores, preferências intersubjetivamente compartilhadas*, na dicção de *Habermas*.

18. Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que *princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas *valores* podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia *como norma jurídica*. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas*...

19. Juízes, especialmente os chamados *juízes constitucionais*, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como contudo inexiste, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de "voo cego", na expressão de *Ruthers*. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas[7].

20. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

21. O direito moderno, posto pelo Estado, é racional porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. Eis o que define a *racionalidade do direito*: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. *Racionalidade jurídica* é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e*

---

[7] Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito*, cit., p. 285 et seq.

calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados.

22. Pois é precisamente essa racionalidade que perece sempre que juízes operam a ponderação entre princípios. Daí a aguda observação de Habermas: enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos.

23. Impossível não recorrer, a esta altura, a um texto de Carl Schmitt[8], *La tirania de los valores*, no qual recolho a seguinte indagação: quem estabelece os valores? Ora, os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validez. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. Anota Schmitt: "Quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validez tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular". E, adiante, Schmitt cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o "reverso fatal": também valem sempre contra alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do semvalor. Aí se manifesta a "tirania dos valores", a respeito da qual diz Hartmann: "Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos". A apreensão do significado da expressão *tirania dos valores* dá-nos – a observação é de Carl Schmitt – "a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atiçar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses".

24. A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se perceba que os juristas – em especial os juízes –, quando operam a ponderação entre princípios, fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade.

25. Dir-se-á que não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema, é à custa dessa e de outras transgressões – disso estou bem consciente – que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao seu equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social.

26. Por isso mesmo conviria revisitarmos o que foi dito a respeito da oposição entre princípios, há mais de quarenta anos, por Nicos Poulantzas[9]: o que

---

[8] Idem, p. 288 et seq.

[9] Idem, p. 198-199.

aparece como uma "antinomia" essencial, absoluta e irredutível ao nível do direito constitui em geral, ao nível da infraestrutura, uma contradição dialética no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da práxis; o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infraestrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infraestrutura. Infelizmente a doutrina esqueceu as lições de Poulantzas, para quem a ordem jurídica não compõe um sistema, é uma estrutura no interior de outra estrutura mais ampla; um todo *significativo* pleno de contradições, que a lógica formal não consegue explicar, mas constitui uma *totalidade de sentido*, uma *coerência interna de significação*; a infraestrutura é o fundamento da estruturação interna do direito. O plano do dever ser é um espelho, um reflexo do *plano do ser.* Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos – e sempre na sua totalidade – mas, além deles, a realidade. A "moldura da norma" (Kelsen) não é da norma, porém dos textos e da realidade. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da Constituição formal, todo ele, e da constituição real, hegelianamente considerada[10].

Acompanho a relatora, ressalvando, no entanto, meu entendimento no que concerne à fundamentação do seu voto.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu cumprimento o ministro Eros Grau pelas profundas considerações acadêmicas que fez para acompanhar o voto da ministra Cármen Lúcia. Também acompanho o voto que foi por ela proferido, do qual me lembro perfeitamente, ratificando todos os argumentos nele expendidos.

Há, contudo, uma questão que foi ventilada por Sua Excelência a relatora. Indago por que ela julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Seria apenas para proibir a importação dos pneus que provenham de qualquer origem, salvo a do Mercosul?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão do Mercosul não foi objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Senhor ministro, é porque o pedido incluía as decisões já com trânsito em julgado, inclusive com o desfazimento de situações que já se integraram. Então, apenas por isso, da parte já exaurida em seu cumprimento nas decisões judiciais, não acolho o pedido. A procedência parcial é no sentido de declarar válidas as normas proibitivas; declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que afastavam a aplicação daquelas normas, excluindo desta incidência – e, por isso, a procedência é parcial – os efeitos pretéritos e exauridos das decisões com trânsito em julgado, no que já cumpridos em seu objeto.

---

[10] Idem, especialmente, p. 281.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Já executados.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Eu disse exaurido porque os pneus que já entraram não podem ser devolvidos; apenas por isso. Então, todas as normas que se referem à importação de pneus são declaradas, portanto, inconstitucionais; caso contrário, haveria a triangulação, inclusive.

A sra. ministra Ellen Gracie: E novas importações, mesmo baseadas em decisões anteriores, ficam proibidas pela decisão de Vossa Excelência?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): O inciso *b* da parte dispositiva é esta:

> (...) declarar inconstitucionais, também com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas (...).

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministra, estou satisfeito com a explicação de Vossa Excelência com relação à conclusão do voto, mas vejo que, no terceiro parágrafo do bem-elaborado relatório que Vossa Excelência apresentou aos colegas, há uma questão levantada na inicial relativa à incongruência de decisões judiciais, que, de um lado, proibiriam a importação da Comunidade Europeia e, de outro, autorizariam a aquisição de pneus oriundos do Mercosul.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Esse foi o objeto. E há referência, na petição inicial, que eu reproduzi no relatório, ao que constou do painel da Organização Mundial do Comércio, em que se discutiu exatamente isso. O Brasil estava a impedir a importação, mas ainda havia algumas dessas portarias que foram objeto, por parte da União, autora da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dessa possibilidade que se abriu. Conforme relatei, o Brasil perdeu no Mercosul a demanda que havia sido ventilada pelo Uruguai e foi obrigado, então, a expedir a portaria permitindo aquela importação. Como estamos declarando inconstitucionais todas as formas de importação, a portaria a que me referi – como eu disse –, expedida como orientação decorrente da solução dada no Mercosul, fica excluída.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Com isso, fica excluída essa hipótese.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Exatamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: A minha preocupação era a possibilidade de haver um *by pass* via países do Mercosul.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): A triangulação que dizíamos. Quer dizer, proibimos aqui, mas eles entram pelo Paraguai ou pelo Uruguai e poderiam entrar aqui. O pedido foi exatamente para que declarássemos inconstitucional, e foi isso que fiz – a única coisa que se pede; incluí como decisão que aquelas decisões com trânsito em julgado sejam desfeitas a partir do que aqui julgado, vale dizer, não produzem mais efeitos, apenas não há como desfazer o que já foi executado. Eu disse: "Na medida do possível"; o que já foi cumprido, foi cumprido.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Estou satisfeito com as explicações.

Acompanho integralmente a relatora.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, também acompanho a relatora, sobretudo após esses esclarecimentos. Entretanto, requeiro a juntada de votos escritos que tenho sobre a matéria.

Cabimento

O pedido formulado na inicial da arguição é peculiar, pois ele se volta contra decisões judiciais proferidas em vários graus e esferas de jurisdição. Em um primeiro momento, questiona-se o atendimento do princípio da subsidiariedade, dado que o sistema jurídico contém mecanismos próprios para rever decisões prolatadas pelos diversos órgãos que compõem o judiciário. Contudo, entendo que o papel que a arguição de descumprimento de preceito fundamental exercer no controle de constitucionalidade e na política judicial transcende sua mera caracterização como sucedâneo ou instrumento complementar da ação direta de inconstitucionalidade. A leitura que faço baseia-se na efetividade da jurisdição e no papel do Supremo Tribunal Federal como órgão destinado a conferir segurança jurídica ao contencioso constitucional.

É inequívoco que a arguição de descumprimento não pode substituir ordinariamente qualquer recurso cabível de decisão judicial com a qual a parte não concorde. Contudo, há hipóteses em que os interesses em jogo transcendem o interesse próprio das partes, além de versar sobre princípios caros ao modelo constitucional adotado em 1988. Em situações extremas, o tempo de resposta normal dos órgãos jurisdicionais normalmente envolvidos no devido processo pode dar azo ao desequilíbrio social ou econômico ou a consequências no plano das relações internacionais. Nesse contexto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental estende o devido processo legal ao Supremo Tribunal Federal, de modo a permitir que a Corte adote provimento baseado na Constituição que corrija, em tempo hábil, a situação comprovadamente lesiva.

Os dados constantes nos autos indicam a presença dessa situação extrema. Como se lê na manifestação juntada pela Presidência da República à fls. 3.965-4.007, a OMC fixara o prazo de 17-12-2008 para que o Brasil desse cumprimento às decisões daquela entidade quanto aos pneus reformados. Robustece o senso de urgência a natureza dos interesses em jogo, do livre exercício de atividade econômica, ponderado pelo direito ao meio ambiente equilibrado. Em todo o caso, seja para salvaguardar o interesse econômico e social subjacente à manutenção das atividades empresariais, seja para proteger os requisitos mínimos à manutenção da vida, justifica-se a resolução da demanda, de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, conheço desta arguição de descumprimento de direito fundamental.

Mérito

Considero consistentes os seguintes argumentos que fundamentam a constitucionalidade da proibição, há os seguintes argumentos:

a) Há indícios de que as empresas de reforma de pneus não estão observando as normas de compensação ambiental (proporção de pneus produzidos-importados por pneus destruídos – intervenção do Ibama);

b) São expressivos os danos diretos causados ao meio ambiente pelo refugo, devido à inexistência de método eficaz para lidar com os resíduos (que não podem ser completamente reciclados ou transformados). Isso leva à necessidade de diminuir a quantidade do material em território nacional.

c) Empilhamento e descarte descontrolados dos pneus aumentam a proliferação de vetores de doenças (dengue, *e.g.*).

d) Risco de aplicação de sanções no campo das relações internacionais, pela desobediência à OMC. Alguns defensores da importação de carcaças usadas argumentam que a proibição da OMC se refere apenas aos pneus remoldados (pneus usados que passaram por processo específico de industrialização), e não ao material utilizado como matéria-prima para produzir pneus (as carcaças inservíveis). Contudo, a restrição da OMC parece ser abrangente, pois é difícil divisar conceptualmente o pneu usado do material inservível, remanescente de pneus usados, como matéria-prima para a indústria (ambos são materiais que poderiam ser reindustrializados por diferentes técnicas).

Qualquer espécie de ponderação de princípios não pode resultar em consequência perniciosa severamente maior do que o evento lesivo que se está a controlar. Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais.

Não parece ser desproporcional ou não razoável política ambiental e econômica que tenha por foco a destinação do produto inservível produzido no território nacional. Se o refugo atinge mesmo cerca de 30% do material importado, conforme argumentado, há fundada dúvida sobre os riscos que o acúmulo de tais detritos poderá causar. Ao que se afigura no quadro, um dos pontos importantes é saber se a medida adotada não irá causar distúrbios de concorrência, como se lê nas entrelinhas de algumas manifestações.

Ainda assim, entendo que o risco de danos ao meio ambiente, aparentemente justificado, deve prevalecer sobre o interesse econômico, que pode ser compensado de outras formas.

Ante o exposto, **adiro à proposta da eminente ministra-relatora** e julgo **parcialmente procedente** esta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhor presidente, esse tema é relevantíssimo, sem nenhuma dúvida. Tenho algumas notas soltas, sempre na linha do voto da eminente relatora e dos ministros que seguiram Sua Excelência.

Os pneus de veículos automotores, por definição, são artefatos antiecológicos. Sem nenhuma dúvida, eles podem ser considerados um algarismo certo na coluna do déficit ambiental. Creio não haver nenhuma dúvida quanto a isso.

De outra parte, só para lembrar o caráter altamente danoso ao meio ambiente, resultante da proliferação dos pneus em si depois da sua utilização e, no caso, mediante a sua importação de países outros para a remoldagem no Brasil, os pneus não são biodegradáveis, ou seja, não podem ser destruídos por um agente biológico – por bactérias, por exemplo – ou suscetíveis de decomposição por microorganismos; ocupam, depois de usados, um espaço físico considerável; entram em combustão com facilidade. Poluem os rios, os lagos, correntes de água e se tornam vetores de doenças transmissíveis por insetos, a partir da dengue, tão temida entre nós. Os remoldados têm metade da vida útil dos pneus novos; tornam-se mais rapidamente, por consequência, um passivo ambiental. E se eles aqui, para nós, significam importação de um bem passível de reciclagem industrial, para os países de origem eles não passam de um lixo ambiental que se exporta, fazendo do Brasil uma espécie de quintal do mundo, com graves danos a bens jurídicos a partir da saúde, que a Constituição brasileira qualifica como de primeira grandeza.

Digo um pouco mais, senhor presidente: a Constituição brasileira, que abriu um capítulo próprio para o meio ambiente, não é constituída de palavras ocas, de palavras vazias. A proteção do meio ambiente como bem de uso comum do povo e direito de todos se inscreve imediatamente num contexto de preservação da saúde pública, de uma vida saudável, daí por que está dito no art. 225, literalmente, que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)". Ou seja, uma vida caracterizada pela salubridade, pela higiene; uma vida saudável. O que é sadio, evidentemente, é o que é bom para a saúde.

E a Constituição diz mais: "(...) impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo" – ou seja, de defender o meio ambiente – "e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ainda nesse contexto, é preciso lembrar que o meio ambiente se tornou tão importante para os ordenamentos jurídicos, matéria de preocupação invariável de todos os ordenamentos jurídicos, que ganhou a dimensão de tema planetário. Se há alguns temas planetários, certamente podemos falar da democracia, da ética, de todas as quebras de preconceitos e da preservação de meio ambiente. O meio ambiente passou de fato a se inserir nas preocupações do mundo, como condição de sustentabilidade do planeta, a se impor à própria liberdade de comércio.

No voto da eminente relatora, também enxerguei o seguinte: ali, onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público.

Há princípios constitucionais em jogo e o fato é que determinados princípios, como esse da precaução, têm um conteúdo mínimo significante para acima de qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável. E aplicar esses mínimos dos princípios é reconhecer a eles o que Konrad Hesse chama de força ativa. Os princípios são normas também, não apenas os preceitos. Claro que eles têm um certo conteúdo histórico-cultural e carreiam na sua interpretação elementos de subjetividade, mas vamos chamar de "subjetiva mínima", que não nos impede de transitar por esse fio de navalha que é o nosso permanente desafio de homenagear a segurança jurídica, sem deixar de realizar a justiça material. Sabido que a justiça material não se confina à filosofia; é uma categoria de direito positivo e na Constituição está expressamente grafada no preâmbulo da nossa Carta. Tanto a segurança como a justiça estão ali expressamente qualificadas, as duas: justiça – e aí a justiça como valor – e segurança como valores supremos. Diz a Constituição – e esse adjetivo "supremos", valores supremos de uma sociedade: "(...) de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

Exatamente no âmbito do constitucionalismo fraternal, que é o constitucionalismo altruísta de que falam os italianos, é que se põe a preservação do meio ambiente como categoria jurídico-positiva.

Com essas breves palavras, senhor presidente, acompanho a eminente relatora.

Apenas para tranquilizar minha consciência, ministra, retomando a inquietação do ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência também está proibindo a importação de pneus provindos do próprio Mercosul?

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Na verdade, senhor ministro, como esclareci ao ministro Lewandowski, como no pedido não estão expressamente aquelas normas, o que se tem aqui é que, como busquei expor em minha conclusão, é inconstitucionalidade de toda e qualquer interpretação que se queira atribuir, incluídas as que são buscadas como alternativas àquelas escancaradamente contrárias à Constituição.

O sr. ministro Carlos Britto: Com o que Vossa Excelência não derrapou no seu belíssimo voto sobre a importação de pneus.

Muito obrigado, senhor presidente.

Acompanho a eminente relatora.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, ainda anteriormente, no exercício da Presidência, fui relatora de dois agravos regimentais em suspensão de tutela antecipada, com os números 118 e 171, e requeiro a juntada das razões que então fiz sentir ao Plenário.[1]

Hoje, apenas com os encômios devidos, quero acompanhar integralmente o voto proferido pela eminente relatora para também julgar parcialmente

procedente o pedido formulado e verificar que, conforme bem demonstrou Sua Excelência, o complexo de normas submetido ao crivo desta Suprema Corte está em plena harmonia com a Constituição Federal e reflete legítimo esforço do Poder Executivo Federal em implementar políticas sociais e econômicas de efetiva proteção aos direitos, conferidos à atual e às futuras gerações de brasileiros, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dever expressamente imposto ao poder público pela Carta Magna em seus arts. 196 e 225.

Por outro lado, conforme ressaltei no julgamento plenário das já citadas STA 118 e 171, ocorrido em 12-12-2007, os atos normativos ora em exame não impedem o livre exercício da atividade econômica aqui envolvida, qual seja, a industrialização de pneus remoldados. Não há dúvida de que esse tipo de empreendimento figura-se como verdadeiro aliado nos esforços por um adequado reaproveitamento de resíduos extremamente problemáticos no que diz respeito ao seu manejo e destinação. O que não se admite é o acolhimento de pretensão que busque, a todo custo, pôr por terra todo o mecanismo de proteção sanitária, ambiental e econômica vigente no ordenamento jurídico pátrio em nome da possibilidade de obtenção de uma matéria-prima estrangeira economicamente mais vantajosa, porém extremamente prejudicial a alguns dos mais caros interesses nacionais.

Não obstante as restritas concessões feitas pelo Governo brasileiro no âmbito do Mercosul, a confirmação definitiva, nesta Suprema Corte, da plena compatibilidade dos atos normativos ora impugnados com a Carta Magna ainda teria o condão de evitar que importantes compromissos internacionais firmados pelo Brasil perante a Organização Mundial do Comércio venham a ser seriamente comprometidos pela temerária proliferação de decisões judiciais liminares, prolatadas por diversos órgãos judiciários do País, que autorizaram a importação de toneladas de pneus usados, principalmente advindos da Comunidade Europeia, para a utilização na indústria local de remoldagem.

Por último, não me sensibilizam os argumentos, trazidos a destempo como se fossem fatos novos, que buscam afastar as preocupações com o aumento do passivo ambiental no território brasileiro por meio da demonstração de que empresas estrangeiras estariam importando pneus inservíveis do Brasil.

A avaliação do impacto desse alegado escoamento frente ao descarte anual, ocorrido no País, de mais de quarenta milhões de unidades de pneumáticos deverá ser feita pelas autoridades administrativas competentes e não pelo Supremo Tribunal Federal ou qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Essa atividade de exportação de parcela de pneus inservíveis, embora seja muito bem-vinda, não parece ser remédio instantâneo para o colossal problema sanitário-ambiental hoje enfrentado pelo Brasil e que motivou, na implementação de políticas públicas de defesa a direitos de terceira geração insculpidos na Constituição Federal, a gênese das normas ora contestadas.

Por essas razões, senhor presidente, **julgo procedente** o pedido formulado, com a única ressalva, também fixada pela eminente ministra Cármen Lúcia, de

que somente escapariam aos efeitos de uma eventual decisão prolatada nesse sentido os provimentos judiciais transitados em julgado com teor já executado e objeto completamente exaurido, nos quais não estão compreendidas, por óbvio, as decisões que, embora estejam sob o manto da coisa julgada, possuam conteúdo em aberto ou pretendam valer de forma ilimitada para o futuro.

É como voto.

---

[1] VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. A decisão agravada não merece reforma, devendo ser mantida pelos próprios fundamentos.

O que se leva em conta no pedido de suspensão de tutela antecipada é se estão demonstradas as graves lesões previstas na Lei 8.437/1992, art. 4º.

2. Conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29-5-1996; SS 1.272-AgR/RJ, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 18-5-2001; entre outros), permite-se o proferimento de um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.

No caso em exame, ao deferir a medida, entendi estar objetivamente comprovada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, tendo em conta a proibição geral de importação de bens de consumo ou matéria-prima usada, bem como a ocorrência de grave lesão ao manifesto e inafastável interesse público decorrente da efetiva possibilidade, no caso, de danos irreparáveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde.

3. Nesse aspecto, destaco da decisão agravada (fls. 158-160):

> No presente caso, verifico que o acórdão proferido pela Primeira Turma Suplementar nos autos do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 2006.04.00.004730-4, ao assegurar, em favor da empresa interessada, a expedição de licenças de importação de pneumáticos para serem aplicadas como matéria-prima para a fabricação de pneus remoldados, viola a ordem pública, aqui entendida em termos de ordem administrativa, porquanto, à exceção do período compreendido entre as Portarias Decex 1/92 e 18/92, desde a edição da Portaria Decex 8, de 13-5-1991, não se permite a importação de bens de consumo usados.
>
> 4. É de se observar que a proibição geral de importação de bens de consumo ou de matéria-prima usada vigorou até a Edição da Portaria Secex 2/2002, posteriormente consolidada na Portaria Secex 17/2003 e, mais recentemente, na Portaria Secex 35/2006, que adequou a legislação nacional à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul para reiterar a proibição, à exceção da importação de pneumáticos recauchutados e usados remoldados originários de países integrantes do Mercosul.
>
> Destaco, por oportuno, que esta Corte teve a oportunidade de declarar a constitucionalidade da proibição de importação de bens usados, contida na Portaria Decex 8, de 13-5-1991, quando do julgamento do RE 203.954, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 7-2-1997, diante das atribuições de fiscalização e controle do comércio exterior conferidas pelo art. 237 da Constituição Federal ao Ministério da Fazenda.
>
> 5. Ademais, também considero relevante, diante do contido no art. 225, *caput*, da Constituição da República, a possibilidade, no caso, de danos irreparáveis ao meio ambiente, o que configura manifesto e inafastável interesse público, bem como vulneração à ordem pública.

4. Destaco, ainda, que o debate que se desenvolve na origem transpõe os interesses circunscritos à atividade de determinado setor da economia (fls. 41-110), adquirindo dimensão maior diante do problema global de gestão e tratamento dos pneumáticos usados (classificados em termos ambientais como resíduos sólidos), com manifesto e inafastável interesse público decorrente da efetiva possibilidade, no caso, de danos irreparáveis à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal).

Tudo porque o exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como sua finalidade legítima e amparado pelo ordenamento jurídico, deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, notadamente com os fundamentos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, com especial ênfase para a proteção à saúde e ao meio ambiente.

Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.540-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 3-2-2006, reafirmou que a preservação do meio ambiente goza de regime de proteção especial, decorrente de sua própria expressão constitucional, enquanto direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.

Nesse aspecto, destaco excerto da ementa:

> 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.

5. No caso dos autos, a agravante dedica-se à importação de pneus usados para sua mantenedora, a empresa BS *Colway* Remoldagem de Pneus Ltda. e para empresas reformadoras de pneus associadas da Abip e ABR (fl. 49).

A agravante sustenta a necessidade de importação de carcaças de pneumáticos usados para utilizá-los como matéria-prima no processo de remoldagem[i] (fls. 169/174).

6. De acordo com os dados informados pela Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos (Anip), verifico que no ano de 2006 a indústria nacional produziu 54,5 milhões de novas unidades de pneumáticos[ii], ou 72,75% dos pneumáticos vendidos no Brasil, conforme dados apresentados pela própria agravante (fl. 204).

Destes, pelo menos 40 milhões são descartados anualmente, segundo dados contidos no sítio do Ministério do Meio Ambiente[iii] na internet, sendo que, desse total, aproximadamente 30% são considerados aptos ao processo de reaproveitamento[iv].

---

[i] O processo de remoldagem, segundo nota Técnica DQUAL/DIPAC 83/2000 do Inmetro, consiste em reconstituir o pneu usado a partir da substituição da banda de rodagem, dos ombros e de toda a superfície de seus flancos.

[ii] Disponível no sítio da Associação Brasileira da Indústria de Pneus (Anip): http://www.anip.corn.br/, acessado em 27-11-2007.

[iii] Pneu*s. Problema ambiental e de saúde pública*. Disponível no sítio do Ministério do Meio Ambiente: http://www.mma.gov.br/sqa/prorisc/index.cfm?submenu=10, capítulo 2. Acessado em 27-11-2007.

[iv] Conforme elementos descritos na Segunda Petição do Brasil perante a Organização Mundial do Comércio. 11-8-2006, p. 40, item 116. Disponível no sítio do Ministério das Relações Exteriores: http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgcf/Traducao%20%20Brazil%27s%20SWS.doc%20-%20revisada.doc. Acessado em 27-11-2007.

A esse expressivo passivo ambiental brasileiro produzido anualmente soma-se, ainda, a importação, *sub judice*, de 7,5 milhões de pneus usados em 2004. A importação nessas condições atingiu, no ano de 2005, o volume de 10,5 milhões de pneus usados (a agravante informa a importação de R$ 7,157 milhões de unidades usadas em 2006, fl. 204). Destes, 30% já chegam ao território nacional na condição de inservível, de acordo com informação da Associação Brasileira de Pneus Remoldados (ABIP), divulgada pelo Ministério do Meio Ambiente[v].

Significa dizer que apenas no ano de 2005 a importação de pneus usados representou uma transferência desnecessária para o território brasileiro de mais de 3 milhões (ou aproximadamente 15 toneladas[vi]) de pneumáticos inservíveis provenientes, em sua quase totalidade, da Comunidade Europeia.[16]

Todo esse passivo ambiental ingressa no território brasileiro sem que o País, assim como nenhuma outra nação no mundo, disponha de tecnologia ou método de destinação final ambientalmente segura, eficaz e econômica[vii] (fl. 11). Isso porque todos os processos tecnológicos disponíveis não promovem a decomposição desses resíduos, mas tão somente sua transformação ou eliminação mediante processo de incineração[viii], este com graves impactos à saúde e ao meio ambiente, por gerar enormes quantidades de partículas contendo substâncias altamente tóxicas e mutagênicas[ix].

7. Cumpre esclarecer, por oportuno, que para reduzir o volume de resíduos de pneumáticos em território brasileiro, o poder público adotou programas de reaproveitamento ambientalmente sustentável[x] para os pneumáticos produzidos no Brasil e, por conseguinte, o controle e a redução de resíduos sólidos perigosos à saúde humana e ao meio ambiente.

Assim, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, cuja competência está definida no art. 8º da Lei 6.938/1981) editou a Resolução 258/1999.

A referida resolução obriga as empresas fabricantes e importadoras de pneumáticos novos ou reformados[xi] a coletarem (Responsabilidade Estendida do Produtor – REP) e conferirem destinação ambientalmente adequada àqueles pneumáticos inservíveis, assim compreendidos os pneumáticos que não mais possam ser aproveitados no processo de remoldagem (fls. 152-154).

---

[v] Pneu*s: Problema ambiental e de saúde pública*. Disponível no sítio do Ministério do Meio Ambiente: http://www.mma.gov.br/sqa/prorisc/index.cfin?submenu= lº, capítulo 3. Acessado em 27-11-2007.

[vi] Considerando-se, para fins de mera quantificação, que o peso unitário de um pneumático para veículo de passeio é de 5 kg, nos termos da alínea c do art. 4º da Resolução Conama 8, de 15-5-2002.

[vii] Pneu*s: Problema ambiental e de saúde pública*. Disponível no sítio do Ministério do Meio Ambiente: http://www.mma.gov.br/sqa/prorisc/mdex.cfm?submenu=10, capítulos 4 e 5. Acessado em 27-11-2007.

[viii] Conforme elementos descritos na Segunda Petição do Brasil perante a Organização Mundial do Comércio. 11-8-2006, p. 14/34, itens 39 a 99. Disponível no sítio do Ministério das Relações Exteriores: http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/Traducao%20%20Brazil%27s%20SWS.doc%20-%20revisada.doc. Acessado em 27-11-2007.

[ix] Air *Emissions from Scrap Tire Combustion*. Outubro de 1997. *United States Environmental Protection Agency*. Disponível no sítio. http://www.epa.gov/ttn/catc/dir1/tire_eng.pdf. Acessado em 27-11-2007.

[x] A expressão "ambientalmente sustentável" deve ser compreendida, do ponto de vista da hermenêutica jurídica, como "utilização sustentável dos recursos ambientais", transpondo a tradicional visão econômica desenvolvimentista para aplicar uma visão multidimensional, necessária na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido: AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização*: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: RT, 2005. p. 112.

[xi] Definidos pelo Inmetro por meio de sua nota Técnica DQUAL/DIPAC 83/2000, como o "pneu reconstituído a partir de um pneu usado, onde se repõe uma nova banda de rodagem, podendo incluir a renovação da superfície externa lateral (flancos), abrangendo os seguintes métodos e processos: recapagem, recauchutagem e remoldagem" (fl. 244).

Conclui-se, por essas razões, que a importação de carcaças de pneumáticos usados, além de representar o incremento desnecessário aos pneumáticos já disponíveis em território brasileiro, interfere gravemente nos programas desenvolvidos pelo poder público para a redução e o controle desses resíduos sólidos, o que ensejou a posterior inserção, pela Resolução Conama 301/2003, do art. 12-A à Resolução Conama 258/1999:

> Art. 12-A As regras desta Resolução aplicar-se-ão também aos pneus usados, de qualquer natureza, que ingressarem em território nacional por força de decisão judicial.

8. Essa interferência acarreta grave risco ao meio ambiente equilibrado e à saúde pública, tendo em vista a não redução das quantidades de pneumáticos nacionais, com sua consequente acumulação em pilhas e descarte ilegal, via de regra, em aterros sanitários, mar, rios ou riachos, ou mesmo queimados a céu aberto, com graves impactos à saúde e ao meio ambiente.

Ademais, por sua própria forma e estrutura características, os pneumáticos são reconhecidamente fontes de proliferação e disseminação de vetores que, dadas as condições ideais do clima tropical brasileiro, favorecem o desenvolvimento e a dispersão de muitas doenças graves, dentre as quais destaco a febre amarela, a malária e a dengue.

A dengue, segundo informações recentes publicadas pelo Ministério da Saúde[xii], intercala em território nacional situação de epidemias com endemias, representando grave lesão para a saúde da população em geral, bem como significativos prejuízos para o conjunto da economia e da sociedade.

9. Ressalto que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação ao exercício da atividade econômica de industrialização de pneus remoldados.

Pelo contrário. Todos os esforços legislativos e do Poder Executivo demonstram sério intento em promover o setor nacional de reaproveitamento dos resíduos de pneumáticos, evitando a geração desnecessária de resíduos adicionais ao passivo ambiental brasileiro, com graves consequências à saúde e ao meio ambiente.

Nesse contexto, o princípio do desenvolvimento sustentável, conforme já salientado por esta Suprema Corte no julgamento da ADI 3.540-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 3-2-2006, "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 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".

10. Finalmente, saliento que, por ter o pedido de suspensão a específica finalidade de evitar a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não cabe aqui aprofundar todas as questões trazidas pela agravante quanto à constitucionalidade formal e material do conjunto de normas em vigor (principalmente de ordem ambiental e de comércio exterior) que proíbe a importação de pneus usados. O acerto dessa conclusão é reforçado pela constatação de que tramitam no Supremo Tribunal Federal, atualmente, seis processos de controle concentrado de constitucionalidade nos quais se busca discutir essa matéria.

Nas ADI 3.241 e 3.938, ambas de relatoria do eminente ministro Carlos Britto, propostas, respectivamente, pelo Partido da Frente Liberal, atual Democratas, e pelo governador do Estado do Paraná, impugna-se o art. 47-A do Decreto Presidencial 3.179, de 21-9-1999, que "dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente", cuja atual redação origina-se da edição dos Decretos 3.919, de 14-9-2001, e 4.592, de 11-2-2003.

No processo mais recente citado (ADI 3.938), são contestados, especificamente, o *caput* e o § 1º do art. 47-A daquele decreto federal, os quais preveem a aplicação de multa de R$ 400,00 por unidade de pneu usado ou reformado que venha a ser importado ou, depois, comercializado, transportado, armazenado, guardado ou mantido em depósito.[xiii]

[xii] Ministério da Saúde. Programa Nacional de Combate à Dengue. Boletim atualizado de 6-9-2007. Disponível no sítio do Ministério da Saúde: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/dengue_0210.pdf, acessado em 27-11-2007.

[xiii] Decreto 3.179, de 21-9-1999, Capítulo II – Das sanções aplicáveis às infrações cometidas contra o meio ambiente, Seção III – Das sanções aplicáveis à poluição e a outras infrações ambientais,

Já na ADI 3.241, ataca-se apenas o § 2º do art. 47-A do Decreto Presidencial 3.179/1999, que, abrindo exceção à regra geral proibitiva quanto à importação de pneus usados ou reformados, determina a isenção do pagamento de multa caso sejam esses produtos provenientes dos Estados Partes do Mercosul, conforme previsto no Acordo de Complementação Econômica 18.[xiv]

O terceiro feito, a ADI 3.939, é de relatoria da eminente ministra Cármen Lúcia e foi ajuizada pelo governador do Estado do Paraná em face do *caput* do art. 41 da Portaria 35, de 24-11-2006, da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que impede, expressamente, o deferimento de licença, por parte daquela Secretaria, para a importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, a menos que sejam originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul.[xv]

Outro processo é a ADI 3.947, relatora a ministra Cármen Lúcia, que também foi proposta pelo governador do Estado do Paraná, desta vez em face da parte final do *caput* do art. 4º da Resolução 23, de 12-12-1996, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).[xvi] Tal dispositivo classifica os pneumáticos usados como resíduos inertes – classe III, proibindo, contudo, a sua importação.

O quinto processo é a ADI 3.801, de relatoria do ministro Celso de Mello, na qual o procurador-geral da República contesta a competência legislativa do Estado do Rio Grande do Sul para editar norma que proíbe a comercialização de pneus usados importados no território daquela unidade federada (Lei 12.114, de 5-7-2004, com as modificações introduzidas pelas Leis 12.182, de 17-12-2004, e 12.381, de 28-11-2005, todas do Estado do Rio Grande do Sul).[xvii]

---

art. 47-A, *caput* e § 1º:

"Importar pneu usado ou reformado:

Multa de R$ 400,00 (quatrocentos reais), por unidade.

§ lº Incorre na mesma pena, quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições."

[xiv] Decreto 3.179, de 21-9-1999, art. 47-A, §2º:

"Ficam isentas do pagamento da multa a que se refere este artigo as importações de pneumáticos reformados classificados nas NCM 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 e 4012.1900, procedentes dos Estados Partes do Mercosul, ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18."

[xv] Portaria SECEX 35, de 24-11-2006, Capítulo VI- Importações de material usado, art. 41, *caput*:

"Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados. seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n.18."

[xvi] Resolução Conama 23, de 12-12-1996, art. 4º:

"Os Resíduos Inertes – Classe III não estão sujeitos a restrições de importação, à exceção dos pneumáticos usados cuja importação é proibida.

Parágrafo único. O Conama poderá ampliar a relação de Resíduos Inertes – Classe III sujeitos a restrição de importação."

[xvii] Lei 12.114, de 5-7-2004, do Estado do Rio Grande do Sul:

"Art. 1º Fica proibida a comercialização de pneus usados importados no Estado do Rio Grande do Sul.

Parágrafo único. Considera-se pneu usado importado para os fins desta Lei:

I – a simples carcaça de pneu usado proveniente de qualquer outro país:

II – a carcaça de pneu usado reformada, mediante recauchutagem, remoldagem ou recapagem realizada no exterior, e importada nessa condição;

III – a carcaça de pneu usado proveniente de qualquer outro país e reformada em território nacional, mediante quaisquer dos processos industriais indicados no inciso anterior.

§ 1º Considera-se pneu usado importado para os fins desta Lei:

I – a simples carcaça de pneu usado proveniente de qualquer outro país;

II – a carcaça de pneu usado reformada, mediante recauchutagem, remoldagem ou recapagem realizada no exterior, e importada nessa condição;

Por último, há a ADPF 101, proposta pelo senhor presidente da República e de relatoria da eminente ministra Cármen Lúcia, na qual é buscada, na defesa do preceito fundamental do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, arts. 196 e 225), a declaração de constitucionalidade e de legalidade de todo o complexo normativo que restringe a entrada no território brasileiro de pneus usados e a suspensão da eficácia de todas as decisões judiciais proferidas no País que, contrariamente, autorizaram a importação desses produtos.

Registro que todos esses feitos estão com sua tramitação em curso, não tendo havido ainda, em nenhum deles, a prolatação de qualquer provimento, seja cautelar, seja de mérito.

11. Ante todo o exposto, **nego provimento** ao agravo.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, a maioria está formada e o Supremo, apreciando essa ação excepcionalíssima, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a pressupor a inexistência de remédio jurídico para afastar uma certa ameaça de lesão a direito, salva a Mãe Terra: proíbe a importação de carcaças de pneus. E temos com isso preservado o meio ambiente e preservada também a saúde.

Para mim, presidente, no campo fático, é um ledo engano. Ledo engano porque haverá – a menos que voltemos à época das cavernas, à roda de madeira –, de qualquer forma, a produção de pneus pelas multinacionais no território nacional, afastada até mesmo uma concorrência que, a meu ver, é salutar no que a recauchutagem acaba por implicar a colocação de produtos no mercado que são mais acessíveis especialmente aos menos afortunados.

Mas, presidente, tenho que no caso não cabe concluir, considerada a importação, a liberdade de mercado – e acredito muito na liberdade de mercado –, pelo descumprimento de preceito fundamental. E por que não cabe? Porque ainda está em vigor, no Brasil, um princípio que é muito caro às sociedades que se digam democráticas – o princípio da legalidade, segundo o qual "Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". É jurisprudência reiterada que, toda vez que a Carta se refere a lei, refere-se a diploma no sentido material e formal; a lei emanada do Poder Legislativo, levando-se em conta até mesmo o princípio da separação de poderes.

III – a carcaça de pneu usado proveniente de qualquer outro país e reformada em território nacional, mediante quaisquer dos processos industriais indicados no inciso anterior.

§ 2º Fica permitida:

I – a importação da simples carcaça de pneu usado, desde que as empresas importadoras comprovem que procederam à coleta no território nacional e à destruição de forma ambientalmente adequada, de 1 (um) pneu usado existente no território nacional para cada carcaça de pneu usado a ser importada;

II – a importação de carcaça de pneu reformado, mediante recauchutagem, remoldagem ou recapagem, realizada no exterior, desde que as empresas importadoras comprovem que procederam à coleta no território nacional e à destruição. de forma ambientalmente adequada, de 10 (dez) pneus usados existentes no território nacional para cada carcaça de pneu usado a ser importada.

§ 3º As empresas reformadoras de pneus terão o direito de importar uma carcaça de pneu usado, para cada pneu usado ou reformado exportado, com isenção da obrigação da contrapartida ambiental de que trata o inciso I do § 2º deste artigo.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Senhor presidente, se formos ao título "Da Ordem Econômica e Financeira", veremos que há de ser observado, sempre, um princípio: o da livre concorrência.

O parágrafo único do art. 170 preceitua que:

> É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Não conheço diploma com essa envergadura, passível de ser enquadrado como lei, que proíba a importação das carcaças que são transformadas no Brasil – e as fábricas eram pelo menos inúmeras – em pneus a serem utilizados e a serem colocados por um preço, como disse, mais acessível do que o normalmente cobrado pelas produtoras de pneus novos. Inexiste lei que, no caso, proíba a livre concorrência – que parece muito temida pelos fabricantes de pneus.

Há mais, presidente: se formos à seção alusiva à saúde, veremos – e voltarei ao meio ambiente – que:

> Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei [mais uma vez a homenagem ao princípio da legalidade]:
> I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (...);

Na parte alusiva ao meio ambiente, volta-se à remessa a lei no que são lançados parâmetros objetivando preservar o meio ambiente e salvar – como disse, e parece que, encerrado este julgamento, estará salva – a Mãe Terra.

O inciso IV do art. 225 preceitua ser possível ao poder público:

> IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará prioridade (...);

E o § 2º desse artigo revela que:

> § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (...).

Existem cautelas a serem tomadas, levando-se em conta a utilização do pneu recauchutado e a imprestabilidade da carcaça para uma nova remodelagem. Essas providências cabem aos órgãos fiscalizadores. As próprias empresas têm programa voltado ao emprego dessas mesmas carcaças inservíveis, inclusive sendo utilizadas para asfaltamento de vias públicas.

O que não posso, presidente – colocando em segundo plano a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal, e o princípio da legalidade –, é dizer que responsável pela transgressão, pela deterioração do meio ambiente, é a importação dessas carcaças; carcaças que não são importadas para que cheguem

simplesmente ao lixo como se o Brasil fosse um grande depósito dos países desenvolvidos. São importadas para se ter uma valia, que é a remodelagem e a colocação de produto concorrendo – repito – com as multinacionais no mercado a um preço mais acessível.

Presidente, não posso desconhecer essas premissas, não posso desconhecer, principalmente, o princípio da legalidade e arvorar-me aqui, em Congresso Nacional, editando a lei reclamada pela Carta da República para que realmente alguém seja tido como proibido de importar um certo produto destinado à utilidade, ao uso do povo brasileiro.

Peço vênia à relatora para julgar improcedente o pedido formulado.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: A controvérsia submetida a esta Corte refere-se à legitimidade e à constitucionalidade de importação de pneus usados de qualquer espécie (inservíveis ou reformáveis), para uso como matéria-prima ou como bem final de consumo no mercado nacional, em face de expressa vedação por determinados atos normativos federais, que consubstanciariam as garantias constitucionais do direito à saúde (art. 196) e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), indicados na petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental como representativos do preceito fundamental violado.

Segundo o arguente, há controvérsia judicial sobre a aplicação do preceito fundamental indicado. A prova da lesão ao referido preceito se materializaria em inúmeras decisões judiciais que têm sido proferidas, sobretudo no âmbito da Justiça Federal comum, em contrariedade a Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), a Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), a Decretos Federais e à Convenção de Basileia (Decreto 875/1993), que concretizariam o direito à saúde (art. 196, CF/1988) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/1988).

Ao permitirem a importação de pneus usados de qualquer espécie, tais decisões contrariariam atos normativos federais do poder público e a Constituição e configurariam grande risco ao meio ambiente e à saúde pública.

Em relação ao meio ambiente, o arguente destaca que um enorme passivo ambiental é gerado pelo acúmulo de pneus usados de qualquer espécie no País, na medida em que não existe destinação ambientalmente adequada dos resíduos decorrentes do descarte dos pneumáticos, de difícil eliminação e conhecida toxicidade, com graves riscos ao meio ambiente.

Em relação à saúde pública, o arguente destaca que a importação de pneus usados de qualquer espécie está relacionada à formação de vetores de diversas doenças e que a inadequada eliminação desses bens no meio ambiente libera gases tóxicos e cancerígenos, de notória nocividade aos seres humanos.

Os principais argumentos para a não proibição de importação de pneus usados, trazidos pelos *amici curiae* que defendem tal posicionamento, referem-se, em síntese, ao seguinte: ofensa à liberdade de iniciativa e de livre comércio, ofensa à isonomia, ofensa ao princípio da legalidade, inexistência de dano ambiental e compatibilidade da atividade com a preservação ambiental e com a saúde pública (desenvolvimento sustentável).

Além disso, a petição inicial destaca a relevância da controvérsia em âmbito internacional, alçada sua discussão tanto no Tribunal Arbitral do Mercosul (que permitiu ao Uruguai exportar tais bens ao Brasil), quanto na Organização Mundial do Comércio (em que o Brasil não sofreu reprimenda exigida pela Comunidade Europeia, sob a condição de demonstrar, em um determinado tempo, a adoção de normas brasileiras uniformes e eficazes neste setor comercial).

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental pleiteia o reconhecimento de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição) com base em três grupos de pedidos:

1) declaração de inconstitucionalidade das decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados de qualquer espécie, inclusive daquelas já transitadas em julgado;

2) declaração de inconstitucionalidade da interpretação judicial utilizada para viabilizar a importação de pneus usados de qualquer espécie, com efeito *ex tunc*, a incidir inclusive sobre ações judiciais transitadas em julgado;

3) declaração de constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria Decex 8, de 14-5-1991; do Decreto 875, de 19-7-1993, que ratificou a Convenção da Basileia; do art. 4º da Resolução 23, de 12-12-1996; do art. 1º da Resolução Conama 235, de 7-1-1998; do art. 1º da Portaria Secex 8, de 25-9-2000; do art. 1º da Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002; do art. 47-A no Decreto 3.179, de 21-9-1999, e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592, de 11-2-2003; do art. 39 da Portaria Secex 17, de 1º-12-2003; e do art. 40 da Portaria Secex 14, de 17-11-2004, com efeito *ex tunc*.

Em 27-6-2008, realizou-se audiência pública nesta Corte, para permitir que se manifestassem a sociedade civil, as partes e os especialistas previamente indicados, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 9.882/1999.

Na condição de presidente desta Corte, prestei informações à relatora do presente processo, em 27-8-2008, acerca de diversos precedentes relacionados ao tema da legitimidade e constitucionalidade da importação de pneus usados de quaisquer espécies registrados no Supremo Tribunal Federal.

À época, ressaltei dois grandes grupos de precedentes. O primeiro se relacionava aos processos que tratavam do tema, mas que já teriam trânsito em julgado (RE 411.318/CE, AI 245.552/CE, RE 219.426/CE, RE 203.954/CE), inclusive no sentido de ser ilegítima a proibição da importação de bem de consumo usado prevista pela Portaria Decex 8/1991. O segundo grupo se relacionava

aos processos que tratavam do tema, mas que não teriam trânsito em julgado (ADPF 101, ADI 3.939-3/DF, ADI 3.801-0/RS, ADI 3.947-4/PR, RE 569.223/RJ, RE 194.666/PE, STA 214-0/PA, SS 697-9/PE, STA 118-6/RJ, STA 171-6/RJ).

Na forma da jurisprudência desta Corte, que se apreende inclusive a partir dos precedentes acima evidenciados, vê-se que a importação de pneus usados de qualquer espécie, a despeito de estar expressamente materializada em diversos atos normativos federais, consubstancia questão constitucional relevante, por envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo do direito à saúde (art. 196), do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e do direito à liberdade de iniciativa (art. 170).

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Contrapõem-se no presente processo distintos direitos fundamentais. De um lado, a invocação de típicos direitos fundamentais de defesa, que asseguram a liberdade individual de livre iniciativa e comércio (art. 170), para imposição de um dever de abstenção do Estado na esfera de liberdade individual do indivíduo, contendo disposições definidoras de uma competência negativa do poder público (*negative Kompetenzbestimmung*).

De outro lado, aponta-se uma dupla fundamentação. Em primeiro lugar, destacam-se direitos fundamentais, na condição de prestações positivas, para a execução de medidas que garantam a saúde pública (art. 196) e que exigem que o Estado aja, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade e para a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, mediante políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, trata-se não de uma liberdade em face do Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch...*).

Invoca-se, ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para a consecução de uma sadia qualidade de vida, que se concretiza a partir de um dever de proteção incumbido tanto à coletividade, quanto ao poder público. O meio ambiente, na condição de um bem ou valor constitucionalmente relevante, é assegurado de forma expressa no art. 225 da Constituição.

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos arts. 196 e 225 da Constituição, que, inevitavelmente, envolve também a consideração do art. 170. Dessa forma, há implicação de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade quanto às distintas posições interpretativas adotadas em atos judiciais e atos normativos federais.

A questão transcende ao interesse das autoridades nacionais aduaneiras e ao do setor econômico responsável pela importação de pneus usados de qualquer espécie, afetando de forma difusa e irrestrita toda a sociedade, seja em relação à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, seja em relação à definição de uma política externa comercial brasileira pautada em normas jurídicas eficazes.

Assim, evidencia-se a utilidade da solução da controvérsia por meio da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Como ressaltei na discussão preliminar deste julgamento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – conforme já foi observado certa feita pelo ministro Pertence – é uma esfinge que pouco a pouco vai sendo desvelada, desvendada pelo Tribunal na sua construtiva jurisprudência.

Já firmamos o entendimento de que os direitos fundamentais rimam com a ideia de preceitos fundamentais e de que outros direitos fundamentais compõem a nossa ordem constitucional, sem necessariamente estarem topograficamente estabelecidos no art. 5º da Constituição.

Da constitucionalidade da proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie

Passo a tratar, inicialmente, da questão relativa à constitucionalidade dos atos normativos que determinam a proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie.

É certo que a referida controvérsia envolve a interpretação das determinações constitucionais relacionadas à preservação do meio ambiente, à saúde pública e à liberdade de iniciativa e de livre comércio. A simples leitura dos dispositivos constitucionais destacados já demonstra a necessidade de sua consideração. Eis o teor dos dispositivos constitucionais invocados, no que aqui interessa:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...)
>
> V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)
>
> (...)
>
> 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I – soberania nacional;

> (...)
> IV – livre concorrência;
> (...)
> VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela EC 42, de 19-12-2003).
> (...)
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O tema da garantia da preservação ambiental e da saúde pública é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, no *caput* do art. 225 e nos incisos do seu parágrafo único, afirma-se o direito dos cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como meio de fruição de uma sadia qualidade de vida, bem como se destaca o dever do poder público de efetivar meios objetivos para consecução de tal fim. Entre os variados meios, aponta-se o controle da produção, da comercialização e do emprego de métodos, técnicas e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente.

Na inicial, alega-se que a comercialização de pneus usados de qualquer espécie envolve riscos para o meio ambiente e para a sadia qualidade de vida, na medida em que o grande volume importado desses bens para produção gera um passivo ambiental extremamente preocupante e não há método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados pelos pneumáticos usados de qualquer espécie. Assim, diante do risco conhecido de nocividade dos resíduos desses bens, que não recebem adequado descarte no meio ambiente, o controle da produção, em termos de proibição de importação, seria medida conforme à determinação constitucional.

Ao mesmo tempo, o art. 196 da Constituição trata a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Nos termos da inicial, a proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie se enquadraria como política socioeconômica voltada à redução de risco de doença e outros agravos, na medida em que o número excessivo de pneus consubstancia um aumento efetivo de vetores de doenças e sua eliminação inadequada no meio ambiente gera a liberação de diversas substâncias tóxicas e cancerígenas.

Sabe-se que o direito à saúde é considerado um direito fundamental na Constituição brasileira. Esse sentido também é apreendido, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil se tornou signatário e que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 24 de abril de 1992. Segundo o art. 12, 2(b) do referido Pacto, entre as medidas que os Estados-Partes do Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluem-se as que se façam necessárias **para assegurar a melhoria de todos os aspectos** de higiene do trabalho **e do meio ambiente**.

Nesses termos, apreende-se que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um cofator ou dimensão que potencializa a fruição do direito à saúde e à execução de políticas públicas sanitárias. A efetividade de um direito é dependente, em certa medida, da efetividade do outro direito.

Além disso, a interpretação do art. 170 da Constituição evidencia que o direito fundamental à livre iniciativa e ao livre comércio não é absoluto, mas deve guardar compatibilidade com a defesa do meio ambiente. Tal como outras Constituições brasileiras anteriores, a Constituição de 1988 consagra a técnica de estabelecimento de restrição a diferentes direitos individuais.

Em relação à garantia de liberdade de livre iniciativa e livre comércio, o texto constitucional impõe, diretamente, na própria definição dos princípios da ordem econômica, um limite expresso de defesa do meio ambiente ao exercício daquela liberdade. Ressalte-se que a EC 42/2003 buscou explicitar melhor a questão, ao dar nova redação ao inciso VI do art. 170, que passou a ter o seguinte teor: "defesa do meio ambiente, inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação."

Também o parágrafo único do art. 170 da Constituição aponta para a possibilidade de restrições legais ao livre exercício de qualquer atividade econômica. Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.

Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a explicitação de um limite constitucionalmente expresso ao exercício do direito individual assegurado de livre iniciativa e livre comércio.

Segundo o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo de determinados direitos.

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do poder público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais

resulta no dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra agressão ensejada por atos de terceiros.

Tal interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção alicerçado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Ubermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*. JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir determinada conduta;

b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

c) **Dever de evitar riscos** *(Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com objetivo de evitarem riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Nesse sentido de consideração conjunta de deveres de proibição, de segurança jurídica e de se evitar riscos é que deve ser analisada a presente controvérsia, em relação ao dever de proteção da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Subjacente a esses deveres constitucionais expressos está a ideia de um Estado ambientalmente sustentado. Segundo J. J. Gomes Canotilho, a ideia do Estado Democrático de Direito está fundada num conjunto de dimensões ou qualidades (Estado de Direito, Estado Constitucional, Estado Democrático, Estado Social), dentre as quais se destaca a de um **Estado Ambiental**.

Na Alemanha, por exemplo, evidencia-se a concepção de um Estado de direito do ambiente (*Umweltrechtstaat*), para ressaltar a responsabilidade das "exigências de os Estados e as comunidades políticas conformarem as suas políticas e estruturas organizatórias de forma ecologicamente autossustentada" e o "dever de adopção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa-Portugal: Gradiva, 1999, Cadernos Democráticos, v. 7, p. 44).

Nesse sentido, Canotilho assevera a configuração contemporânea de um **Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada**, que explicita horizontes de releitura e competição de perspectivas individualistas, publicistas, associativas e globalistas de consideração do meio ambiente de forma concorrente e aponta para uma percepção integrativa do ambiente e para um agir integrativo da administração (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). *Estudos de direito constitucional*: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 102).

A Constituição da República Portuguesa, por exemplo, dispõe em seu art. 66 sobre o meio ambiente, de forma semelhante ao art. 225 da Constituição Brasileira, ao impor tarefas à coletividade e ao poder público para a efetividade daquele direito, inclusive para prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos. Ao analisar o referido artigo, Canotilho afirma que "a defesa do ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de livre iniciativa econômica (art. 61) tem no direito ao ambiente um factor de numerosas restrições (localização de estabelecimentos, proibição ou limitação de efluentes e gases, requisitos quanto à composição de produtos, limitações ao uso da terra, etc.)." (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007, p. 846).

O art. 225 da Constituição, ao impor à coletividade e ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, apresenta um dever geral de prevenção dos riscos ambientais, na condição de uma ordem normativa objetiva de antecipação de futuros danos ambientais, que são apreendidos juridicamente pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos).

Também o art. 196 da Constituição, ao impor expressa determinação de execução de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, aponta para um dever geral de garantia da saúde.

Esse dever geral de prevenção ainda evidencia, conforme a doutrina de Rafaelle de Giorgi (GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 191-192), uma característica marcante da sociedade moderna, relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar, quanto de produzir indeterminações. Mas, como antes mencionado, a forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais.

As referidas *determinações constitucionais de evitar riscos* (*Risikopflicht*) são explicitadas no texto da Constituição (art. 196 e art. 225), o que autoriza o *Estado a atuar com objetivo de evitar riscos para o cidadão* em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção da saúde e do meio ambiente, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico, que resulta também da utilização de pneus usados de qualquer espécie.

Trago à tona as lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar, nessa dimensão de proteção, segundo o **princípio-responsabilidade**.

As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica. Como assevera Hans Jonas, "o *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto" (JONAS, Hans. *O princípio-responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 57.)

O *homo faber* ergue-se diante do *homo sapiens*. "O princípio da responsabilidade – ensina Hans Jonas – contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder" (JONAS, op. cit., p. 23).

É indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, em que se incluem a utilização de pneus e o seu posterior descarte, sejam regulados pelo Estado com base no princípio-responsabilidade, traduzido explicitamente pela Constituição nas noções de redução de riscos ambientais e sanitários.

Não se trata de criar obstáculos aos avanços do desenvolvimento econômico, cujos benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados debatedores na audiência pública realizada nesta ADPF 101 nos apresentam um futuro que se preocupa, de forma efetiva, com a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, atrelada a um desenvolvimento econômico sustentável.

A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. Nas felizes palavras de Hans Jonas: "O que vale a pena reter no caso da ciência

e da técnica, em especial depois da sua simbiose, é que se há uma história de êxito, essa é a história de ambas; um êxito contínuo, condicionado por uma lógica interna, e, portanto, prometendo seguir assim no futuro. Não creio que se possa dizer o mesmo de nenhum outro esforço humano que se alongue pelo tempo" (JONAS, op. cit., p. 271-272).

À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio-responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma espécie de humildade, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem. Como bem assevera Hans Jonas, "em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos, o próprio desconhecimento das consequências últimas é motivo para uma contenção responsável" (JONAS, op. cit, p. 63-64).

Ao princípio-esperança (Prinzip Hoffnung, de Ernst Bloch – BLOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto; 2005), portanto, contrapõe-se o princípio-responsabilidade (*Prinzip Verantwortung*, de Hans Jonas – JONAS, op. cit.).

Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do professor Peter Häberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o "princípio-responsabilidade" (Hans Jonas) como o "princípio-esperança" (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio* (HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México DF: Universidad Autónoma de México, 2001. p. 7).

Essa ideia do princípio-responsabilidade, por vezes, pode ser compreendida nos termos do princípio do desenvolvimento sustentável, reafirmado no julgamento da ADI 3.540-MC (rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 3-2-2006), em que se asseverou que a preservação do meio ambiente encontra um regime de proteção especial na Constituição, decorrente da própria relevância do bem jurídico protegido, consagrado no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que deve ser harmonizado com os princípios da ordem econômica.

Assim, atos normativos estatais que exijam a destinação ambientalmente adequada no descarte de determinado número de pneus usados, como condição à importação de pneus novos, a exemplo da Resolução Conama 258/1999, estão em conformidade com a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) e estão inseridos no âmbito normativo dos arts. 170, VI, art. 196 e art. 225 da Constituição.

Em sentido semelhante, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama (Resoluções 267/2000 e 364/2003), por exemplo, vem gradativamente regulando a comercialização da substância clorofluorcarbono (CFC) – gás usado no sistema de refrigeração de geladeiras e freezers antigos – e da substância herbicida brometo de metila, duas das principais substâncias que destroem a camada de ozônio, em cumprimento aos deveres do Brasil no Protocolo de Montreal (1987) e em conformidade com a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/1981).

Ao mesmo tempo, o inciso V do § 1º do art. 225 da Constituição determina, de forma expressa, a possibilidade de o poder público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à saúde (qualidade de vida) e ao meio ambiente. A noção de controle de produção e de comercialização é integrada pela possibilidade ou não de importação de um determinado bem, como os pneus usados de qualquer espécie.

No julgamento da ADI 2.656/SP (rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-8-2003), por exemplo, ainda que a discussão se referisse a vício de iniciativa legislativa, fixou-se o entendimento no sentido de que a questão do uso do amianto, que evidencia nítida controvérsia de interesse nacional (a exemplo da presente questão), tinha legítima e cogente possibilidade de regulamentação geral federal, por se tratar de tema de proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Nesse sentido, a legislação federal existente restringia a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte de determinadas espécies de amianto.

Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a STA 118-AgR (rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 29-2-2008), negou provimento a agravo regimental da empresa recorrente, que buscava obter licenças de importação de carcaças de pneumáticos usados (matéria-prima utilizada em processo de industrialização de pneus reformados). Fixou-se o entendimento, naquele caso, de que o debate ali travado transcendia os interesses econômicos do setor, adquirindo dimensão maior em face do problema global de gestão de tratamento dos pneumáticos usados (resíduos sólidos), ressaltando-se, no ponto, que o exercício da atividade empresarial deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, diante do manifesto interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Semelhante entendimento foi perfilhado no julgamento da STA 171-AgR (rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 29-2-2008).

O grau de nocividade, a falta de método atualmente eficiente de controle da eliminação das substâncias nocivas à saúde e ao meio ambiente (constatação de descumprimento reiterado da Resolução Conama 258/1999), a proliferação potencial de vetores de doenças e outros agravos e o aumento do passivo ambiental de material inservível de difícil decomposição são elementos que constituem a formação do convencimento jurídico acerca do conhecimento científico existente sobre a potencialidade dos danos ambientais decorrentes do descarte irregular dos pneus usados.

Segundo estudo realizado no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que "os pneus são resíduos de difícil eliminação. Não são biodegradáveis e seu volume torna o transporte e o armazenamento complicados. Apesar de não serem considerados perigosos, sua queima libera substâncias tóxicas e cancerígenas, como dioxinas e furanos. Quando jogados em rios e arroios e até nas cidades, os pneus obstruem a passagem da água e podem causar alargamentos e transtornos à população. Além disso, servem de criatório para mosquitos transmissores de doenças tropicais. As milhares de carcaças abandonadas no Brasil são uma das principais causas da proliferação

da dengue" (GOLDENSTEIN, Marcelo et al. Panorama da indústria de pneus no Brasil. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, n. 25, 2007, p. 107-130).

Numa análise macroestrutural, a dificuldade de destinação ambientalmente adequada dos pneus usados de qualquer espécie tem incentivado os países desenvolvidos a exportá-los para países em desenvolvimento, por preços de venda muito baixos em relação aos custos de descarte adequado nos seus territórios. De acordo com a Secretaria de Comércio Exterior (Secex), o preço médio praticado nas operações de importação de pneus usados foi de US$ 0,76 por unidade em 2004, US$ 1,04 em 2005, US$ 1,68 em 2006 (GOLDENSTEIN, Marcelo et al., op. cit., p. 121). Isso fez acirrar no Brasil uma competição entre o mercado de produtores de pneus novos e o de produtores de pneus reformados.

Nesse sentido, também se podem apreender os interesses comerciais contidos na controvérsia ocorrida no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), em que a Comunidade Europeia exigia a reprimenda e eventual liberação do mercado brasileiro para a destinação de um grande número de pneus usados de qualquer espécie, tendo em vista que esta opção comercial era autorizada somente ao Uruguai (por decisão arbitral no âmbito do Mercosul), quase como uma barreira não tarifária.

Entretanto, o que se revela aí é a possibilidade de o Brasil vir a ser compelido, contra seu interesse público nacional na esfera comercial mundial (art. 170, I, CF/1988), a receber um grande passivo ambiental de pneus usados de qualquer espécie, a que certamente terá que providenciar destinação ambientalmente adequada em curto espaço de tempo, método este que hoje se revela de difícil implantação, conforme afirmações do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e do Ministério Público Federal.

Ressalte-se, ainda, a enorme controvérsia judicial existente em relação à proporção numérica de recolhimento e destinação ambientalmente adequada de pneus inservíveis em razão da importação de pneumáticos, prevista na Resolução Conama 258/1999, instaurada por fabricantes multinacionais. Tramita na Justiça Federal do Distrito Federal, desde 2005, uma ação ajuizada por fabricantes multinacionais (Ação 2005.34.00.0022604-1 – JF/DF), com liminar vigente, que desautoriza as referidas empresas fabricantes de pneumáticos novos ao cumprimento das metas estipuladas e compromete de forma concreta o meio ambiente e a saúde pública.

Dessa forma, constata-se que a possibilidade de importação aumentará, de forma concreta, o número de pneus usados de qualquer espécie no País. Por outro lado, há sérias dúvidas quanto à capacidade do poder público e das empresas do ramo de pneus usados de qualquer espécie em conferir destinação ambientalmente adequada àqueles, em curto, médio e longo prazo.

Os atos normativos federais aqui discutidos não proíbem, contudo, a comercialização dos pneus usados de qualquer espécie, oriundos do mercado nacional. A principal alegação econômica dos interessados no processo de

importação seria a baixa qualidade dos pneus usados de origem nacional em relação aos pneus usados importados.

Contudo, apreende-se que, em tese, não se inviabiliza a atividade comercial das empresas de reforma de pneus usados, mas restringe-se sua liberdade de livre iniciativa de importação ilimitada daqueles bens, em razão da proteção e da defesa da saúde, do meio ambiente e, em última instância, da soberania nacional junto à OMC. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral da República.

De qualquer forma, entendo que a edição das resoluções do Conama tem respaldo legal e constitucional. O art. 225, *caput*, parágrafo primeiro e inciso V, da Constituição, densifica um dever geral de proteção, fundado em possíveis deveres de proibição (*Verbotspflicht*), de segurança jurídica (*Sicherheitspflicht*) e de evitar riscos (*Risikopflicht*).

A Lei 6.938/1981 prevê como princípio da Política Nacional do Meio Ambiente a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º, I). Prevê-se, ainda, como objetivo daquela política, a busca da compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I).

Ao Conama competem funções de ordem consultiva e deliberativa, como órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Em sua função deliberativa, cumpre-lhe dispor, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art. 6º, II). Compete-lhe, ainda, estabelecer, mediante proposta do Ibama, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 8º, I); estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos (art. 8º, VII).

Dessa forma, a Lei 6.938/1981 autoriza a competência deliberativa e regulamentar de edição das resoluções do Conama em discussão, para fixação de normas e critérios relativos ao licenciamento, ao controle de atividades econômicas e à manutenção da qualidade do meio ambiente.

Ao mesmo tempo, a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos perigosos e seu Depósito foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial 875, de 19 de julho de 1993, anteriormente aprovado pelo Decreto legislativo 34, de 16 de junho de 1992.

O Decreto 875/1993 refere-se ao controle de resíduos perigosos e outros resíduos, conforme se apreende do preâmbulo e dos dispositivos da Convenção como um todo. A Resolução Conama 23/1996 regulamentou o referido decreto e, em seu art. 4º, dispõe sobre a classificação dos pneumáticos usados como Resíduos Inertes (Classe III) e sobre a sua restrição à importação, a despeito de não ser classificado como resíduo perigoso. A Resolução Conama 235/1998, ao

alterar a Resolução 23/1996, manteve a classificação e a proibição contidas no art. 4º, em relação aos pneumáticos usados.

Entretanto, a própria Convenção evidencia em seus diversos dispositivos que ela se aplica tanto a resíduos perigosos, **como a outros resíduos**. Assim, entende-se que a restrição imposta na Resolução Conama 23/1996 (art. 4º) está em consonância com a referida Convenção, inclusive quanto à possibilidade de se exercer o direito de proibição de importação de resíduos perigosos e outros resíduos (art. 4º, 1, *a* e preâmbulo).

É interessante notar que o preâmbulo da Convenção de Basileia apresenta, expressamente, as premissas sobre as quais as resoluções do Conama se materializam, seja em relação à necessidade de redução máxima de resíduos perigosos e outros resíduos no território nacional, seja em relação ao direito soberano dos países de proibição de importação de resíduos perigosos ou outros resíduos, ou, ainda, em relação à possibilidade de importação condicionada à comprovação prévia de possibilidade de destinação ambientalmente adequada de resíduos.

Também nesse sentido, entendo que as denominadas Portarias Secex e Decex, a despeito de eventual inconsistência de nomenclatura destes atos normativos federais, regulamentam a Convenção de Basileia no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e estão em conformidade com os preceitos constitucionais invocados na ADPF 101, para restringir a importação de pneus usados de qualquer espécie.

O art. 27 da Portaria Decex 8/1991 determinava a proibição de importação de bens de consumo usados. A Portaria Secex 8, de 25-9-2000 determinava a proibição de licença para importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4.012ª da NCM.

A Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002 (art. 1º) ajustou o ordenamento jurídico ao resultado da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* na controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil sobre a proibição de importação de pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai, proferida em conformidade com o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul, a fim de permitir importações oriundas daquele país.

A Portaria Secex 8/2000 foi revogada pela Portaria Secex 17, de 1º-12-2003 (art. 39), mantendo a proibição, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados partes do Mercosul, ao amparo do Acordo de Complementação Econômica 18. A Portaria Secex 14, de 17-11-2004 (art. 40) manteve a proibição, *ipsis litteris*, contida na Portaria Secex 17/2003.

De forma geral, as referidas portarias dispuseram sobre a proibição de licença para importação de pneus usados de qualquer espécie, em conformidade com a Convenção de Basileia, com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e com a Constituição Federal.

Por fim, o Decreto 3.179, de 21-9-1999 (art. 47-A) acresceu à lei de crimes ambientais (Lei 9.605/1998) a penalidade de multa à importação de pneu usado ou reformado. O Decreto 4.592, de 11-2-2003 acresceu um parágrafo ao Decreto 3.179/1999 apenas para ajustá-los à decisão arbitral no âmbito do Mercosul. Os referidos decretos são constitucionais, pois, ao regulamentarem a lei de crimes ambientais (Lei 9.605/1998), apenas implementaram sanção para o cumprimento da proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvados os oriundos do Uruguai.

Portanto, constata-se a constitucionalidade do conjunto de atos normativos federais que regulamentaram a proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie, inexistindo ofensa ao princípio da livre iniciativa e do livre comércio (art. 170, IV, CF/1988).

Da inconstitucionalidade das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados e da interpretação judicial utilizada para viabilizar a importação

A confirmação da constitucionalidade dos atos normativos federais que regulamentam a proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie, como legítima restrição ao princípio da livre iniciativa e do livre comércio, para se conformar ao princípio constitucional da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde pública, implica a análise da constitucionalidade das decisões judiciais que tecem interpretações em sentido oposto.

A decisão ora proferida por esta Corte permite o fortalecimento, pelos órgãos federais, de uma política pública integrativa da administração, no sentido de adoção de níveis adequados de proteção da saúde pública e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Permite, ainda, a confirmação, perante os organismos internacionais, de compromisso do País com os princípios de boa convivência política e socioeconômica com outros países.

Consta no pedido da arguição de descumprimento de preceito fundamental a declaração de constitucionalidade dos atos normativos federais, com eficácia *ex tunc*, para alcançar, inclusive, decisões transitadas em julgado.

Diviso aqui minha análise em dois momentos.

Primeiramente, em razão do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, como é o caso da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, deve prevalecer a interpretação constitucional de proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie, sob pena de violação aos preceitos fundamentais consubstanciados no direito à saúde e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, as decisões judiciais não transitadas em julgado, que tenham dado interpretação divergente ao aqui exposto, deverão se conformar com a decisão aqui proferida, nos termos do art. 102, § 1º e § 2º, da Constituição, e do art. 10, *caput* e § 3º, da Lei 9.882/1999.

Em segundo lugar, passo a analisar a possibilidade de os efeitos desta decisão alcançarem decisões que eventualmente já estejam sob os efeitos da coisa julgada, no sentido de permitir a importação de pneus usados de qualquer espécie num determinado momento.

A declaração de constitucionalidade no presente caso tem efeitos *ex tunc*, pois reforça a presunção de constitucionalidade e de legitimidade dos atos normativos estatais analisados, desde que criados e que, considerados à luz da constituição, proíbem a importação de pneus usados.

Isto não implica, contudo, o deferimento de parte do pedido da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, referente ao pleito de que se retroaja no tempo para reformar decisões judiciais já transitadas em julgado, com fundamento de relativização da coisa julgada derivada de uma possível interpretação judicial inconstitucional.

Não se trata nem de abolir a garantia constitucional da coisa julgada, nem de torná-la absoluta temporalmente. Por um imperativo de segurança jurídica e de máxima efetividade constitucional, deve-se prestigiar, no presente caso, uma interpretação balizada pelos vetores hermenêuticos da concordância prática e da eficácia integradora da Constituição. Isso porque o problema a ser aqui enfrentado não se refere à existência de uma coisa julgada, mas ao alcance de seus efeitos, para que se preserve a eficácia circunscrita ao âmbito específico de um caso já transitado em julgado.

Assim, a solução desta questão perpassa a consideração de que os efeitos da coisa julgada, quanto à autorização judicial de operações de importação de pneus em um determinado processo judicial transitado em julgado, prevalecem tão somente para aquela determinada operação de importação relacionada a determinados bens e realizada num determinado momento.

Dessa forma, aplica-se ao caso, de forma analógica, o entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte na Súmula 239, também considerado na doutrina que trata da peculiaridade do alcance da coisa julgada em matéria tributária, de que se preserva a coisa julgada em relação à determinada operação temporalmente identificada, mas não necessariamente a todas as outras possíveis operações futuras de importação de pneus, que podem vir a ser reguladas de forma distinta, diante de eventual modificação da orientação jurídica segura sobre a matéria, em que se assenta a legitimidade e conformidade de uma exclusiva interpretação constitucional como adequada.

Mutatis mutandis, a resolução da questão assemelha-se também à discussão de inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico (*v.g.,* RE 540.819-AgR/PR, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 22-5-2009; RE 593.711-AgR/PE, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 17-3-2009; RE 563.965/RN, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* de 20-3-2009; AI 609.997-AgR/DF, rel. min. César Peluso, *DJ* de 12-3-2009), ante o entendimento de que não se pode alegar, eternamente, direito adquirido a uma determinada forma de regulação estatal de operações de

importação (de pneus), que podem mudam conforme as diretrizes político-jurídicas do Estado brasileiro.

Assim, ressaltam-se no presente caso apenas os limites objetivos da coisa julgada em casos judiciais transitados em julgado, referentes à autorização de importação de pneus, de forma a compatibilizá-los com a declaração de constitucionalidade *ex tunc* proferida na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Sobre a possibilidade de importação de pneus remoldados oriundos do Uruguai e dos países integrantes do Mercosul

Na petição inicial desta arguição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 38-40), a Advocacia-Geral da União afirma não haver qualquer óbice jurídico ou político em âmbito internacional, em relação à continuidade do cumprimento do Laudo Arbitral proferido pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul, que permitiu ao Uruguai a exportação ao Brasil de pneus usados classificados como remoldados.

A Advocacia-Geral da União alega que, embora discorde do resultado do litígio havido entre o Brasil e o Uruguai à época, o Estado brasileiro deve cumprir a referida decisão, por estar submetido à jurisdição dos órgãos decisórios do Mercosul. Afirma, ainda, que a exceção permitida aos países integrantes do Mercosul para exportação ao Brasil, em suposto detrimento da relação comercial com outros países, não se afiguraria como uma barreira não tarifária (como pretendia a União Europeia), pois o Mercosul seria considerado uma União Aduaneira, em conformidade com as normas de direito internacional (artigo XXIV do GATT). Ademais, o fluxo de importação de pneus usados já remoldados daquele país (Uruguai) não seria significativo, em termos de impactos ambientais e sanitários, em comparação com a possibilidade de importação de todos os demais países não integrantes do Mercosul.

A Advocacia-Geral da União ressalta, ainda, que "o fato de o Brasil – por força de decisão do tribunal arbitral, ao qual aderiu, submetendo-se à sua jurisdição –, ter sido obrigado a permitir a importação de pneus remoldados dos países do Mercosul não pode conferir aos importadores o direito de importar [sic] pneus usados de outros países para serem utilizados como matéria-prima, sob a alegação de isonomia".

Não consta, assim, item algum do pedido desta arguição de descumprimento de preceito fundamental para manifestação acerca da constitucionalidade do referido Laudo Arbitral, em relação aos preceitos fundamentais tidos por violados.

Contudo, diante da controvérsia em âmbito internacional, ocorrida perante a Organização Mundial do Comércio (em que o Brasil não sofreu reprimenda exigida pela Comunidade Europeia, sob a condição de demonstrar, em um determinado tempo, a adoção de normas brasileiras uniformes e eficazes neste setor comercial), cumpre esclarecer aqui algumas questões.

No relatório do referido Laudo Arbitral consta que o objeto da controvérsia com o Uruguai referiu-se tão somente à importação de pneus remoldados

à época (Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) – Procedentes do Uruguai). Quer dizer, a decisão permitiu a importação apenas de pneus que já passaram por processo de reforma em território uruguaio e que ingressariam em território nacional como produto reciclado.

Por conseguinte, a referida decisão, ao que se apreende, em nada obstaria a determinação brasileira de proibição de importação de pneus reformados por processos de recauchutagem ou recapagem, ou de pneus usados (carcaças).

Ademais, da análise da fundamentação do Laudo Arbitral proferido pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul à época, apreende-se, de um lado, que os fundamentos decisivos consistiram no princípio de *estoppel* (teoria do ato próprio) e na proibição do *venire contra factum proprium*. De outro lado, constata-se a inexistência de debate acerca de fundamentos relacionados à defesa do meio ambiente e da saúde pública (fundamentos decisivos na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Assim, como se esperava, tanto a controvérsia havida no âmbito do Mercosul como a da Organização Mundial do Comércio tratam da questão da possibilidade de importação de pneus usados sob a ótica das relações comerciais em âmbito internacional.

Não há dúvida sobre a legitimidade de submissão do Brasil às decisões do Tribunal *ad hoc* do Mercosul à época, diante da adesão firmada pelo Estado brasileiro ao tratado que o criou, em consonância com a previsão constitucional de busca de integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único, CF/1988).

A assimilação do Tratado do Mercosul pelo ordenamento jurídico brasileiro implica o fato de que as disposições apontadas pelo Mercosul são diretrizes para políticas e legislações no âmbito nacional, sobretudo em termos de política econômica e comercial.

Todavia, no caso da República Federativa do Brasil, o filtro interpretativo central de assimilação das diretrizes do Mercosul é a Constituição Federal. Assim, só se podem compreender as diretrizes do Mercosul e as decisões impositivas por ele declaradas à luz da Constituição.

O que se quer ressaltar com isso é que também as decisões do âmbito do Mercosul, a despeito de se valerem, como no presente caso, demasiadamente de fundamentos de ordem econômica e comercial, não podem descurar dos preceitos fundamentais da Constituição consubstanciados no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atividade de importação há que se compatibilizar, no seio da ordem econômica, ao princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI, CF/1988).

Assim, se, à época da controvérsia no âmbito do Mercosul, pairavam dúvidas quanto à eficácia da política pública governamental declarada e

regulamentada em âmbito infraconstitucional, no sentido de reduzir ao máximo o passivo ambiental decorrente do acúmulo de resíduos de pneus usados no território nacional, a presente decisão consolida e esclarece, de forma efetiva, a constituição atual da questão controvertida, em relação também à garantia do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O que se está aqui a afirmar hoje é a incompatibilidade da importação livre de pneus usados de qualquer espécie, em descompasso com os preceitos fundamentais consubstanciados no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A decisão desta Corte esclarece a necessária compatibilização daquela política econômica e comercial com as políticas ambientais e sanitárias que fundamentam a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesses termos, entendo que se estabelecem fundamentos constitucionais consistentes de proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie, com demonstração inconteste, no âmbito internacional, da eficácia plena desta decisão, da força normativa da Constituição brasileira e da efetividade jurídica dos atos normativos federais que regulamentam a matéria.

CONCLUSÃO

Assim, pelas razões expostas, concluo meu voto no sentido da *procedência parcial do pedido* da arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais consubstanciados no direito à saúde (art. 196) e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), para, acompanhando os termos do voto da ministra relatora, **declarar a constitucionalidade (1) de todo o conjunto de normas federais invocadas** (art. 27, da Portaria Decex 8, de 14-5-1991; do Decreto 875, de 19-7-1993, que ratificou a Convenção da Basileia; do art. 4º, da Resolução 23, de 12-12-1996; do art. 1º, da Resolução Conama 235, de 7-1-1998; do art. 1º, da Portaria Secex 8, de 25-9-2000; do art. 1º da Portaria Secex 2, de 8-3-2002; do art. 47-A do Decreto 3.179, de 21-9-1999, e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592, de 11-2-2003; do art. 39, da Portaria Secex 17, de 1º-12-2003; e do art. 40, da Portaria Secex 14, de 17-11-2004) e **(2) da interpretação que proíbe a importação de pneus usados de qualquer espécie**, com efeitos *ex tunc*, preservando-se os efeitos da coisa julgada aos seus limites objetivos, conforme destacado na fundamentação deste voto.

EXTRATO DA ATA

ADPF 101/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União). Interessados: Presidente do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, juízes federais das 2ª, 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 11ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 18ª, 20ª, 22ª, 24ª, 28ª e 29ª Varas Federais da Seção Judiciária do Rio de

Janeiro, juiz federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, juiz federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, juiz federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, juízes federais das 2ª, 4ª, 6ª e 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Paraná, juiz federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, juiz federal da Vara Federal Ambiental de Curitiba, Pneus Hauer do Brasil Ltda. (Advogado: Ricardo Alípio da Costa), Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP (Advogado: Maurício Corrêa), Associação Nacional da Indústria de Pneumático – ANIP (Advogado: Aldir Guimarães Passarinho), Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda. (Advogado: Emanuel Roberto de Nora Serra), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama (Advogado: Andréa Vulcanis), Tal Remodelagem de Pneus Ltda. (Advogado: Almir Rodrigues Sudan), BS Colway Pneus Ltda. (Advogado: Almir Rodrigues Sudan), Conectas Direitos Humanos (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Justiça Global (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação de Proteção do Meio Ambiente de CiaNorte – Apromac (Advogada: Eloisa Machado de Almeida), Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR (Advogados: Renato Romeu Renck e outros), Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL (Advogado: Otto Glasner), Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda. (Advogado: Marcos José Santos Meira), Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. (Advogado: Ítaro Sarabanda Walker).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da relatora, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Votou o presidente, ministro Gilmar Mendes. Ausentes, neste julgamento, o ministro Cezar Peluso e, licenciado, 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. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 24 de junho de 2009 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 255 — RS

Relator: O sr. ministro Ilmar Galvão

Relator para o acórdão: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Requerente: Procurador-geral da República — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso X do art. 7º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Bens do Estado. Terras dos extintos aldeamentos indígenas. Violação dos arts. 20, I e XI, 22, *caput* e I, e 231 da Constituição Federal. Interpretação conforme. Extinção ocorrida antes do advento da Constituição de 1891. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reconheceu que as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes da Constituição de 1891, por haverem perdido o caráter de bens destinados a uso especial, passaram à categoria de terras devolutas.

II – Uma vez reconhecidos como terras devolutas, por força do art. 64 da Constituição de 1891, os aldeamentos extintos transferiram-se ao domínio dos Estados.

III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado, a fim de que a sua aplicação fique adstrita aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição da primeira Constituição Republicana.

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, julgar parcialmente procedente a ação direta, nos termos do voto do relator, contra o voto do ministro Joaquim Barbosa. Não participaram da votação os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o ministro Ayres Britto.

Brasília, 16 de março de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ilmar Galvão: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo procurador-geral da República, tendo por objeto o inciso X do art. 7º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

Art. 7º São bens do Estado:
(...)
X – As terras dos extintos aldeamentos indígenas.

Alega o requerente que o dispositivo atacado atenta contra o disposto no art. 20, I, da Carta da República, bem como viola o princípio federativo.

A Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, em suas informações (fls. 28-31), defende a constitucionalidade do inciso impugnado, transcrevendo parecer parlamentar exarado quando da elaboração do texto constitucional estadual.

O advogado-geral da União, no exercício da atribuição do § 3º do art. 103 da Constituição Federal, manifestou-se pela constitucionalidade do inciso X do art. 7º da Carta gaúcha.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer de seu ilustre titular, professor Geraldo Brindeiro, opinou pela procedência da presente ação direta.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ilmar Galvão (relator): Está correto o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, ao consignar que, de conformidade com o art. 231 da Constituição Federal, pertencem à União "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais deverá demarcar, proteger e preservar (...)".

No presente caso, entretanto, estão em jogo não propriamente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas "as terras dos extintos aldeamentos indígenas", as quais a Constituição gaúcha, no art. 6º, IX – atual art. 7º, X (fl. 48) –, declarou serem bens do Estado.

Trata-se de dispositivo que, por isso, há de ser interpretado em consonância com a norma do art. 1º, *h*, do Decreto-Lei 9.760, de 5-9-1946, que inclui entre os bens imóveis da União "os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares".

Do mesmo modo, com o art. 21 da Lei 6.001, de 19-12-1973 (Estatuto do Índio), segundo o qual "as terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal, reverterão (...) à posse e domínio da União".

Observe-se que a reversão, aí, deve ser entendida tão somente em relação *à posse das terras*, que a Carta de 1934, no art. 129, e a de 1937, no art. 154, asseguraram aos silvícolas; e não ao domínio que a CF/1967, no art. 4º, IV – anterior, pois, à lei cujo dispositivo se transcreveu – incluiu entre os bens da União.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, já reconheceu que somente as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes do advento de nossa primeira Constituição republicana, em 1891, por haverem perdido o caráter de bens afetados a um uso especial, passando à categoria de terras devolutas, como tal, transferiram-se ao domínio dos Estados, por efeito da norma do art. 64 do referido texto básico (cf. entre outros, o RE 212.251, rel. min. Ilmar Galvão).

Assim sendo, o inciso X do art. 7º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul não é inconstitucional, se considerado em consonância com o entendimento acima exposto.

Meu voto, portanto, julga procedente apenas em parte a presente ação, para, assentando interpretação conforme à Constituição Federal, destacar que o referido dispositivo se refere, exclusivamente, aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de nossa primeira Carta republicana.

EXTRATO DA ATA

ADI 255/RS — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Após o voto do ministro Ilmar Galvão, relator, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para dar interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de que o dispositivo se refere exclusivamente aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição da Primeira Carta da República, pediu vista o ministro Nelson Jobim. Presidência do ministro Marco Aurélio.

Presidência do ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Procurador-geral da República, dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 27 de junho de 2002 — Luiz Tomimatsu, coordenador.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Nelson Jobim:

1. *A ação*

O *procurador-geral da República* ajuíza ação direta de inconstitucionalidade do inciso IX do art. 6º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, atual inciso X do art. 7º (fl. 48), por contrariedade ao inciso I do art. 20 da CF (fl. 2).

Eis o teor do dispositivo impugnado:

> Art. 7º São bens do Estado:
> (...)
> X – as terras dos extintos aldeamentos indígenas; [Fl. 48.]

A Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul defende a constitucionalidade do dispositivo impugnado (informações fls. 28/31).

O advogado-geral da União manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 35/40).

O procurador-geral da República ratificou os termos da inicial, para que seja declarado inconstitucional o inciso X do art. 7º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 43/47).

2. *O voto do relator*

Ilmar julgou procedente apenas em parte a presente ação, para, assentando interpretação conforme à Constituição Federal, destacar que o referido dispositivo se refere, exclusivamente, aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de Constituição Federal de 1891.

Eis o voto:

> Está correto o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, ao consignar que, de conformidade com o art. 231, da Constituição Federal, pertencem à União "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais deverá demarcar, proteger e preservar (...)".
>
> No presente caso, entretanto, estão em jogo não propriamente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas "as terras dos extintos aldeamentos indígenas", as quais a Constituição gaúcha, no art. 6º, IX – atual art. 7º, X (fl. 48) –, declarou serem bens do Estado.
>
> Trata-se de dispositivo que, por isso, há de ser interpretado em consonância com a norma do art. 1º, *h*, do Decreto-Lei 9.760, de 5-9-1946, que inclui entre os bens imóveis da União "os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares".
>
> Do mesmo modo, com o art. 21 da Lei 6.001, de 19-12-1973 (Estatuto do Índio), segundo o qual "as terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal, reverterão (...) à posse e domínio da União".
>
> Observe-se que a reversão, aí, deve ser entendida tão somente em relação *à posse das terras*, que a Carta de 1934, no art. 129, e a de 1937, no art. 154, asseguraram aos silvícolas; e não ao domínio que a CF/1967, no art. 4º, IV – anterior, pois, à lei cujo dispositivo se transcreveu – incluiu entre os bens da União.
>
> O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, já reconheceu que somente as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes do advento de nossa primeira Constituição republicana, em 1891, por haverem perdido o caráter de bens afetados a um uso especial, passando à categoria de terras devolutas, como tal, transferiram-se ao domínio dos Estados, por efeito da norma do art. 64 do referido texto básico (cf. entre outros, o RE 212.251, rel. min. Ilmar Galvão).
>
> Assim sendo, o inciso X do art. 7º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul não é inconstitucional, se considerado em consonância com o entendimento acima exposto.
>
> Meu voto, portanto, julga procedente apenas em parte a presente ação, para, assentando interpretação conforme à Constituição Federal, destacar que o referido dispositivo se refere, exclusivamente, aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de nossa primeira Carta republicana.

3. *Decisão*

O primeiro passo é fixar a questão.

O inciso X do art. 7º da Constituição gaúcha declara ser do Estado as "terras dos extintos aldeamentos indígenas".

Este é o objeto da ação.

Portanto, a discussão não é sobre "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", referidas no art. 231 da CF, mas as terras dos extintos aldeamentos.

O *Supremo* já se manifestou sobre essa questão.

O entendimento fixado foi o de que, até a Constituição de 1891, as terras devolutas passaram para os Estados, e a terras ocupadas pelos índios eram consideradas como tal.

Isso em razão da regra do art. 64 daquela Constituição.

Leio o dispositivo:

> Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Trago trecho do voto de *Marco Aurélio*, relator do RE 219.983, que bem sintetizou esse entendimento:

> a) a Constituição de 1891 revelava como do domínio da União a parte do território necessária à defesa nacional, cabendo aos Estados o que se situasse no respectivo âmbito. Eis o preceito:
>
> Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.
>
> Parágrafo único. Os parques nacionais, que não forem necessários para serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.
>
> b) a Constituição Federal de 1934 não trouxe alteração substancial a esse quadro. Eis os preceitos alusivos à espécie:
>
> Art. 20. São do domínio da União:
>
> I – os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor;
>
> II – os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;
>
> III – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.
>
> Art. 21. São do domínio dos Estados:
>
> I – os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

II – as margens dos rios e lagos navegáveis destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Relativamente às terras ocupadas pelos indígenas, previu-se:

Art. 129. Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Já aqui é dado notar atenção maior para a realidade, ou seja, para o fato de os silvícolas terem a posse das terras, nelas estando permanentemente localizados;

c) a Constituição Federal de 1937 dispôs:

Art. 36. São do domínio federal:

a) os bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor;

b) os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros;

c) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 37. São do domínio dos Estados:

a) os bens de propriedade destes, nos termos da legislação em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

b) as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Pouco antes da entrada, em vigor, da Carta de 1946, foi editado o Decreto-Lei 9.760/1946, evocado pela União. Por força de emenda constitucional, em face do regime de exceção vivido, acabou sendo alijado do cenário político pela Carta de 1946, isso no que veio a emprestar novo tratamento aos bens públicos de domínio da União;

d) sob a vigência da Constituição Federal de 1946, dispôs-se:

Art. 34. Incluem-se entre os bens da União:

I – os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

II – a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.

Art. 35. Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.

Nota-se que, até aqui, nada se dispôs, expressamente, sobre as terras ocupadas pelos indígenas;

e) a Constituição Federal de 1967 mostrou-se mais explícita, relativamente aos bens da União, e, agora sim, veio à balha preceito neles incluindo as terras ocupadas pelos silvícolas. De qualquer forma, mais uma vez considerou-se a ocupação, em si:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

I – a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais;

II – os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

III – a plataforma continental;

IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;
V – os que atualmente lhe pertencem; e
VI – o mar territorial.

Mediante o preceito do art. 5º, revelou-se incluírem-se entre os bens dos Estados e Territórios "os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior".

f) a Emenda Constitucional 1, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria, contemplando, tal como a Carta anterior, as terras ocupadas pelos silvícolas como sendo da União – arts. 4º e 5º.

O constituinte de 1988 mostrou-se preocupado com a situação dos indígenas. Nota-se a inserção, na Carta, de um capítulo sob o título "Dos Índios". Aí, previu-se:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ao mesmo tempo, fez-se inserir no art. 20 da Carta, definidor dos bens da União, não só a regra linear remissiva aos que, à época, lhe pertenciam e os que viessem a lhe ser atribuídos, como também "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" (incisos I e XI, que a União tem como vulnerados). A esta altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a "terras que tradicionalmente ocupam", é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versaram sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do art. 231, a ocupação, utilizando-se da expressão "as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens", veio, no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade:

> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse:

> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Seguindo-se na leitura dos diversos dispositivos do artigo, constata-se que, mediante o § 5º, vedou-se a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do País, após deliberação do

Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cessado o risco. Novamente, tem-se, na Carta, a demonstração inequívoca de se haver preservado situação concreta por ela apanhada. No penúltimo dos parágrafos do citado art. 231, apontou-se, como nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos praticados com o objetivo de ter-se a ocupação e domínio e a posse das terras referidas ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Mais do que isso, previu-se que a nulidade do ato praticado e a respectiva extinção não é capaz de gerar indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, se envolvidas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito.

Naquela oportunidade, acompanhei *Marco Aurélio.*

Fiz as seguintes observações:

(...) gostaria de fazer uma observação em relação ao voto do eminente relator, lembrando que tive oportunidade de me envolver enormemente nessa controvérsia sobre terra indígena quando ministro da Justiça, e essa tese da propriedade indígena, das terras imemoriais, começa numa conferência de João Mendes de Almeida sobre o indigenato. Ele cria, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 1967. Antes, a Constituição de 1934, que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu a propriedade. Tanto isso é verdade que todas as legislações posteriores a 1934, até mesmo legislações posteriores a 1891, a um decreto do presidente Washington Luís, estabelecem a necessidade do serviço de proteção aos índios, que veio a ser substituído depois pela Funai, de negociar com os Estados.

Há até um extraordinário parecer do professor Néri da Silveira, quando consultor jurídico do Estado do Rio Grande do Sul, sobre uma questão que surgiu naquele Estado envolvendo o governador Walter Jobim, em 1946, sobre o Toldo Nonoai, em que Sua Excelência examina longamente o problema.

Somente em 1967 o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse.

Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembleia Constituinte e repetida pelo ministro Moreira Alves, a chamada "posse imemorial". Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912. Por isso, quando se definiram as terras indígenas, no texto do art. 231 da Constituição

Federal, houve uma longa discussão – e aqui quero contar com a memória do eminente ministro Maurício Corrêa –, num trabalho imenso do senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas.

A terra indígena no Brasil, por força da definição do § 1º do art. 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

> Art. 231. (...)
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, (...).

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra "tradicionalmente" não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas sim da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

> (...) as utilizadas para suas atividades produtivas, (...).

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

> (...) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar (...).

E, por último:

> (...) e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A partir da composição desses quatro elementos, surgem, então, os dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena. Historicamente, no início do descobrimento – é evidente que todo o território nacional estava sob a posse indígena –, por força do direito de conquista, esse patrimônio todo passou às mãos da Coroa Portuguesa e depois evoluiu, chegando-se ao ponto, até mesmo, na Lei de Terras de 1850, Lei 610 – que Vossa Excelência conhece –, de estabelecer como terras devolutas, que pertenciam à Coroa. Com a Constituição de 1891, as terras devolutas todas passaram para os Estados, e as terras ocupadas pelos índios eram tratadas como tal. Depois foram desocupadas, algumas foram usucapidas, enfim, no processo de ocupação do território nacional, que foi mais agravado na década de 1940, pela política estabelecida pelo presidente Getúlio Vargas da ocupação do oeste brasileiro.

Com essas considerações, acompanho *Ilmar.*

Julgo parcialmente procedente a presente ação, para, assentando interpretação conforme à Constituição Federal, destacar que o referido dispositivo se refere, exclusivamente, aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de Constituição Federal de 1891.

EXTRATO DA ATA

ADI 255/RS — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28-4-2004.

Decisão: Após o voto do presidente, ministro Nelson Jobim, julgando parcialmente procedente a ação, acompanhando o relator, pediu vista dos autos o ministro Eros Grau. Não participa da votação o ministro Carlos Britto, por suceder ao ministro Ilmar Galvão, relator. Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie.

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

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

VOTO-VISTA

O sr. ministro Eros Grau: O procurador-geral da República propõe ação direta objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso X do art. 7º – preceito ao qual anteriormente correspondia o inciso IX do art. 6º – da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, cujo teor é o seguinte:

> Art. 7º São bens do Estado:
> (...)
> X – as terras dos extintos aldeamentos indígenas.

2.O requerente alega violação do disposto no art. 20, I, da Constituição do Brasil, bem assim ao princípio federativo.

3.O objeto da ação diz com a afirmação, no preceito impugnado, de que o Estado do Rio Grande do Sul é proprietário das terras dos extintos aldeamentos indígenas.

4.A discussão que aqui se trava não versa, como observou o ministro Nelson Jobim, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mencionadas no art. 231 da Constituição do Brasil. Nesta ação, cuida-se unicamente das terras dos aldeamentos indígenas já extintos.

5.Este Tribunal manifestou-se anteriormente sobre a questão. Fixou entendimento no sentido de que as terras devolutas passaram a pertencer aos Estados-membros, até a edição da Constituição de 1891, e de que as terras ocupadas pelos índios eram devolutas. São, pois, bens dos Estados-membros.

6.O art. 64 da Constituição do Brasil de 1891 estabelecia que:

> Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

7.No RE 219.983, rel. min. *Marco Aurélio*, *DJ* de 17-9-1999, a questão do alcance do disposto no art. 20, I e XI, da Constituição de 1988 foi amplamente debatida. O Plenário deste Tribunal afirmou que o preceito não abrange as terras ocupadas por indígenas anteriormente à vigência da Constituição de 1891.

8.Esse entendimento vem sendo reiteradamente adotado pelas Turmas desta Corte: AI 307.401-AgR, Primeira Turma, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 29-4-2005; RE 285.098, Primeira Turma, rel. min. *Moreira Alves*, *DJ* de 10-8-2001; RE 197.628, Segunda Turma, rel. min. *Maurício Corrêa*, *DJ* de 16-5-1997.

9.Transcrevo a ementa do RE 285.098:

> Ação de usucapião. Antigo "Aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos", no Estado de São Paulo. Extinção ocorrida antes do advento da Constituição de 1891. Decreto-Lei 9.760/1946, art. 1º, *h*; CF/1891, art. 64; CF/1946, art. 34.
>
> Tratando-se de aldeamento indígena abandonado antes da Carta de 1891, as terras nele compreendidas, na qualidade de devolutas, porque desafetadas do uso especial que as gravava, passaram ao domínio do Estado, por efeito da norma do art. 64 da primeira Carta republicana.

10.Acompanho o ministro *Ilmar Galvão*, relator, e julgo parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme ao inciso IX do art. 6º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, atual inciso X do art. 7º, de modo que sua aplicação fique restrita aos aldeamentos indígenas extintos anteriormente à vigência da Constituição de 1891.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Antecipo que acompanho o eminente relator, sem prejuízo de eventual reexame, à luz do voto do ministro Lewandowski. Creio que essa é a nossa orientação firme.

EXTRATO DA ATA

ADI 255/RS — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Após o voto-vista do ministro Eros Grau, julgando parcialmente procedente a ação, no que foi acompanhado pelo ministro Sepúlveda Pertence, pediu vista dos autos o ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Presidência da ministra Ellen Gracie.

Presidência da ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 4 de junho 2007 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Busca-se na presente ação direta a declaração de inconstitucionalidade do inciso IX do art. 6º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, atual inciso X do art. 7º da referida Carta estadual.

O dispositivo impugnado possui o seguinte teor:

> Art. 7º São bens do Estado:
> (...)
> X – as terras dos extintos aldeamentos indígenas.

Alega a requerente, em síntese, violação aos arts. 20, I e XI; 22, *caput* e I; 231 e parágrafos da Constituição Federal.

Na sessão plenária de 27-6-2002, após o voto do ministro Ilmar Galvão, relator, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para dar interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o dispositivo impugnado se refere exclusivamente aos aldeamentos indígenas extintos antes da Constituição de 1891, pediu vista o ministro Nelson Jobim.

Em 29-3-2006, o então presidente, ministro Nelson Jobim, apresentou voto-vista acompanhando o relator. Em seguida, pediu vista o ministro Eros Grau.

Na continuação do julgamento, em 4-6-2007, após o voto-vista do ministro Eros Grau, acompanhando o relator, no que foi acompanhado antecipadamente pelo ministro Sepúlveda Pertence, pedi vista dos autos, os quais devolvo, agora, para a retomada do julgamento.

Passo a votar.

Como bem observou o relator, ministro Ilmar Galvão, em seu voto, "no presente caso, estão em jogo não propriamente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas 'as terras dos extintos aldeamentos indígenas', as quais a Constituição gaúcha (...) declarou serem bens do Estado".

Com efeito, o Tribunal Pleno desta Corte já se manifestou sobre a matéria, quando do julgamento do RE 219.983. Na ocasião, o relator, ministro Marco Aurélio, concluiu que

> (...) a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito.

Assim sendo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reconheceu que as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes da nossa primeira Constituição republicana, em 1891, por haverem perdido o caráter de bens destinados a uso especial, passaram à categoria de terras devolutas.

Uma vez reconhecidas como terras devolutas, por força do art. 64 da Constituição de 1891[1], transferiram-se ao domínio dos Estados.

Em questão similar, a Primeira Turma desta Corte, por unanimidade de votos, não conheceu do RE 212.251, rel. min. Ilmar Galvão, em acórdão assim ementado:

> *Ação de usucapião. Antigo "aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos", no Estado de São Paulo. Extinção ocorrida antes do advento da Constituição de 1891. Decreto-Lei 9.760/1946, art. 1º, h; CF/1891, art. 64; CF/1946, art. 34.*
>
> Tratando-se de aldeamento indígena abandonado antes da Carta de 1891, as terras nele compreendidas, na qualidade de devolutas, porque desafetadas do uso especial que as gravava, passaram ao domínio do Estado, por efeito da norma do art. 64 da primeira Carta republicana.
>
> Manifesta ausência de interesse processual da União que legitimaria sua participação na relação processual em causa.
>
> Ausência de espaço para falar-se em inconstitucionalidade da alínea *h* do art. 1º do Decreto-Lei 9.760/1946, que alude a aldeamentos extintos que não passaram para o domínio dos Estados, na forma acima apontada. Ofensa inexistente aos dispositivos constitucionais assinalados (art. 64 da CF/1891; art. 34 da CF/1946).
>
> Recurso não conhecido.

Nesse mesmo sentido: RE 285.098, rel. min. Moreira Alves; RE 197.628, rel. min. Maurício Corrêa; AI 307.401-AgR, rel. min. Cezar Peluso.

Isso posto, acompanho o relator e julgo procedente em parte a presente ação direta para conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado, a fim de que a sua aplicação fique adstrita aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de nossa primeira Constituição republicana.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhora presidente, peço vênia. Julgo procedente em maior extensão. Não cabe aos Estados legislar sobre essa matéria que deve ser tratada por lei do Congresso Nacional.

O Estado, isoladamente, não pode estabelecer essa distinção do que é, ou não, do domínio da União, dos Estados, nesta matéria em que a Constituição outorgou à União um vasto arsenal protetivo às comunidades indígenas.

É a conclusão a que chego a partir da leitura dos arts. 231 e seguintes.

Julgo totalmente procedente, não parcialmente procedente. Não confiro aos Estados essa franquia de poder dizer o que é e o que não é.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhora presidente, peço vista.

---

[1] "Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais."

EXTRATO DA ATA

ADI 255/RS — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Após o voto-vista do ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando o voto do relator no sentido de julgar parcialmente procedente a ação, e do voto ministro Joaquim Barbosa, julgando-a inteiramente procedente, pediu vista dos autos o ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Eros Grau. Presidência da ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 13 de setembro de 2007 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Cezar Peluso: 1. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de considerar pertencentes à União, em obediência aos incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal, as terras ocupadas por extintos aldeamentos indígenas, **com exceção, no entanto, daqueles extintos antes da Constituição de 1891**.

A Constituição de 1891, no art. 64, declarou pertencerem aos Estados as terras devolutas situadas em seus territórios, ficando à União apenas as terras indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Desse modo, desde a primeira Constituição republicana, reconhecem-se como de domínio dos Estados as terras dos extintos aldeamentos indígenas, pois essas terras foram consideradas devolutas pela Lei 601, de 1850 (Lei de Terras do Império).

A **Súmula 650** do STF consolidou entendimento de que pertencem aos Estados as terras ocupadas por extintos aldeamentos indígenas, desde que a extinção tenha ocorrido em momento anterior ao início de vigência da Constituição de 1891. E a *contrario sensu*, como as demais Constituições repetiram o dispositivo que atribuía ao domínio da União as terras que já lhe eram pertencentes, inclusive as ocupadas pelos índios, conforme a Lei 601, de 1850, tal como o fez a vigente Constituição, a mesma **súmula** também acaba por reconhecer que as terras de aldeamentos extintos em data posterior a 1891 continuam sob o domínio da União.

Os Estados, deveras, não têm competência constitucional para dar destinação a bens da União, como o assentou o ministro Joaquim Barbosa, na esteira de velha jurisprudência da Corte, mas, aderindo-se ao voto do ministro relator, que propõe interpretação conforme para o dispositivo impugnado, apenas se estatui que o sentido emergente dessa norma da Constituição Estadual se limita a declarar como de domínio do Estado terras que nunca pertenceram à União.

2. Do exposto, acompanho relator, para **julgar parcialmente procedente** a ação direta de inconstitucionalidade, e, conferindo ao dispositivo atacado interpretação conforme a Constituição, dispor que tal norma incide apenas na situação das terras ocupadas por aldeamentos indígenas extintos antes do advento da Constituição de 1891.

EXTRATO DA ATA

ADI 255/RS — Relator: Ministro Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procurador-geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Colhido o voto-vista do presidente, ministro Cezar Peluso, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, nos termos do voto do relator, contra o voto do ministro Joaquim Barbosa. Redigirá o acórdão o ministro Ricardo Lewandowski. Não participaram da votação os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o ministro Ayres Britto.

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

Brasília, 16 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

NONA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 470 — MG
(AP 470-AgR na *RTJ* 204/15, AP 470-QO na *RTJ* 204/483, AP 470-AgR-segundo na *RTJ* 210/1061, AP 470-QO-QO na *RTJ* 211/30, AP 470-QO3 na *RTJ* 211/37, AP 470-QO-oitava na *RTJ* 222/16 e AP 470-AgR-décimo terceiro na *RTJ* 222/24)

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

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

Questão de ordem. Relatório. Sessão de julgamento. Leitura resumida. Procurador-geral da República. Sustentação oral. Cinco horas.

O relatório da ação penal – assim como o processo como um todo – há muito está disponível aos ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como aos réus e aos seus respectivos advogados, inclusive em meio digital.

Tal peça também ficará disponível no gabinete do relator da ação penal para todos os réus e seus advogados que, por qualquer razão, tenham interesse em receber uma cópia em meio físico, considerando-se como cientes acerca do inteiro teor do relatório todos os demais acusados.

A fim de garantir-se a efetividade do princípio da paridade de armas, é necessário que se confira ao procurador-geral da República tempo razoável (5 horas) para a realização da sua sustentação oral, tendo em vista que os réus, para esse mesmo fim, gozarão de até 38 horas.

Questão de ordem resolvida no sentido de declarar que, diante das peculiaridades do caso concreto, o relatório da ação penal será lido de forma resumida na respectiva sessão de julgamento,

sendo conferido ao procurador-geral da República o tempo de até 5 horas para a sua sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, resolvendo questão de ordem suscitada pelo relator, no sentido de que a leitura do relatório será resumida e de que será de cinco horas o tempo de sustentação oral do procurador-geral da República, vencido o ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a questão de ordem, que aguardará a leitura do relatório para se manifestar e não estabelecia tempo para a sustentação oral do procurador-geral da República.

Brasília, 9 de maio de 2012 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhores ministros, tendo em vista as notórias peculiaridades do feito, apresento a nona questão de ordem, relativa à leitura do relatório da presente ação penal, por ocasião da sessão de julgamento, bem como ao tempo conferido ao procurador-geral da República, para sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Como se sabe, a presente ação penal, até o momento, já conta com 234 volumes, 495 apensos e 50.199 folhas (sem contar os apensos).

O relatório do feito, como era de se esperar para um caso dessa natureza, foi apresentado em 122 folhas, encontrando-se às fls. 49997-50118.

Diante desses expressivos números, é totalmente previsível que o julgamento da causa venha a consumir várias sessões do Plenário desta Corte.

Apenas para ilustrar, ressalto que somente a leitura integral do relatório pode levar uma sessão inteira. Da mesma forma, só as sustentações orais dos 38 réus podem estender-se por até 38 horas, tendo em vista o disposto no art. 132 do Regimento Interno do STF, segundo o qual "[c]ada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo presidente".

Assim, com o propósito de tornar mais célere o julgamento do feito, **proponho que o relatório da ação penal seja lido de forma resumida** na respectiva sessão plenária.

Para tanto, observo que o relatório do feito – assim como o processo como um todo – há muito está disponível a Vossas Excelências, aos réus e aos seus respectivos advogados, inclusive em meio digital, considerando que os autos estão digitalizados.

Além disso, distribuo a Vossas Excelências uma cópia reprográfica do relatório, já juntado às fls. 49997-50118.

Da mesma forma, o relatório também ficará disponível em meu gabinete para todos os réus e seus advogados que, por qualquer razão, tenham interesse em receber uma cópia em meio físico, considerando-se como cientes acerca do inteiro teor do relatório todos os demais acusados, os quais, repito, têm amplo acesso aos autos, que estão digitalizados, encontrando-se o relatório, como dito, às fls. 49997-50118.

Por fim, considerando que os réus, como dito, disporão de até 38 horas para suas sustentações orais, **proponho que seja conferido ao procurador-geral da República o tempo de até 5 horas para a realização da sua sustentação oral**, a fim de assegurar-se a efetividade do princípio da paridade de armas, tão caro ao processo penal.

Por essas razões, **voto pelo acolhimento da presente questão de ordem, para declarar que**, ante as peculiaridades do caso concreto, **o relatório da ação penal será lido de forma resumida na respectiva sessão de julgamento, sendo conferido ao procurador-geral da República o tempo de até cinco horas para a sua sustentação oral**.

PROPOSTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Presidente, eu gostaria de trazer a este Plenário uma questão de ordem na AP 470. E o faço porque, como todos sabemos, essa ação penal, em razão da sua complexidade, constituirá, sem dúvida, um julgamento único da história deste Tribunal. Segundo os meus cálculos, nós não chegaremos a termo nesse julgamento em menos do que três semanas de julgamento, considerando, segundo o que eu vou propor, que a primeira semana seja integralmente consagrada a sustentações orais dos 38 representantes dos réus. Então, será um julgamento complicado, e o meu intuito é o de trazer questões que nos ajudem a facilitar esse julgamento.

Eu apresento, portanto, essa nona questão de ordem relativa, em primeiro lugar, ao tema concernente ao tempo de sustentação oral da acusação, já que a Lei 8.038 e o nosso Regimento Interno não são suficientemente elucidativos quanto a essa questão. Então, nesta preocupação em assegurar igualdade de armas – pelo menos numa tentativa de assegurar igualdade de armas –, trago essa questão também relativa ao procurador.

Mas, em primeiro lugar, a proposta é a seguinte (lê proposta escrita).

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (revisor): Senhor presidente, estou inteiramente de acordo com a proposta do eminente relator.

DEBATE

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): A proposta de Vossa Excelência, portanto, nesse primeiro item é uma leitura sucinta do relatório.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Menos do que sucinta, meramente enunciativa das acusações, porque o que eu menos quero é gastar tempo aqui desnecessariamente, já que o relatório é do conhecimento de todos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Sim. Lembro que ele já está muito... eu fiz o possível para condensá-lo ao máximo, porque um relatório dessa natureza não conteria, caso eu não tivesse feito esse condensamento, menos de duzentas, trezentas páginas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

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

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Eu me preocupo com a possibilidade, que me parece inviável, de supressão das características técnicas, centrais do relatório. Mas, se Vossa Excelência tem condições de, resumidamente, dar conta de que a ação trata, quem está acusando, quem são os acusados, quais são as imputações principais, acho que esse requisito fica atendido.

Mas ouço os eminentes ministros quanto ao próprio resumo que se pretende fazer. A ideia do resumo me parece louvável, não é, ministro Marco Aurélio? Viável, a ideia do resumo. Agora, no que vai consistir o resumo...

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, não posso deixar de revelar a compreensão que tenho sobre este processo. Para mim, é processo como tantos outros que até hoje foram examinados pelo Supremo. Não vejo qualquer excepcionalidade a ditar regras especiais. Mais do que isso, presidente: vinga, no tocante a processo revelador de ação penal, o princípio da concentração, não cabendo estabelecer fase prévia, no que se colaria ao próprio processo o rótulo de excepcional. Descabe deliberar antecipadamente como será feito o relatório, como ocorrerão as sustentações das partes envolvidas na ação penal. São dados a serem decididos na assentada de julgamento, quando o processo estiver aparelhado e em pauta – na pauta dirigida. A partir do momento em que nos reunimos, em sessão plenária, para estabelecer previamente, no campo de um pragmatismo maior e não da técnica processual, balizas para o exame, observamos excepcionalidade que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, peço vênia ao relator para assentar que não cabe a questão de ordem. O que proposto por Sua Excelência – repito –, quanto ao modo de ter-se a revelação do conhecimento da causa por relator e por revisor, deve ser deliberado, uma vez aparelhado o processo para julgamento, publicada a pauta e feito o pregão.

É como voto, inicialmente.

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, eu gostaria também de manifestar-me no sentido de apoiar a questão de ordem trazida pelo relator.

É verdade que, do ponto de vista da questão colocada, é mais uma questão criminal submetida ao Tribunal. Agora, todos percebem que se cuida de um julgamento complexo, tanto é que, quando do julgamento da denúncia, também houve cautelas especiais. Por exemplo, a disponibilização do processo para todos, o acesso, todas as medidas que, à época, a ministra Ellen Gracie tomou para que houvesse a vista simultânea, por exemplo, dos autos. É um caso que exige uma série de cautelas, vamos dizer, de organização e procedimento, a própria discussão sobre o tempo de sustentação, tudo isso exige cautelas especiais.

Então, parece-me que andou bem o eminente relator ao submeter a questão de ordem ao Plenário.

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, também entendo que a complexidade da causa, pela multiplicidade de partícipes, recomenda essa prudência de estabelecermos essa questão de ordem com antecedência para que o julgamento possa fluir normalmente.

Eu acompanho o relator, com as devidas vênias.

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, tenho, em muitas causas, inclusive de natureza penal, distribuído o próprio voto assim que termina a sustentação oral. Além de distribuir aos colegas, distribuo ao procurador-geral da República e ao advogado defensor. Isso facilita, e muito, a análise dos colegas.

Não vejo nenhum problema de, uma vez disponibilizado o relatório – que já é do conhecimento de todos –, fazer-se um resumo, uma síntese, dele.

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, também peço vênia ao eminente ministro Marco Aurélio, mas acompanho integralmente o ministro relator.

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, desde que observado o requisito legal de se proceder ao relatório e disponibilizá-lo para os interessados.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Meu voto é nesse sentido também, antecipadamente.

O sr. ministro Cezar Peluso: Acho que é critério do relator se vai ler o relatório inteiro ou se vai resumir. Tantas vezes, resumimos os relatórios em julgamentos, não apenas no Plenário, como na Turma.

Peço vênia e acompanho o relator.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): O ministro Marco Aurélio já se manifestou, iniciando a divergência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quanto à inadequação da questão de ordem.

Agora, a respeito dos parâmetros do relatório, dita-os o próprio relator. Aguardarei o relatório que será apresentado por Sua Excelência. Já recebi o físico – tanto que levei para o Rio nas férias do mês de janeiro. Procedi à leitura e digo a Sua Excelência que é um substancioso relatório.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Mas bem sucinto, bem condensado, ministro; tem o suficiente, mas é muito condensado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Fico a imaginar quantas páginas teria o relatório além da centena hoje revelada, caso não houvesse esse poder de síntese aludido por Vossa Excelência!

VOTO
(Sobre o primeiro item da questão de ordem)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Também acompanho a proposta do ministro relator. Resolvo a questão de ordem no mesmo sentido de Sua Excelência, com essa preocupação apenas de que o relatório, mesmo resumidamente, nos dê conta das características técnicas de todo relatório, sabido que a decisão, colegiadamente proferida, guarda conformidade com as decisões judiciais também singularmente exaradas; que tenha aquela estrutura formal tripartite: do relatório, da fundamentação e da parte dispositiva.

VOTO
(Sobre a segunda questão de ordem)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): O segundo ponto, senhor presidente, diz respeito ao tempo de sustentação oral a ser conferido ao eminente

procurador-geral da República, a acusação, já que a nossa Lei 8.038/1990 não é precisa a esse respeito, tampouco o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Fala-se apenas em uma hora às partes, e me parece evidente num caso como este, em que há, no polo passivo, 38 réus e, no polo ativo, apenas a acusação, parece-me incontornável uma deliberação da nossa parte quanto a esse tempo a ser concedido ao procurador-geral, numa preocupação de equidade, de assegurar, na medida do possível, essa igualdade de armas, ínsita ao processo penal.

Proponho que se dê, a não ser que o eminente procurador-geral pense de outra forma, acredito que cinco horas de sustentação seriam suficientes, mesmo porque acho complicado alguém sustentar mais do que cinco horas.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Mesmo tratando-se de um excelente procurador-geral como nós sabemos ser o caso do dr. Roberto Gurgel dos Santos.

Pela ordem, ouço o eminente revisor.

DEBATE

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (revisor): Senhor presidente, eu sugiro que se dê a palavra ao eminente procurador-geral da República, para que ele se manifeste quanto ao tempo que lhe foi sugerido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mais uma vez, estaremos a deliberar sem a presença das partes, sobre algo que diz respeito ao julgamento da ação penal.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Diz respeito à organização do julgamento.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Não, é apenas a formatação do julgamento.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Teremos outros problemas, muito provavelmente, a deliberar. As partes se manifestarão, muito provavelmente, tão logo o processo seja liberado para julgamento, mas, a nós, cabe essa organização.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ou seja, estamos fatiando o julgamento desse processo, da ação penal.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Nós estamos dando, na verdade, uma interpretação lógica e finalística da norma na perspectiva da correlação de forças argumentativas da acusação e da defesa. Talvez, tecnicamente, coubesse a discussão dessa matéria como preliminar de mérito, mas ainda entendo que estamos cuidando de formatação de uma sessão que tem de ser mesmo diferenciada, porque o processo é, em si, diferenciado. Não no plano da nossa subjetividade para julgar, não é isso.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Não, jamais.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E nem dos tipos criminais, obviamente.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Não estamos entrando nisso, quanto às imputações, à natureza das imputações. A complexidade, em si mesmo, do processo é na sua estrutura formal.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Eu ouço o procurador-geral da República.

O sr. Roberto Monteiro Gurgel (procurador-geral da República): Senhor presidente, considerando todas essas peculiaridades que foram aqui mencionadas pelos eminentes ministros, o Ministério Público entende que esse tempo proposto de cinco horas estaria adequado. Evidentemente, ele não será suficiente, dado o grande número de réus, para que se exponha minuciosamente a acusação em relação a cada um deles, mas é um tempo mínimo para que a acusação possa – eu diria – esboçar-se de uma forma satisfatória.

E até assinalo, também, a conveniência dessa definição quanto a esse ponto, porque as defesas sabem, desde sempre, que terão uma hora para elaborar a sua sustentação, e é preciso que também o Ministério Público, antecipadamente, saiba o tempo de que disporá para que possa se preparar adequadamente.

VOTO
(Sobre o item II)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (revisor): Senhor presidente, estou de acordo. Se o eminente procurador-geral da República também considera suficiente esse tempo, eu acompanho integralmente a proposta feita pelo ilustre relator.

VOTO
(Sobre o item II)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, o ministro Celso de Mello tocou num aspecto muito importante, porquanto todos os prazos processuais pressupõem que o processo seja um *actum trium personarum*, e esse efetivamente não é. É um processo com multiplicidade de partes e que recomenda alargar-se o prazo da sustentação do eminente representante do Ministério Público para que haja exatamente o cumprimento do devido processo legal, que também pressupõe igualdade de armas.

Estou de acordo com o relator.

VOTO
(Sobre o item II)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, levássemos às últimas consequências o que Ada Pellegrini Grinover aponta como paridade de armas, teria a acusação o direito de sustentar durante 38 horas, porque 38 são os acusados, cada

qual com direito a uma hora. Creio que nem Fidel Castro, quando estava no auge dos discursos, chegou a tanto.

Peço vênia para acreditar em um princípio básico, o da razoabilidade. Sua Excelência, o titular da ação penal, saberá dosar, ante o contexto, ante a complexidade da causa, ante o envolvimento de tantos acusados, no que elastecida a competência do Tribunal, a sustentação.

É como me pronuncio.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Vossa Excelência não fixa um tempo?

O sr. ministro Marco Aurélio: Quem sou eu para fixar tempo para Sua Excelência, diante de um processo que já se disse diferente dos demais processos!

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, considerando esse tempo dilargado à acusação por cinco horas e, também, tantas horas de sustentação por parte da defesa, certamente temos de imaginar qual será a ordem de dias; se, de fato, faremos julgamentos em dias sucessivos, se sessão pela manhã e pela tarde, ou discutiremos isso em outra oportunidade?

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Acho melhor em outra oportunidade. Deixaremos para outra oportunidade, o que não vai demorar. Estamos todos já pensando nessa necessidade de uma estruturação formal diferenciada para um processo que é diferenciado, segundo o número de réus, de imputações, de testemunhas, de número de autos e de apensos etc.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É, formação multitudinária mesmo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso: O justo seria dar-lhe quarenta horas.

EXTRATO DA ATA

AP 470-QO-nona/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Autor: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva (Advogado: José Luis Mendes de Oliveira Lima), José Genoíno Neto (Advogada: Sandra Maria Gonçalves Pires), Delúbio Soares de Castro (Advogado: Celso Sanchez Vilardi), Sílvio José Pereira (Advogado: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró), Marcos Valério Fernandes de Souza (Advogado: Marcelo Leonardo), Ramon Hollerbach Cardoso (Advogado: Hermes Vilchez Guerrero), Cristiano de Mello Paz (Advogados: Castellar Modesto Guimarães Filho, José Antero Monteiro Filho, Carolina Goulart Modesto Guimarães, Castellar Modesto Guimaraes Neto e Izabella Artur Costa), Rogério Lanza Tolentino (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva), Simone Reis Lobo de Vasconcelos (Advogados: Leonardo Isaac Yarochewsky e Daniela Villani Bonaccorsi), Geiza Dias dos Santos (Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva),

Kátia Rabello (Advogado: Theodomiro Dias Neto), Jose Roberto Salgado (Advogado: Márcio Thomaz Bastos), Vinícius Samarane (Advogado: José Carlos Dias), Ayanna Tenório Tôrres de Jesus (Advogado: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira), João Paulo Cunha (Advogado: Alberto Zacharias Toron), Luiz Gushiken (Advogado: José Roberto Leal de Carvalho), Henrique Pizzolato (Advogado: Marthius Sávio Cavalcante Lobato), Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto (Advogado: Eduardo Antônio Lucho Ferrão), Jose Mohamed Janene (Advogado: Marcelo Leal de Lima Oliveira), Pedro Henry Neto (Advogado: José Antonio Duarte Alvares), João Cláudio de Carvalho Genu (Advogado: Marco Antonio Meneghetti), Enivaldo Quadrado (Advogada: Priscila Corrêa Gioia), Breno Fischberg (Advogado: Leonardo Magalhães Avelar), Carlos Alberto Quaglia (Procurador: Defensor público-geral federal), Valdemar Costa Neto (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Jacinto de Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Antônio de Pádua de Souza Lamas (Advogado: Délio Lins e Silva), Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues) (Advogado: Marcelo Luiz Ávila de Bessa), Roberto Jefferson Monteiro Francisco (Advogado: Luiz Francisco Corrêa Barbosa), Emerson Eloy Palmieri, (Advogados: Itapuã Prestes de Messias e Henrique de Souza Vieira), Romeu Ferreira Queiroz (Advogados: José Antero Monteiro Filho, Ronaldo Garcia Dias, Flávia Gonçalvez de Queiroz e Dalmir de Jesus), José Rodrigues Borba (Advogado: Inocêncio Mártires Coelho), Paulo Roberto Galvão da Rocha (Advogados: Márcio Luiz da Silva, Desirèe Lobo Muniz Santos Gomes e João dos Santos Gomes Filho), Anita Leocádia Pereira da Costa (Advogado: Luís Maximiliano Leal Telesca Mota), Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho) (Advogado: Márcio Luiz da Silva), João Magno de Moura (Advogado: Olinto Campos Vieira), Anderson Adauto Pereira (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Luiz Alves (Advogado: Roberto Garcia Lopes Pagliuso), José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) (Advogado: Luciano Feldens) e Zilmar Fernandes Silveira (Advogado: Luciano Feldens).

Decisão: O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a leitura do relatório será resumida e de que será de cinco horas o tempo de sustentação oral do procurador-geral da República, vencido o ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a questão de ordem, que aguardará a leitura do relatório para se manifestar e não estabelecia tempo para sustentação oral do procurador-geral da República. Votou o presidente, ministro Ayres Britto.

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

Brasília, 9 de maio de 2012 — Luiz Tomimatsu, assessor-chefe do Plenário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL 630 — MG

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Ministério Público Federal — Agravado: Newton Cardoso

Processual penal. Recebimento da denúncia em momento anterior à diplomação como deputado federal. Citação nos moldes dos arts. 396 e 397 do CPP. Defesa apresentada no juízo monocrático. Remessa dos autos ao STF. Necessário exame da possibilidade de absolvição sumária do art. 397 do CPP anteriormente ao início da instrução.

I – Recebida a denúncia antes de o réu ter sido diplomado como deputado federal, apresentada a defesa escrita, é de ser examinada a possibilidade de absolvição sumária, segundo a previsão do art. 397 do Código de Processo Penal, mesmo que o rito, por terem os autos sido remetidos ao Supremo Tribunal Federal, passe a ser o da Lei 8.038/1990.

II – Na hipótese, tendo constado no mandado citatório menção expressa à sistemática dos arts. 396 e 397, ambos do Código de Processo Penal, não seria razoável exigir que o réu, ao invés de ofertar defesa escrita, apenas noticiasse ao juízo monocrático sua novel situação de parlamentar e requeresse a remessa dos autos à Corte Suprema.

III – Entendimento diverso colocaria em risco o direito à ampla defesa, ante a supressão da possibilidade de o acusado livrar-se do processo penal antes da instrução, o que é conferido tanto pelo art. 397 do CPP quanto pelo art. 4º da Lei 8.038/1990, este último aplicável às ações penais originárias.

IV – Rejeitado o agravo regimental interposto pelo Ministério Público que pugnava pelo imediato início da instrução, com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

V – Remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República para manifestar-se acerca da defesa escrita do réu.

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 agravo regimental. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 15 de dezembro de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O Ministério Público de Minas Gerais ofertou denúncia em face de *Newton Cardoso*, *Newton Cardoso Júnior*, *Edilson Rebouças de Matos*, *Companhia Siderúrgica Pitangui* e *Rio Rancho Agropecuária* S.A., em face do suposto cometimento dos crimes objeto dos arts. 46 e 69, cumulados com art. 2º, todos da Lei 9.605/1998 e, ainda, 299 do Código Penal[1].

Em suma, narra a denúncia que, em 15-8-2008, a *Companhia Siderúrgica Pitangui*, que teria *Newton Cardoso* como presidente e *Newton Cardoso Júnior* como o diretor-geral, "adquiriu e recebeu, para fins industriais, carvão vegetal sem exigir a exibição de licença válida, outorgada pela autoridade competente, e concorreu para o transporte ilícito praticado por *Edilson*" (fl. 3).

Apenas a título de esclarecimento, as pessoas jurídicas foram incluídas no polo passivo da ação penal com fulcro no art. 3º da Lei 9.605/1998, cuja redação prevê que "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

A denúncia foi recebida em 14-9-2010 pelo juiz de direito da Comarca de Pitangui/MG, nos moldes do art. 396 do Código de Processo Penal, ocasião em que foi determinada a citação dos réus para resposta em dez dias (fl. 60).

As respostas foram ofertadas na seguinte ordem: *Newton Cardoso Júnior*, em 20-10-2010 (fls. 115-123), *Companhia Siderúrgica Pitangui*, em 1º-12-2010 (fls. 131-159), *Rio Rancho Agropecuária* S.A., em 1º-12-2010 (fls. 173-200), *Newton Cardoso*, em 10-5-2011 (fls. 229-243).

Em face de *Newton Cardoso* ter assumido o cargo de deputado federal, os autos vieram remetidos ao Supremo Tribunal Federal (fl. 252).

---

[1] As redações são as seguintes:

"Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la."

"Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

(...)"

"Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

(...)"

"Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

(...)"

Aberta vista à Procuradoria-Geral da República, foi requerido o desmembramento do feito em relação aos réus *Newton Cardoso Júnior*, *Edilson Rebouças de Matos* e das pessoas jurídicas, bem como o reconhecimento de prescrição intercorrente quanto ao art. 46 da Lei 9.605/1998 em favor do réu *Newton Cardoso*, o que deferi.

Nesse sentido, conforme a decisão de fls. 265-266, além de reconhecer a prescrição acima aludida, determinei que apenas *Newton Cardoso*, na qualidade de único detentor de foro especial por prerrogativa de função, permanecesse sendo processado perante o Supremo Tribunal Federal, bem como que se procedesse à oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Insurgiram-se as partes contra o trecho final do *decisum*, ao argumento de que, uma vez recebida a denúncia pelo Juízo de Pitangui/MG, com a subsequente apresentação de defesa escrita, o próximo passo, a teor do art. 397 do Código de Processo Penal, deveria ser a análise da possibilidade de absolvição sumária dos acusados e não o início da instrução.

Às fls. 335-336 proferi decisão nos seguintes termos:

> A decisão de fls. 264-266 desmembrou o processo, remanescendo no polo passivo apenas o réu Newton Cardoso, uma vez que é o único detentor de foro perante o STF.
>
> Assim, deixo de apreciar as petições de fls. 297-313 (Companhia Siderúrgica Pitangui) e 316-332 (Rio Rancho Agropecuária S.A.), considerando que as requerentes não mais compõem o polo passivo da presente ação.
>
> Verifica-se que o réu Newton Cardoso, ainda no juízo originário, foi citado para apresentar a defesa preliminar do art. 396-A do CPP, encontrando-se pendente de apreciação eventual causa de absolvição sumária do art. 397 do CPP.
>
> Nessa linha, com razão o referido réu quando pondera deva ser apreciada ocorrência de uma das hipóteses do art. 397 do CPP, antes de o feito prosseguir com a oitiva das testemunhas.
>
> Portanto, com base no art. 5º da Lei 8.038/1990, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República para que se manifeste acerca da defesa preliminar de fls. 115-123.

Dessa decisão, agravou a Procuradoria-Geral da República, ponderando que o art. 397 do CPP não é aplicável no âmbito do STF, cujas ações penais originárias seguem o rito da Lei 8.038/1990. Destaco, do argumentado pela acusação, o seguinte (fl. 362):

> Enquanto os autos se encontravam em primeiro grau seguiram corretamente as disposições do Código de Processo Penal. O fato de ter sido apresentada a resposta prevista no art. 396 do Código de Processo Penal, e, logo após, sem que esta fosse examinada, terem sido os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, não apresenta qualquer irregularidade e não enseja a repetição de atos processuais validamente praticados, a exemplo do recebimento da denúncia, como pretende Newton Cardoso.

Tampouco a ausência de exame da resposta de fls. 229/243 pelo Supremo Tribunal Federal é irregular, pois não há previsão desta fase procedimental na Lei n. 8.038/90.

Pretende o Ministério Público, portanto, que a demanda prossiga com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Entendo não caber, *data venia,* razão à Procuradoria-Geral da República.

Não nego, antes admito, que as ações penais em curso na Corte Suprema, salvo exceções pontuais, seguem o rito da Lei 8.038/1990, sendo certo que essa norma não traz em seu bojo a correspondente à análise da possibilidade de absolvição sumária após o recebimento da denúncia.

Contudo, em meu sentir, é preciso levar em conta a peculiaridade de o acusado, não obstante encontrar-se no exercício do cargo de deputado federal, ter sido citado em cumprimento a mandado expedido a mando do juiz de direito da Comarca de Pitangui/MG, nos termos dos arts. 396 e 397 do CPP, cujas redações preveem:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.
>
> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
> I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
> II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
> III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
> IV – extinta a punibilidade do agente.

Naquele instante, uma vez que não havia notícia nos autos acerca da posse do acusado como parlamentar, não seria razoável exigir que o juiz monocrático atuasse de modo diverso, inexistindo, portanto, qualquer má-fé ou desvio processual a ser censurado.

Ocorre que a prevalecer o intento do *Parquet*, o acusado seria prejudicado quiçá duplamente, segundo penso, com evidente restrição ao exercício da ampla defesa, pois:

(i) por primeiro, seria tolhido o seu direito de ser absolvido sumariamente, segundo os dizeres do art. 397 do CPP, sistemática expressa, de modo literal, no mandado de citação que recebeu;

(ii) por segundo, admitindo-se que, por ter a citação ocorrido após o início do exercício do mandato parlamentar, o rito a ser seguido seja o da Lei 8.038/1990, iniciar a oitiva das testemunhas, como pretende a acusação, retiraria do acusado o direito de apresentar a defesa preliminar prevista no art. 4º do citado diploma normativo.

Levando em conta que tanto a absolvição sumária do art. 397 do CPP, quanto o art. 4º da Lei 8.038/1990, em termos teleológicos, ostentam finalidades assemelhadas, ou seja, possibilitar ao acusado que se livre da persecução penal, entendo que é preciso garantir ao ora agravado o exercício dessa faculdade, seja numa sistemática ou noutra.

Aliás, nesses termos, penso existe certa fungibilidade entre esses institutos. Ambos diferem, apenas e tão somente, quanto ao momento processual em que aparecem: a absolvição sumária do art. 367 do CPP, após o recebimento da denúncia e a defesa prévia do art. 4º da Lei 8.038, antes desse ato. Não se pode negar, contudo, que são figuras processuais de objetivos análogos.

Ademais, a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, segundo determinei ao final da decisão agravada, coaduna-se com a regra do art. 5º da Lei 8.038/1990, que ostenta a redação abaixo:

> Art. 5º Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de 5 (cinco) dias.

Insisto: iniciar a oitiva das testemunhas de acusação nesse momento processual seria suprimir do acusado o exercício de uma importante faculdade, qual seja, a defesa preliminar. Assim, ainda que a manifestação do agravado tenha sido apresentada com base no art. 367 do CPP, penso ser indispensável decidir acerca da possibilidade de absolvição sumária, em atenção ao que se consta no art. 4º da Lei 8.038/1990.

Julgo ser necessário, destarte, ajustar as nuances do caso concreto ao mandamento maior da ampla defesa, de modo a garantir ao acusado a possibilidade de, em tese, livrar-se da ação penal antes do deflagramento da instrução probatória.

Por tais considerações, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental em epígrafe.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, a ação foi proposta contra Newton Cardoso?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Sim, na primeira instância; só que depois ele foi eleito deputado federal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, mas foi proposta contra ele?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Foi proposta contra ele e, também, vários outros réus: o filho, um terceiro, a Companhia Siderúrgica Pitangui, e a outra, a Rio Rancho Agropecuária. Então, num determinado momento, ministro Marco Aurélio, a pedido do próprio Ministério Público, eu desmembrei o feito com relação a todos aqueles que não detinham o foro especial, remanescendo apenas aqui o deputado, então eleito, Newton Cardoso.

O sr. ministro Marco Aurélio: É porque há manifestação no sentido de ser declarada extinta a punibilidade de Newton.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Também já tem. No mesmo despacho, declarei extinta a possibilidade de punibilidade do deputado Newton Cardoso, com relação ao art. 46.

O sr. ministro Marco Aurélio: No tocante ao crime do art. 46. Mas a denúncia, então, subsistiria quanto a outro crime relativamente a ele, e não apenas quanto à pessoa jurídica e aos representantes?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Não. Os demais desceram; agora, remanesce aqui a acusação relativa ao art. 69, que é:

> Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

Esse não está prescrito.

Aqui, o deputado Newton Cardoso responde apenas por este crime, porquanto, com relação ao art. 46, a pedido do próprio Ministério Público, eu decretei...

O sr. ministro Marco Aurélio: Não responde simplesmente na condição de sócio da empresa. Porque, então, não haveria responsabilidade dele.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Não, de diretor. O deputado Newton Cardoso seria presidente, e Newton Cardoso Júnior, diretor-geral; portanto, ocupando um cargo executivo. Não é aquela situação em que ele é um mero quotista, um mero acionista.

O sr. ministro Marco Aurélio: O deputado federal é o Júnior ou o pai?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): O pai é o deputado Newton Cardoso; o Júnior é o filho.

O sr. ministro Marco Aurélio: O ex-governador é o deputado federal?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Perfeitamente.

Então, agora aqui, apenas a única questão que estamos examinando, ministro Marco Aurélio, é a seguinte: o Ministério Público insurgiu-se contra um despacho que dei, no sentido que ele se manifestasse com relação àquela defesa ofertada na primeira instância, relativamente ao art. 397 do Código Penal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Só essa matéria?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Somente essa matéria.

O Ministério Público pretende que se desencadeie, desde logo, a instrução penal. Eu estou argumentando o seguinte: Como ele foi pego numa situação de transição, ele não pode valer-se do art. 4º da lei procedimental de regência dos processos que aqui tramitam, e também não pode valer-se do 396 do CPP. Ele fica numa situação iníqua, fica num limbo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Há uma diferença, eminente ministro Lewandowski. Pelo art. 4º, ainda não há o recebimento da denúncia; aqui, a denúncia já foi recebida.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Foi recebida, sim, mas pela nova sistemática do art. 397, mesmo após o recebimento da denúncia, existe aquela manifestação do réu.

O sr. ministro Dias Toffoli: Por isso que está autuado como ação penal.

Trago voto, por escrito, senhor presidente, mas não o lerei.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Lewandowski, a discussão, pelo que entendi, fica adstrita a duas questões formais: saber se se aplica esse novo dispositivo à Lei 8.038, para depois poder verificar se cabe ou não essa absolvição sumária.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Exatamente. Estou propondo que se aproveite aquela manifestação do réu Newton Cardoso, ofertada em primeira instância, porque o mandado de citação expressamente estabeleceu que ele se manifestasse com relação a essa possibilidade aberta por esse dispositivo. Quando ele se manifestou, o processo subiu com essa manifestação. Agora seria, a meu ver, um excesso de formalismo dizer: não, a denúncia já está recebida, o processo tramita com base na Lei 8.038, quando não cabe mais essa defesa prévia do art. 397 do CPP, mas também como já foi recebida a denúncia, não cabe a faculdade exercida...

O sr. ministro Celso de Mello: No momento em que recebida a denúncia, pelo magistrado de primeiro grau, esse réu *ainda não detinha* prerrogativa de foro, porque **não** diplomado (**CF**, art. 53, § 1º)**?**

O sr. ministro Dias Toffoli: Não havia.

O sr. ministro Marco Aurélio: Observou, ou não, o art. 396?

O sr. ministro Celso de Mello: Cabe esclarecer, **considerado** o momento em que formulado o juízo **positivo** de admissibilidade da acusação penal, **se se achava** em vigor a Lei 11.719/2008, **que acrescentou**, *ao Código de Processo Penal*, **o art. 396-A**.

O sr. ministro Marco Aurélio: A redação dada pela Lei 11.719/2008?

O sr. ministro Celso de Mello: **Claro**, pois, **se** o ato de recebimento da denúncia **observou** a disciplina ritual *então* vigente, **deveríamos**, *na linha da nossa jurisprudência*, **respeitar** a integridade dos atos processuais já validamente praticados.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Ministro Celso de Mello, a verdade é a seguinte: quando foi recebida a denúncia, ele não era deputado ainda, mas, quando ele ofertou aquela manifestação com fundamento nos arts. 396-A e 397, ele já era deputado. Então, ele foi pego num chamado "contrapé", vulgarmente. E, aí, o processo subiu. Eu tenho aqui no meu voto o art. 396 que diz o seguinte:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a situação do acusado para responder a acusação por escrito no prazo de 10 dias.

Essa foi a grande modificação. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interessa à defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas qualificando-as e requerendo as suas intimações quando necessário. Diz o art. 397:

> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no artigo 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
> (...)

Aí uma série de condições que, verificadas pelo juiz, pode coarctar o prosseguimento da ação penal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, veja: caso aberta nova oportunidade para a defesa, ter-se-á sobreposição, não é isso?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Eu não estou pretendendo isso. Eu estou pretendendo aproveitar esse ato que já se encontra nos autos, só que abri vista ao Ministério Público para que ele possa se manifestar. Se essas condições do art. 397, que são as seguintes: primeiro, existência de manifesta causa excludente...

O sr. ministro Marco Aurélio: Para que ele se manifeste quanto à incidência ou não do art. 397 do Código de Processo Penal.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Há essa possibilidade, só isso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu recebi uma ação penal em situação similar a esta do eminente relator, a AP 559 de Pernambuco. E, na minha decisão, eu anotei:

> Apesar de o rito procedimental perante essa Suprema Corte após o recebimento da denúncia pautar-se pelo disposto nos arts. 7 a 12 da Lei 8.038, observo a existência de defesa prévia às fls. 257/272, que ficou pendente no juízo de origem de apreciação perante o primeiro grau, nos termos do art. 397 do CPP.

Só que eu – ao contrário do eminente ministro Lewandowski – já enfrentei e disse o seguinte:

> Cujos termos passo a apreciar (...)

Eu apreciei, rejeitei, não sobreveio o agravo, a ação penal prosseguiu.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Só que eu, *data venia*, encaminhei ao Ministério Público.

O sr. ministro Marco Aurélio: Em síntese, o resultado do desprovimento é tão somente a audição do procurador-geral da República.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): É somente isso.

O sr. ministro Celso de Mello: Vossa Excelência mantém, *portanto*, a integridade do ato judicial que recebeu a denúncia.

O sr. ministro Marco Aurélio: Também.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não** se desconstitui, *desse modo*, o ato que se mostrava válido no momento em que praticado.

O sr. ministro Marco Aurélio: A defesa apresentada.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente, no voto que eu trago por escrito, eu faço uma manifestação – não vou lê-la aqui – a respeito da tramitação do projeto de lei que gerou a Lei 11.719, que alterou o 395, o 396 e o 396-A, porque antes, quando foi encaminhado o projeto de lei, nesse momento, não havia o recebimento da denúncia, era uma defesa prévia nos moldes da 8.038. Só que, por emenda do eminente deputado federal Régis de Oliveira, introduziu-se na tramitação a expressão "recebê-la-á".

Portanto, diz a teoria jurídica – eu cito aqui a teoria jurídica a respeito do tema – que o momento de recebimento da denúncia é esse, exatamente o do 396, na redação nova. E há uma defesa preliminar após o recebimento da denúncia para que fim? Para o fim de uma eventual absolvição sumária. É como se fosse um julgamento antecipado da lide no processo penal em favor do réu.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Na verdade, não há prejuízo para ninguém, não há prejuízo para o réu e nem para o Ministério Público, poderá contraditar esta...

O sr. ministro Dias Toffoli: Evita-se a alegação de uma eventual nulidade por não terem sido apreciadas as alegações da defesa.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Pelo que se verifica no recebimento da denúncia na instância de origem, aquele juízo, afastando a incidência do art. 395 do CPP, invocou o art. 396 do citado diploma legal para receber a denúncia e aplicar sua redação no sentido de se determinar a citação dos acusados para responderem à acusação, o que foi feito, segundo manifestação do *Parquet*.

Antes de o feito alcançar a fase do art. 397 do CPP, foi ele remetido a esta Corte, em razão da diplomação do réu como deputado federal.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República requereu: i) desmembramento do feito, para que prossiga perante esta Corte somente no que

concerne ao deputado federal; ii) que fosse declarada a extinção da punibilidade do parlamentar com relação aos delitos do art. 46, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.605/1998; e iii) o prosseguimento do feito com relação aos crimes dos art. 69, c/c o 2º da Lei 9.605/1998, e 299 do CP.

Em decisão monocrática, o eminente relator acolheu o parecer ministerial para desmembrar o processo na forma requerida, seguindo a presente ação penal apenas em face do réu Newton Cardoso, bem como reconheceu prescritas as acusações concernentes ao art. 46 da Lei 9.605/1998 a ele imputadas, seguindo a ação quanto às demais imputações.

Determinou, ainda, prosseguimento da ação com a oitiva das testemunhas arroladas.

O réu embargou e argumentou, em síntese, que, ainda no juízo originário, foi citado para apresentar a defesa preliminar relativamente ao art. 396-A do CPP, encontrando-se pendente de apreciação eventual causa de absolvição sumária do art. 397 do CPP. Pleiteou o provimento dos declaratórios, a fim de que fossem analisadas as teses defensivas, com a consequente rejeição da denúncia oferecida.

Considerando plausíveis as ponderações da defesa, o relator, monocraticamente, entendeu ser necessária a apreciação da ocorrência de uma das hipóteses do art. 397 do CPP, antes de o feito prosseguir com a oitiva das testemunhas, motivo pelo qual, com base no art. 5º da Lei 8.038/1990, abriu vista à Procuradoria-Geral da República, para que se manifestasse acerca da defesa preliminar apresentada.

Dessa decisão, agravou a Procuradoria-Geral da República, aduzindo que, "quando apresentada a resposta por Newton Cardoso, em 10-5-2011, já era competente para processar e julgar o feito o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o réu foi diplomado em 17-12-2010 e tomou posse em 1º-2-2011".

Por entender que inexiste no rito procedimental da Lei 8.038/1990, que rege a tramitação das ações penais na Corte, o *Parquet* federal requereu a reconsideração da decisão para manter o recebimento da denúncia no juízo de origem (art. 396 do CPP) e dar prosseguimento ao feito na fase em que se encontra, com a oitiva das testemunhas.

De fato, as regras contidas nos arts. 396-A e 397 do CPP (redação da Lei 11.719/2008), realmente não estão contidas de forma literal na Lei 8.038/1990, que rege o rito procedimental das ações penais na Corte.

Lembrando a jurisprudência da Corte, ressalto que, em despacho que proferi na AP 441/SP, reconheci "não se aplicar o rito comum estabelecido no Código de Processo Penal às ações penais originárias, cujo rito procedimental encontra-se estabelecido em legislação especial não revogada nem alterada (Lei 8.038/1990)", vindo a assentar naquele feito que reinterrogatório, naquele momento processual, embora não exigível, potencializaria efetivo exercício do

pleno contraditório e da ampla defesa por parte do acusado. Esse entendimento foi aplicado, igualmente, na AP 510/BA.

Quando dos debates na oitava questão de ordem na AP 470/MG-Plenário, a Corte assentou, *in verbis*, que:

> *Ementa: Questão de ordem. Ação penal originária. Lei 11.719/2008. Pedido de novo interrogatório. Especialidade da Lei 8.038/1990, cujos dispositivos não foram alterados. Indeferimento.* A Lei 8.038/1990 é especial em relação ao Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008. Por conseguinte, as disposições do CPP aplicam-se aos feitos sujeitos ao procedimento previsto na Lei 8.038/1990 apenas subsidiariamente, somente "no que for aplicável" ou "no que couber". Daí por que a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa). Questão de ordem resolvida no sentido do indeferimento da petição de fls. 40151-40161.

Acompanhei o eminente relator naquela oportunidade, mas deixei registrado que, para os casos futuros, se fizesse o interrogatório ao final, aplicando-se de forma subsidiária à Lei 8.038/1990.

Se levarmos em conta o precedente acima, por se tratar, nesse caso, igualmente, de uma fase procedimental, o momento processual não permitiria a aplicação do art. 397 do CPP.

Contudo, em decisão monocrática que proferi na AP 559/PE, analisei com base no art. 397 do CPP, a defesa prévia apresentada pela defesa ainda quando o feito tramitava em juízo de primeiro grau. Naquela oportunidade, consignei, *in verbis*, que:

> Apesar de o rito procedimental perante esta Suprema Corte após o recebimento da denúncia pautar-se pelo disposto nos arts. 7º a 12 da Lei 8.038/1990, observo a existência de defesa prévia às fls. 257/272, que ficou pendente de apreciação perante o juízo de primeiro grau, nos termos do art. 397 do CPP, cujos termos passo a apreciar.

Registro que tenho admitido a aplicabilidade do rito procedimental do CPP (atualizado pela Lei 11.719/2008), de forma subsidiária à Lei 8.038/1990, no que tange ao interrogatório. Caso da já indicada AP 441/SE e da AP 510/BA.

E isso porque as alterações promovidas pela Lei 11.719/2008, em princípio, são mais favoráveis ao réu, especialmente no que tange às fases do art. 396-A e 397 do CPP. Por ser mais benéfica, permite, portanto, uma analogia *in bonam partem* às regras da Lei 8.038/1990 (princípio da lei mais favorável), pois não prejudica nem o réu, nem a instrução, sob nenhum aspecto. Também não vejo violação ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa.

Esse aspecto ganha relevo, se considerarmos que o intuito do legislador com a edição da lei em comento foi o de adequar o sistema acusatório democrático

aos preceitos constitucionais da Carta de 1988, quais sejam: a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a legalidade, a transparência, etc.

Por observar esses princípios, o ministro **Ricardo Lewandowski**, adequando os atos processuais do caso à lei de regência, proferiu o despacho que ora agrava o *Parquet* federal.

Por isso, vou acompanhar o voto de Sua Excelência, mas gostaria de registrar algumas considerações a respeito das alterações promovidas pela Lei 11.719/2008, especialmente em razão dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal.

A atual redação desses dispositivos legais pode acarretar dúvida acerca do momento em que a denúncia, efetivamente, é recebida.

Pois bem, prescreve o art. 396 que: "Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias."

Por sua vez, consta do art. 399 que: "Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente."

Originariamente, a redação do art. 396 não contemplava esta forma derivada do verbo "receber". A intenção inicial não era a do recebimento da denúncia – estrito senso. Mas, ao longo da tramitação do projeto no Congresso Nacional, as redações foram se alterando e a doutrina considera, atualmente, que o recebimento da denúncia ocorre, justamente, quando da aplicabilidade do art. 396 do CPP (Lei 11.719/2008).

Para melhor esclarecer esse histórico de tramitação do projeto até a aprovação da lei, faço remissão aos comentários doutrinários do art. 396 do CPP presentes na doutrina de **Fauzi Hassan Choukr**:

> Art. 396 do CPP – **Tramitação legislativa**
>
> Na redação apresentada pela Comissão Grinover ao Congresso Nacional o texto era:
>
> > Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos, ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.
>
> Miranda Coutinho (2008) aponta que "Tal artigo, ainda como art. 395, quando da tramitação do Projeto de Lei n. 4.207/01 no Congresso Nacional, recebeu a Emenda n. 1, de 17-5-07, do Deputado João Campos, com proposta (acolhida) de inclusão do verbo 'receber', em mesóclise, restando assim a redação definitiva: 'Nos procedimentos ordinários e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias' (g.n.). O Senado tentou mudar a alteração feita, para se retornar ao texto originário, mas se voltou ao texto

da Câmara dos Deputados, o qual se tornou definitivo após a Emenda n. 8, da lavra do ilustre Deputado Federal Regis Fernandes de Oliveira, então relator: a renumeração do artigo (de 395 para 396) veio com o substitutivo apresentado".

O problema do duplo recebimento da denúncia, no entanto, já se afigurava desde a redação inicial sugerida pela Comissão Grinover que, ao mencionar a palavra "citação", já descortinava a duplicidade de momentos para o recebimento da denúncia. A tramitação legislativa apenas o enfatizou.

À época em que o anteprojeto foi apresentado ao Congresso Nacional, apontávamos que "No que tange ao recebimento parcial da imputação, em princípio ela faz sentido no sistema em que se verifica de modo efetivamente jurisdicionalizado (com debates, em contraditório) a viabilidade da acusação, e não no sistema atual em que tal ato chega a ser considerado pela jurisprudência como sem conteúdo decisório (e, portanto, não necessariamente motivado). O problema que poderá surgir é o limite da cognição do julgador no exercício da rejeição parcial, conjugado com o recebimento parcial e absolvição sumária, situação legalmente possível de coexistir, principalmente levando-se em conta os casos de conexão instrumental. Quando analisado por este prima, a junção de distintos e plúrimos juízos delibativos aflora a necessária cautela no emprego deste mecanismo, aparentemente simples na sua estrutura e supostamente voltado para uma maior celeridade processual", e concluímos afirmando que "muitas vezes a identificação de juízos deliberados com a celeridade processual é ilusória, bastando lembrar a possibilidade do exercício recursal para que se perca essa sinonímia" (CHOUKR, 2001b).

– Hipótese de rejeição liminar da denúncia ou queixa

As hipóteses são as tratadas no artigo 395 para onde remetemos o leitor destes Comentários.

– Recebimento da denúncia ou queixa

Se a reforma tivesse se limitado a estipular o disposto no presente artigo, o sistema renovado teria andado a contento. O problema é que os ritos ordinário e sumário possuem dois momentos de "recebimento de denúncia ou queixa": o previsto no presente artigo e aquele previsto no artigo 399, causando imensa perplexidade em quem quer que se aventure a interpretar esse "novo" sistema.

Assim, a primeira dificuldade é verificar qual, efetivamente, é o momento do recebimento da denúncia ou queixa, inclusive para definir-se o marco interruptivo da prescrição e a "natureza" da defesa que se seguirá.

Tratando-se de primeiro enfrentamento da matéria, somos levados a observar que o recebimento da denúncia se dá dos termos do presente artigo, quando já houve um juízo positivo de admissibilidade com o afastamento da rejeição liminar da inicial acusatória e com a determinação da citação da pessoa acusada.

Desta forma, a defesa que se seguirá não é uma defesa preliminar, no sentido de precedente ao recebimento da denúncia nos termos da "lei de tóxicos" (Lei 11.343/06), mas mais se aproxima da defesa prévia que já existia no ordenamento anterior, e que agora se encontra renovada em termos de prazo e com a possibilidade de, se for uma peça processual suficientemente robusta, ensejar o encerramento precoce da ação penal nos termos do artigo 397.

Essa mesma posição pode ser encontrada em *Giacomolli* (2008, p. 64) que, não sem antes lamentar a preponderância dos cânones inquisitivos na (re)forma operada, conclui que "não há como ser sustentado ser o segundo momento o verdadeiro momento do recebimento da acusação. É o que se infere da leitura sistêmica do art. 363 do CPP; do art. 366 do CPP e do art. 397 do CPP. Todos esses

atos processuais e decisões ocorrem antes do recebimento da denúncia que está no art. 399. Portanto, o momento do recebimento da acusação é o que se encontra previsto no art. 396 do CPP".

Art. 399 do CPP – Tramitação legislativa

A redação apresentada reflete aquela proposta pela Comissão Grinover, nos seguintes termos: "Art. 399. Recebida a acusação, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o Estado providencias sua apresentação.

§ 2º O juiz presidiu a instrução deverá proferir a sentença." (NR).

No Senado da República houve a apresentação, pelo i. Senador Antônio Carlos Valadares de substitutivo para corrigir o flagrante problema surgido com a redação, apresentado nos seguintes termos: "**Art. 399**. Recebida a acusação, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente."

A justificativa foi apresentada nos seguintes termos: A proposta consubstanciada no Projeto estabelece a possibilidade da defesa do réu ser apresentada antes da eventual absolvição sumária prevista no art. 397 do CPP, para tanto sendo providenciada a intimação do acusado (réu), do seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou assistente.

Como de notório saber, o vetor de orientação do Projeto é a alteração substancial no Código de Processo Penal (CPP) de modo a tornar os processos penais mais céleres, eficazes, garantindo a segurança jurídica, o direito de defesa e a não impunidade.

Não obstante, segundo a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), se por um lado essa regra evidencia um esforço no sentido de garantir o princípio da ampla defesa, por outro lado, tal regra pode tornar o feito mais lento. Desta feita, buscando inibir qualquer tipo de morosidade processual, a presente Emenda acolhe sugestão dos juízes federais, estabelecendo que a intimação não seja pessoal, e sim na pessoa do advogado (defensor), inclusive porque o réu já terá sido citado pessoalmente para responder à acusação (art. 396 do Projeto) e acompanhar todos os atos do processo.

O tema foi levado a discussão do Senado cujo registro se encontra em http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007-12-05122007/43667.pdf. Ali se observa claramente a palavra da i. Senadora relatora (Ideli Salvati – PT/SC) que, especificamente sobre a matéria assim se pronunciou: "Em primeiro lugar, o Ministério Público oferece a denúncia. Oferecida a denúncia, o juiz determina a citação do acusado e lhe dá um prazo de dez dias para a apresentação de uma defesa preliminar. Apresentada a defesa preliminar, o juiz julga se a acusação e a defesa têm consistência para dar continuidade ao processo ou se a defesa preliminar é suficiente substancial, a ponto de ele absorver sumariamente o acusado. Esse procedimento de absolvição sumária, com certeza, eliminará dos tribunais milhares e milhares de processos que vão até as últimas consequências, sem qualquer sustentação consistente para sua continuidade. Não sendo o acusado absolvido sumariamente, o juiz recebe a denúncia e marca uma audiência de instrução e julgamento."

Apresentado dessa forma, o tema foi colocado em debate por dez minutos, ocupado pelos Senadores para abordar tema estranho ao projeto em votação, mas politicamente candente naqueles dias (caso "Renan Calheiros") e somente voltou

a ser discutido na fala do i. Senador Demóstenes Torres, que utilizou seu tempo para afirmar: "Quero dizer que a matéria relatada pela Senadora **Ideli Salvatti** é da maior importância também para a fluência do processo penal, dentro do nosso ordenamento jurídico. Por quê? Porque cria, de forma saudável, princípios do Direito Civil, porque insere princípios do Direito Civil dentro do processo penal", concluindo que "também estamos contribuindo para melhorar o Direito do nosso País". O projeto foi, na sequência, aprovado. [*Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 637 a 646.]

No mesmo sentido, vai o magistério de **Damásio de Jesus**:

Redação imprecisa

O dispositivo possui redação imprecisa. A Lei dispõe que a audiência de instrução e julgamento será designada depois de "recebida a denúncia ou a queixa". Esta providência, contudo, já ocorreu anteriormente (art. 395). Onde se lê: "recebida a denúncia ou a queixa", entenda-se: "não tendo ocorrido a absolvição sumária (art. 397)".

Recebimento da denúncia ou queixa

O momento adequado para tal providência é aquele previsto no art. 395 deste Código, ou seja, tão logo a peça inicial seja oferecida e o Juiz verifique que não é caso de rejeição. Como pondera André Estefam: "Das diversas discussões que a nova legislação ensejará, uma já se pode antever: a 'resposta escrita', prevista nos arts. 396 e 396-A do CPP, pressupõe o recebimento da denúncia (ou queixa), ou se trata de uma 'defesa preliminar' anterior ao recebimento da acusação? Cremos que a resposta escrita (arts. 396 e 396-A do CPP), a qual sucede a citação do acusado e seu comparecimento ou de seu defensor constituído, não configura modalidade de 'defesa preliminar', vale dizer pressupõe denúncia ou queixa recebida. De ver que a nova lei (art. 395), tão logo seja oferecida a denúncia ou a queixa, determina ao Juiz verificar: (i) eventual inépcia, (ii) a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação e (iii) a existência de justa causa (lastro probatório mínimo). Ora, se assim procedeu o Magistrado e concluiu pelo preenchimento de todos esses itens, é evidente que recebeu a denúncia (ou a queixa). A nova redação do art. 396, *caput*, do CPP, ademais, é clara no sentido de que o Juiz, se não rejeitar liminarmente a inicial, 'recebê-la-á', isto é, declará-la-á (minimamente) admissível para, então, determinar a citação do acusado para responder por escrito à acusação. A discussão, convém lembrar, tem importância não só no campo processual, mas, notadamente, na órbita do Direito Material, uma vez que o recebimento da denúncia ou queixa interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva (art. 117, I, do CP), o qual pode suspender-se na hipótese de o réu ser citado por edital e não comparecer ou não constituir defensor (art. 366 do CPP). Pode-se concluir, então, que a acusação oferecerá a denúncia ou queixa. Se o Juiz não a rejeitar liminarmente, deverá recebê-la. Em seguida, dar-se-á a citação do acusado e a notificação para que ele apresente defesa escrita. Apresentada tal manifestação, poderá o Magistrado absolver sumariamente o réu, nos termos do novo art. 397 do CPP. A absolvição sumária será cabível quando houver causa manifesta (leia-se: evidente) de exclusão da ilicitude ou culpabilidade (salvo a inimputabilidade), quando demonstrada a atipicidade do fato ou quando estiver extinta a punibilidade do agente. Não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397 do CPP), o Juiz designará audiência de instrução, debates e julgamento (art. 399 do CPP). De notar que o art. 399, quando

dispõe acerca da designação de audiência para instrução, debates e julgamento, determina que o Juiz deverá fazê-lo depois de 'recebida a denúncia ou queixa'. A maneira como o dispositivo foi redigido pode dar margem a interpretações equivocadas. Na verdade, quando o art. 399 do CPP dispõe que, 'recebida a denúncia ou queixa, o Juiz designará a audiência, deve-se entender que ele assim o fará se não for caso de absolvição sumária (art. 397), porque a denúncia já foi recebida antes da citação. É interessante notar que o Projeto n. 2007, de 2001, do qual resultou a Lei n. 11.719/2008, pretendia estabelecer a resposta escrita nos moldes de uma defesa preliminar, vale dizer, de uma manifestação que deveria anteceder o recebimento da acusação. De ver, contudo, que, na Câmara dos Deputados, o Projeto foi modificado, ao argumento de que não teria cabimento mandar citar o réu sem acusação recebida. Quando o Projeto foi remetido ao Senado Federal, novamente buscou-se introduzir o mecanismo original, qual seja a defesa preliminar anterior ao recebimento da inicial. De volta à Câmara, contudo, a emenda do Senado foi rejeitada. Eis o texto do parecer do Deputado Régis Fernandes de Oliveira à referida emenda do Senado: 'Emenda n. 8: Pretende alterar o *caput* do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo 'recebê-la-á', sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399. O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o Juiz ao analisar da denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera. Rejeita-se a alteração proposta pelo Senado'. Acrescente-se, por derradeiro, que o processo terá sua formação completa com a citação do acusado, nos termos expressos do art. 363, *caput*, com redação da Lei n. 11.719/2008." (*Código de Processo Penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 363 a 365.)

Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o art. 399 do Código de Processo Penal, leciona que:

Início da instrução e erro de redação: é inegável o equívoco legislativo na redação do art. 399 ("recebida a denúncia ou queixa"), dando a entender que seria a peça acusatória recebida duas vezes, pois já fora realizada essa atividade por ocasião do disposto no art. 396, *caput*. Tanto que este artigo é bem claro, mencionando, até de maneira desnecessária, que a peça acusatória, se não for liminarmente rejeitada, será recebida, ocasião em que o magistrado ordenará a citação do réu para responder à acusação. Ademais, por uma questão de lógica, somente tem sentido falar-se em absolvição sumária, quando a relação processual aperfeiçoou-se, ou seja, a peça acusatória foi recebida, réu foi citado e ofereceu sua defesa. Se a defesa prevista no art. 396-A fosse mera defesa preliminar, a denúncia ou queixa não teria sido recebida, nem se falaria em absolvição sumária, mas em simples rejeição da peça acusatória, caso acolhidos os argumentos defensivos. Note-se o procedimento adotado na Lei 11.343/2006 (Drogas), como ilustração: oferecida a denúncia, o juízo ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, em dez dias. Na sua resposta, ele pode alegar toda a matéria defensiva possível (exatamente como previsto no art. 396-A do CPP. Se não forem consistentes os argumentos do acusado, o juiz recebe a denúncia e o prossegue, com a designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (arts. 55 e 56). A sistemática é alterada no CPP. Segue-se o padrão estabelecido

> para o júri (art. 406, CPP). O juiz recebe a denúncia ou queixa, ordena a citação, colhe a defesa prévia e prossegue na instrução. Logicamente, se a defesa prévia contiver, no júri, matéria prejudicial (apontando, por exemplo, causa de extinção da punibilidade), o juiz a acolherá e o processo será extinto. A única diferença no procedimento comum é que, recebida a denúncia ou queixa e produzida a defesa prévia, cabe ao magistrado absolver sumariamente o acusado, se acolher os argumentos defensivos. Não o fazendo, prosseguirá na instrução do feito, designando audiência na instrução e julgamento. Por isso, a única cautela para dar sintonia aos artigos do CPP, com nova redação, é ignorar a expressão "recebida a denúncia ou queixa", prevista no início do art. 399. Quis dizer: "tendo sido recebida a denúncia ou queixa, nos moldes do art. 396, *caput*, e não tendo havido a absolvição sumária, nos termos do art. 397" deve o juiz continuar com a instrução. Nada mais que isso. Portanto, inexiste "dois recebimentos" da peça acusatória, nem é dado à parte (acusação ou defesa) escolher qual deles é o mais conveniente. Não deve o juiz, por outro lado, receber outra vez a peça acusatória, após ler os argumentos da defesa prévia. Ao contrário, deve mencionar que, lidos os referidos argumentos defensivos, inexiste motivo para a absolvição sumária, portanto, designa audiência de instrução e julgamento, intimando-se o réu. A prescrição será interrompida no recebimento válido da peça acusatória (art. 396, *caput*, CPP). [*Código de Processo Penal comentado.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 769/770.]

À luz desses elementos de doutrina e considerando que o juízo de primeiro grau afastou a incidência do art. 395 do CPP e invocou o art. 396 do citado diploma legal, recebendo a denúncia, é pertinente, *quanto à forma*, manter o processo como foi autuado, prosseguindo-se, assim, na análise do art. 397 do CPP, assim como destacou o eminente relator.

Ainda de doutrina de grande prestígio acerca do dispositivo em comento extraem-se os seguintes aspectos:

> Nessa hipótese, o juiz **recebeu** a denúncia ou queixa, analisando o conteúdo do inquérito policial (ou peças similares). **Detectou, portanto, justa causa para a ação penal**. [*Código de Processo Penal comentado.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 727 – Grifei.]

Pode-se afirmar, portanto, que a fase do art. 397 do CPP seria praticamente um julgamento antecipado da lide (absolvição sumária), apenas quando enquadrado o caso em um dos seus incisos.

Feito esse registro, concluo meu voto, como dito anteriormente, acompanhado o eminente relator, negando provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AP 630-AgR/MG — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Agravado: Newton Cardoso (Advogado: Luís Carlos Parreiras Abritta).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao agravo regimental. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes e, licenciado, 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, 15 de dezembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO 1.022 — ES

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Helio da Silva Landes — Agravados: Presidente da República, Congresso Nacional e Vale S.A.

Agravo regimental em mandado de injunção. Alegada omissão da norma regulamentadora do art. 7º, XXI, da Constituição. Superveniência da Lei 12.506/2011. Perda de objeto. Agravo desprovido.

I – A orientação do Supremo Tribunal Federal é pela prejudicialidade do mandado de injunção com a edição da norma regulamentadora então ausente.

II – Excede os limites da via eleita a pretensão de sanar a alegada lacuna normativa do período pretérito à edição da lei regulamentadora.

III – Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negar provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 10 de maio de 2012 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra *decisum* em que julguei prejudicado este mandado de injunção, impetrado contra alegada omissão em elaborar a norma regulamentadora prevista no art. 7º, XXI, da Constituição Federal.

Isso porque, em 13-10-2011, foi publicada a Lei 12.506, que regulamentou a concessão de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço trabalhado.

Irresignado, o recorrente argumenta que a citada lei, por ter entrado em vigor após sua demissão, em nada lhe aproveita.

Afirma, ademais, que a lei não pode ser aplicada a fatos pretéritos, o que mantém íntegra sua pretensão de que seja deferida a ordem a fim de estabelecer a norma que lhe assegurará o direito de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, entendo que não pode ser acolhida a pretensão do agravante.

Com efeito, a orientação do Supremo Tribunal Federal é pela prejudicialidade do mandado de injunção com a edição da norma regulamentadora então ausente, como se verifica do julgamento do MI 634-AgR/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, cujo acórdão foi assim ementado:

> Mandado de injunção: perda de objeto pela superveniência da Lei 10.331/2001, que regulamentou o dispositivo constitucional a que se refere a impetração (CF, art. 37, X).

Vale destacar, ademais, o quanto assentou o ministro Sepúlveda Pertence naquele julgamento, no sentido de que "excede os limites da via eleita a pretensão de sanar a alegada lacuna normativa do período pretérito à edição da lei regulamentadora".

Por essas razões, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

MI 1.022-AgR/ES — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Helio da Silva Landes (Advogada: Cristiane Silva Teixeira Pinto). Agravados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União), Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União) e Vale. S.A. (Advogados: Pedro Lopes Ramos e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o ministro Ayres Britto.

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

Brasília, 10 de maio de 2012 — Luiz Tomimatsu, assessor-chefe do Plenário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 — DF

Relator: O sr. ministro Ayres Britto

Requerentes: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen, Democratas, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social – Fenafisp — Interessados: Presidente da República, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH

Ações diretas de inconstitucionalidade. MP 213/2004, convertida na Lei 11-96-2005. Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia.

1. A Fenafisp não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isso porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. ADI 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*.

2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na MP 213/2004.

3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade.

4. A Lei 11-96-2005 não laborou no campo material reservado a lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado.

5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com este ou aquele fator de supremacia formal.

Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (*"*ciclos cumulativos de desvantagens competitivas*"*). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Rui Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

8. O ProUni é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

9. O art. 9º da Lei 11-96-2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

10. ADI 3.379 não conhecida. ADI 3.314 e ADI 3.330 julgadas improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencido o ministro Marco Aurélio. Impedida a ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 3 de maio de 2012 — Ayres Britto, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ayres Britto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto alguns dispositivos da MP 213/2004, já convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Medida provisória que "institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI), regula a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e dá outras providências".

2. O que alegam os acionantes? Alegam que a MP 213/2004 foi editada à mingua dos pressupostos constitucionais da *urgência* e da *relevância* (art. 62). Bem assim, que a União carece de competência legislativa para dispor sobre educação mediante normas específicas e que, em alguns de seus dispositivos, o ato legislativo em causa dispõe sobre matéria reservada à lei complementar. Mais ainda, arguem os autores que os textos normativos sob censura desrespeitaram os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

3. Já em sede de informações, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República rechaça a tese de que a MP 213/2004 desatende aos pressupostos constitucionais da sua edição. Afirma, por outro lado, que esse ato normativo não dispõe sobre "educação, cultura e desporto", tampouco institui novo requisito de enquadramento dos estabelecimentos de ensino superior como entidades beneficentes. O que outorga a medida provisória, em verdade, é isenção às universidades privadas não contempladas com a imunidade constitucional.

4. Vai além o requerido para dizer que não procede a alegação autoral de que a MP 213/2004 teria invadido o campo de conformação normativa que é próprio da lei complementar, devido a que somente nas hipóteses expressamente previstas pela Carta Federal é que se justifica a adoção desse último diploma legislativo.

5. Prossigo na tarefa de relatar o feito para averbar que, ante a conversão da MP 213/2004 em lei, o autor requereu o aditamento da inicial (fls. 146/148).

6. De sua parte, o advogado-geral da União se manifestou pela improcedência dos pedidos. Mesmo ponto de vista, anote-se, defendido pelo procurador-geral da República.

7. Enfim, eis o inteiro teor dos textos normativos que os autores entendem portar o vício da inconstitucionalidade:

Art. 2º A bolsa será destinada:

I – a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

(...)

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

(...)

Art. 5º A instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá aderir ao ProUni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para o equivalente a 10,7 (dez inteiros e sete décimos) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo ProUni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados.

§ 1º O termo de adesão terá prazo de vigência de 10 (dez) anos, contado da data de sua assinatura, renovável por iguais períodos e observado o disposto nesta Lei.

§ 2º O termo de adesão poderá prever a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

§ 3º A denúncia do termo de adesão, por iniciativa da instituição privada, não implicará ônus para o Poder Público nem prejuízo para o estudante beneficiado pelo ProUni, que gozará do benefício concedido até a conclusão do curso, respeitadas as normas internas da instituição, inclusive disciplinares, e observado o disposto no art. 4º desta Lei.

§ 4º A instituição privada de ensino superior com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente poderá, alternativamente, em substituição ao requisito previsto no *caput* deste artigo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 22 (vinte e dois) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do ProUni, efetivamente recebida nos termos da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou sequencial de formação específica.

§ 5º Para o ano de 2005, a instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá:

I – aderir ao ProUni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para cada 9 (nove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo ProUni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados;

II – alternativamente, em substituição ao requisito previsto no inciso I deste parágrafo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 19 (dezenove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação,

desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 10% (dez por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do ProUni, efetivamente recebida nos termos da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou sequencial de formação específica.

§ 6º Aplica-se o disposto no § 5º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição, e o disposto no *caput* e no § 4º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do exercício de 2006, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição.

(...)

Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao ProUni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias:

I – proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 5º desta Lei;

II – percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.

§ 1º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

§ 2º No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios do § 1º deste artigo, as vagas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que se enquadrem em um dos critérios dos arts. 1º e 2º desta Lei.

§ 3º As instituições de ensino superior que não gozam de autonomia ficam autorizadas a ampliar, a partir da assinatura do termo de adesão, o número de vagas em seus cursos, no limite da proporção de bolsas integrais oferecidas por curso e turno, na forma do regulamento.

§ 4º O Ministério da Educação desvinculará do ProUni o curso considerado insuficiente, sem prejuízo do estudante já matriculado, segundo critérios de desempenho do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, por duas avaliações consecutivas, situação em que as bolsas de estudo do curso desvinculado, nos processos seletivos seguintes, deverão ser redistribuídas proporcionalmente pelos demais cursos da instituição, respeitado o disposto no art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei 11.509, de 2007)

§ 5º Será facultada, tendo prioridade os bolsistas do ProUni, a estudantes dos cursos referidos no § 4º deste artigo a transferência para curso idêntico ou equivalente, oferecido por outra instituição participante do Programa.

Art. 8º A instituição que aderir ao ProUni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão:

I – Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;

II – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

III – Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991; e

IV – Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar 7, de 7 de setembro de 1970.

§ 1º A isenção de que trata o *caput* deste artigo recairá sobre o lucro nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, e sobre a receita auferida, nas hipóteses dos incisos III e IV do *caput* deste artigo, decorrentes da realização de atividades de ensino superior, proveniente de cursos de graduação ou cursos sequenciais de formação específica.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disciplinará o disposto neste artigo no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 9º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I – restabelecimento do número de bolsas a serem oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II – desvinculação do ProUni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e sem ônus para o Poder Público.

§ 1º As penas previstas no *caput* deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do ProUni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º As penas previstas no *caput* deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa.

Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou sequencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou sequencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.

§ 1º A instituição de que trata o *caput* deste artigo deverá aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

§ 2º Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o *caput* deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

§ 3º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.

§ 4º Assim que atingida a proporção estabelecida no *caput* deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.

§ 5º É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

Art. 11. As entidades beneficentes de assistência social que atuem no ensino superior poderão, mediante assinatura de termo de adesão no Ministério da Educação, adotar as regras do ProUni, contidas nesta Lei, para seleção dos estudantes beneficiados com bolsas integrais e bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), em especial as regras previstas no art. 3º e no inciso II do *caput* e §§ 1º e 2º do art. 7º desta Lei, comprometendo-se, pelo prazo de vigência do termo de adesão, limitado a 10 (dez) anos, renovável por iguais períodos, e respeitado o disposto no art. 10 desta Lei, ao atendimento das seguintes condições:

I – oferecer 20% (vinte por cento), em gratuidade, de sua receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, ficando dispensadas do cumprimento da exigência do § 1º do art. 10 desta Lei, desde que sejam respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde;

II – para cumprimento do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, a instituição:

a) deverá oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral a estudante de curso de graduação ou sequencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de curso de graduação ou sequencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, observado o disposto nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 10 desta Lei;

b) poderá contabilizar os valores gastos em bolsas integrais e parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), destinadas a estudantes enquadrados no § 2º do art. 1º desta Lei, e o montante direcionado para a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa;

III – gozar do benefício previsto no § 3º do art. 7º desta Lei.

§ 1º Compete ao Ministério da Educação verificar e informar aos demais órgãos interessados a situação da entidade em relação ao cumprimento das exigências do ProUni, sem prejuízo das competências da Secretaria da Receita Federal e do Ministério da Previdência Social.

§ 2º As entidades beneficentes de assistência social que tiveram seus pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos, nos 2 (dois) últimos triênios, unicamente por não atenderem ao percentual mínimo de gratuidade exigido, que adotarem as regras do ProUni, nos termos desta Lei, poderão, até 60 (sessenta) dias após a data de publicação desta Lei, requerer ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS a concessão de novo Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social e, posteriormente, requerer ao Ministério da Previdência Social a isenção das contribuições de que trata o art. 55 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O Ministério da Previdência Social decidirá sobre o pedido de isenção da entidade que obtiver o Certificado na forma do *caput* deste artigo com efeitos

a partir da edição da Medida Provisória 213, de 10 de setembro de 2004, cabendo à entidade comprovar ao Ministério da Previdência Social o efetivo cumprimento das obrigações assumidas, até o último dia do mês de abril subsequente a cada um dos 3 (três) próximos exercícios fiscais.

§ 4º Na hipótese de o CNAS não decidir sobre o pedido até o dia 31 de março de 2005, a entidade poderá formular ao Ministério da Previdência Social o pedido de isenção, independentemente do pronunciamento do CNAS, mediante apresentação de cópia do requerimento encaminhando a este e do respectivo protocolo de recebimento.

§ 5º Aplica-se, no que couber, ao pedido de isenção de que trata este artigo o disposto no art. 55 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)

Art. 13. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, sem fins lucrativos, que adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta Lei e que estejam no gozo da isenção da contribuição para a seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que optarem, a partir da data de publicação desta Lei, por transformar sua natureza jurídica em sociedade de fins econômicos, na forma facultada pelo art. 7º-A da Lei 9.131, de 24 de novembro de 1995, passarão a pagar a quota patronal para a previdência social de forma gradual, durante o prazo de 5 (cinco) anos, na razão de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada ano, cumulativamente, até atingir o valor integral das contribuições devidas.

Parágrafo único. A pessoa jurídica de direito privado transformada em sociedade de fins econômicos passará a pagar a contribuição previdenciária de que trata o *caput* deste artigo a partir do 1º dia do mês de realização da assembleia geral que autorizar a transformação da sua natureza jurídica, respeitada a gradação correspondente ao respectivo ano.

8. É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhora presidente, inicio o meu voto com o juízo de que a **Fenafisp** não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isso porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais; que não é o caso da autora.

10. A esse respeito, a jurisprudência deste STF é firme no sentido de que, **"(...) no âmbito das entidades sindicais, a questionada legitimação é privativa das confederações" (*v.g.*, ADI 4.064-MC, Celso de Mello; ADI 398, 1º-2-1991, Sanches, *RTJ* 135/495; ADI 17, 11-3-1991, Sanches, *RTJ* 135/853; ADI 360, 21-9-1990, Moreira, *RTJ* 144/703; ADI 488, 26-4-1991, Gallotti, *RTJ* 146/42; ADI 526, 16-10-1991, *RTJ* 145/101; ADI 689, 29-3-1992, Néri, *RTJ* 143/831; ADI 599, 24-10-1991, Néri, *RTJ* 144/434; ADI 772, 11-9-1992, Moreira, *RTJ* 147/79; ADI 164, 8-9-1993, Moreira, *RTJ* 139/396; ADI 935, 15-9-1993, Sanches, *RTJ* 149/439; ADI 166, 5-9-1996, Galvão, *DJ* de 18-10-1996; ADI 1.795, 19-3-1998, Moreira, *DJ* de 30-4-1998; ADI 1.785-AgR, 8-6-1998, Jobim, 7-8-1998)**.

11. Esse o quadro, dou pela ilegitimidade da Fenafisp, pelo que não conheço da ADI 3.379. Todavia, atento à representatividade da postulante, defiro a sua participação no presente feito na condição de *amicus curiae*.

12. Por outra volta, adiro à jurisprudência desta nossa instância judicante, no sentido de que a conversão de medida provisória em lei **não** prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa (ADI 2.736, rel. min. Cezar Peluso; ADI 4.049-MC, rel. min. Ayres Britto; ADI 4.048-MC, rel. min. Gilmar Mendes; ADI 2.527-MC, rel. min. Ellen Gracie; ADI 1.910-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence). O que faço, no entanto, no caso destes autos, para atestar a urgência e relevância dos temas versados na medida provisória impugnada.

13. Muito bem. Ultrapassada essa questão preliminar, começo por dizer que a Lei Republicana tem a **educação** em elevadíssimo apreço. Dela trata, inicialmente, no seu art. 6º, para erigi-la à condição de direito social[1]. Já no inciso V do seu art. 23, a Lei Federativo-Republicana trata de densificar esse direito, ao estabelecer que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar "os meios de acesso à cultura, **à educação** e à ciência". Donde a competência legislativa concorrente sobre a matéria, a teor do inciso IX do artigo constitucional de n. 24. Isso se parelha com a competência legislativa da União para dispor, privativamente, sobre "diretrizes e bases da educação nacional" (inciso XXIV do art. 22 da CF).

14. Esse desvelo para com a **educação** é tanto que o *Magno Texto* dela também cuida em capítulo próprio, no título devotado à toda a Ordem Social (Capítulo III do Título VIII). E o faz para dizer que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205). Passando a explicitar que: a) o dever do Estado para com ela, educação, é de ser efetivado mediante a garantia de:

> I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;
>
> II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

---

[1] "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

> VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. [CF/1988, art. 208.]

15. Pois bem, da conexão de todos os dispositivos constitucionais até agora citados avulta a compreensão de que a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. Mas uma política pública necessariamente imbricada com ações da sociedade civil, pois o fato é que também da Constituição figuram normas que: a) impõem às famílias deveres para com ela, educação (*caput* do art. 205); b) fazem do ensino uma atividade franqueada à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de "cumprimento das normas gerais da educação nacional", mais a "autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público" (art. 209, coerentemente, aliás, com o princípio igualmente constitucional da "coexistência de instituições públicas e privadas de ensino"); c) ainda admitem a prestação do ensino por "escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei", mediante o preenchimento de requisitos também expressamente indicados (incisos I e II do art. 213).

16. Ora bem, diante desse conjunto normativo-constitucional que impõe ao Estado e à sociedade uma atuação rigorosamente concertada ou solidária, a postura interpretativa que me parece cabível é saber se o diploma normativo posto em xeque atuou ou não atuou nos marcos da liderança que à União patentemente incumbe exercer na matéria. A resposta, em linha de princípio, me parece afirmativa. Quero dizer: numa primeira aproximação cognitiva da matéria, o ato normativo de cuja validade se questiona bem posicionou a União Federal nos temas centrais a que se refere a própria ementa dela mesma, MP 213/2004. São eles: a) o facilitado acesso de estudantes economicamente débeis ao ensino universitário; e b) a atuação de entidades de assistência social no ensino superior.

17. Em consideração, todavia, à natureza mesma da ação constitucional *sub judice*, passemos ao enfrentamento de cada qual dos fundamentos com que se aparelhou a petição de ingresso. Fundamentos aqui reproduzidos segundo a ordem em que foram esgrimidos.

18. O que se alega, inicialmente, é que os arts. 10 e 11 da Lei 11-96-2005 ofendem o inciso II do art. 146 e o § 7º do art. 195 da Lei Maior. Isso porque, ao ampliar o conceito de "entidade beneficente de assistência social", tais dispositivos legais criaram condições para que várias instituições gozassem de desoneração fiscal. Benefício, esse, que operaria como uma verdadeira limitação ao poder estatal de tributar, e, por isso mesmo, submetido à ressalva de lei complementar.

19. Não é bem assim. Veja-se que a própria Constituição Federal, ao descrever certas hipóteses de imunidade tributária, assentou que:

> Art. 195. (...)
> § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

20. É exatamente aí, nesse § 7º do art. 195, que o termo "isenção" outra coisa não traduz senão imunidade tributária[2]. E o fato é que essa espécie de desoneração fiscal tem como destinatárias as entidades beneficentes de assistência social **que satisfaçam os requisitos estabelecidos em lei**. Logo, o discurso normativo-constitucional foi que instituiu um novo óbice ao poder estatal de tributar as pessoas jurídico-privadas a que se referiu, embora transferindo para a lei – e lei ordinária, enfatize-se – a tarefa de indicar os pressupostos de gozo do favor fiscal. Não o favor em si.

21. Em palavras outras, não foi a lei requestada pelo § 7º do art. 195 do Magno Texto Federal que, no tema, ficou autorizada a limitar o poder estatal de imposição tributária. O que à lei se conferiu foi a força de aportar consigo as regras de configuração de determinadas entidades privadas como de beneficência no campo da assistência social, para, e só então, fazerem jus a uma desoneração antecipadamente criada. Antecipadamente criada pela Constituição e, nessa medida, consubstanciadora de imunidade. A despeito do nome "isenção", utilizado por rematada atecnia.

22. A autora ainda argui que os dispositivos legais em causa não se limitam a estabelecer requisitos para o gozo da referida imunidade. Eles desvirtuam o próprio conceito constitucional de "entidade beneficente de assistência social". Assertiva que não me parece procedente. Isso porque a elaboração do conceito dogmático há de se lastrear na própria normatividade constitucional. Normatividade que tem as "entidades beneficentes de assistência social" como instituições privadas que se somam ao Estado para o desempenho de atividades tanto de inclusão e promoção social quanto de integração comunitária. Tudo muito bem resumido neste emblemático artigo constitucional de número 203, *litteris*:

> **Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

23. Esta a principal razão pela qual a Lei Federativo-Republicana, ao se referir às entidades de beneficência social que atuam especificamente na área de educação, designou-as por "escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas" (art. 213, *caput*). Donde a decisão proferida no RMS 22.192, da relatoria do ministro Celso de Mello, aclarando que a entidade do tipo beneficente de

---

[2] Sobre esse tema, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho que "(...) toda restrição ou contrição ou vedação ao poder de tributar das pessoas políticas com *habitat* constitucional traduz imunidade, nunca isenção, sempre veiculável por lei infraconstitucional" (*Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1999. p. 147/1478).

assistência social a que alude o § 7º do art. 195 da Constituição abarca a de assistência educacional. Também assim o RMS 22.360, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, conforme se vê da seguinte ementa:

> *Ementa: Mandado de segurança. Recurso ordinário. Interposição contra decisão denegatória do Superior Tribunal de Justiça. Contribuição previdenciária. Imunidade. Entidade filantrópica. Lei 3-577-1954. Decreto-Lei 1-572-1977.* Dada a condição de entidade beneficente de assistência social, reconhecida de utilidade pública federal em data anterior à edição do Decreto-Lei 1-572-1977, a recorrente teve preservada a sua situação isencional relativamente à quota patronal da contribuição previdenciária. Aplicação da tese acolhida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RMS 22.192-9, rel. min. *Celso de Mello.* Recurso provido. Segurança concedida.

24. Nesse fluxo de ideias é que se inscreve o art. 10 da Lei 11-96-2005, assim redigido:

> Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou sequencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou sequencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.
>
> § 1º A instituição de que trata o *caput* deste artigo deverá aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.
>
> § 2º Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o *caput* deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.
>
> § 3º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.
>
> § 4º Assim que atingida a proporção estabelecida no *caput* deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.
>
> § 5º É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

25. Enfim, e para que não se confunda o campo de legítimo uso da lei ordinária com aquel'outro reservado a lei complementar, trago à ribalta a seguinte passagem do voto que proferiu o ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.802:

> Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito "**aos lindes das imunidades**", à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, sua relação "**com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas**"; mas remete à lei ordinária "**as normas reguladoras da Constituição e funcionamento da entidade imune**", voltadas a obviar que "**falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade**", em fraude à Constituição.

26. Vê-se, portanto, que o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado a lei complementar. Isso porque, a meu ver, ele tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. É o que bem captou o advogado-geral da União, *verbis*:

> (...) a imunidade estampada no art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal, apenas é direcionada às instituições consideradas beneficentes, assim mesmo restrita aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços, não o fazendo quanto aos demais tributos, como as contribuições previdenciárias que o questionado art. 8º isenta (...)
>
> Ademais, a adesão ao ProUni está facultada às universidades privadas de ensino em geral, **beneficentes ou não**. Visa estimular a adesão destas ao programa, instituindo a isenção do imposto de renda e de algumas contribuições sociais. A norma foi dirigida, logicamente, às instituições não imunes.

27. Tudo isso posto, passo a examinar a alegação de que o art. 2º da Lei 11-96-2005 viola o *caput* e os incisos I e LIV do art. 5º da Constituição Federal. Fazendo-o, ainda uma vez entendo desassistir razão à autora. Explico.

28. O substantivo "igualdade", mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), **é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização**. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

29. Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou *desvalor*, ali). Isso porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais). O desigual a servir como empírico portal da investigação científica e, daí, como desafio de sua eliminação pelas normas jurídicas.

30. É o que também sucede com o tempo histórico de elaboração dos diplomas constitucionais originários. Ali na própria *linha de largada* da convocação de uma nova assembleia nacional constituinte, o que se tem? A premente necessidade de saneamento daquela genérica situação de desigualdades para cujo enfrentamento a Constituição vencida se revelou tão incapaz a ponto de ver esclerosadas as instituições nascidas sob o seu arcabouço ou *guarda-chuva* normativo. Não sendo por outra razão que a nossa Constituição mesma (a de 1988) já coloca entre os objetivos fundamentais da República Federativa "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir **as desigualdades** sociais e regionais" (inciso III do art. 3º). Discurso que é retomado em outras passagens dela própria, Constituição, como o dispositivo que inscreve nas competências materiais comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores **desfavorecidos**" (negritos à parte, em ambas as transcrições).

31. Ora bem, que é o desfavorecido senão o desigual *por baixo*? E, quando esse tipo de desigualdade se generaliza e perdura o suficiente para se fazer de traço cultural de um povo, é dizer, quando a desigualdade se torna uma característica das relações sociais de base, uma verdadeira práxis, aí os segmentos humanos tidos por inferiores passam a experimentar um perturbador sentimento de baixa autoestima. Com seus deletérios efeitos na concretização dos valores humanistas que a Magna Lei brasileira bem sintetizou no objetivo fundamental de "construir uma sociedade justa, livre e solidária" (inciso I do art. 3º). Pois como negar o fato de que o desigual por baixo, assim *macrodimensionado* e renitente, se configure como um fator de grave desequilíbrio social? A condenar inteiros setores populacionais a uma tão injusta quanto humilhante exclusão dos benefícios da própria vida humana em comum?

32. Acontece que a imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos (personifiquemos as coisas, doravante). Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são **compensadas** com esse ou aquele fator de supremacia formal. É o que sucede, por exemplo, com a categoria profissional dos empregados, a receber do art. 7º da Constituição um rol de direitos subjetivos frente aos respectivos empregadores, a fim de que tal superioridade jurídica venha a compensar, de alguma forma, a inferioridade econômica e social de que eles, empregados, reconhecidamente padecem. Diga-se o mesmo dos dispositivos constitucionais que favorecem as mulheres com uma licença-gestação de maior durabilidade que a outorgada a título de licença-paternidade (inciso XVIII do art. 7º) e com a redução em cinco anos da idade cronológica e do tempo de contribuição previdenciária de que elas precisam para o gozo das respectivas aposentadorias (alínea *a* do inciso III do § 1º do art. 40, c/c os incisos I e II do § 7º do art. 201). Tudo nos combinados pressupostos de que a mulher sofre de percalços biológicos não experimentados pelo homem e que mesmo a sociedade ocidental de que o Brasil faz parte ainda se caracteriza por uma cultura machista ou da espécie patriarcal

(predomínio dos valores do homem). Também assim a regra de tombamento de "todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" (§ 5º do art. 216), a significar uma enfática proclamação de que o componente negro do sangue brasileiro, sobre estar reforçadamente a salvo de discriminação (inciso IV do art. 3º, c/c inciso XLII do art. 5º), é motivo de orgulho nacional e permanente exaltação. Uma espécie de pagamento (ainda que tardio e insuficiente) da dívida fraternal que o País contraiu com os brasileiros afro-descendentes, nos ignominiosos séculos da escravidão negra.

33. Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por consequência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um povo.

34. Essa possibilidade de o direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante desta ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no "preconceito" ou fazer "discriminações", que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O vocábulo "distinção" a significar *discriminação* (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais).

35. Renovando o juízo: ali onde houver uma tradição de concórdia, entendimento, harmonia, horizontalidade, enfim, como forma usual de se entretecer relações sociais, a coletividade *passa ao largo* do desequilíbrio como estilo de vida e não tem por que lançar mão do seu poder legiferante de índole reparadora ou compensatória. Ao contrário, onde houver um estado de coisas que se tipifique por uma prolongada discórdia, um duradouro desentendimento, uma renitente desarmonia, uma submissão de segmentos humanos a iníquas ou humilhantes relações de autoridade ou de crasso preconceito, aí os desequilíbrios societários se aguçam e o saque da lei como instrumento de correção de rumos se faz imperioso. E como os fatores de desequilíbrio social têm nas mencionadas situações de desigualdade um tradicional componente, fica evidente que a fórmula pela qual a lei tem que operar é a diferenciação entre partes.

36. É neste passo que se põe o delicado problema de saber que fatores de diferenciação compensatória a lei pode validamente erigir, tendo em vista que a nossa Constituição não os menciona. Não aponta os elementos de "discrímen" ou

os dados de diferenciação de que a lei pode fazer uso. Apenas se refere àqueles de que o legislador não pode *lançar mão.*

37. Com efeito, o Magno Texto Republicano se limita a dizer, no tema, que um dos objetivos centrais do Estado brasileiro é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV do art. 3º). Falando com isso que a procedência geográfica de alguém, assim como a raça, o sexo, a cor e a idade de quem quer que seja **nada disso pode servir, sozinho, como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano**. Nem da valiosidade social, nem do caráter das pessoas, pois os dados a que se reporta o art. 3º da Constituição decorrem todos de uma simples obra do acaso. São fatores de acidente, e não de essência.

38. Daqui resulta o óbvio: nem aqueles referidos fatores de acidente na vida de uma pessoa (a cor da pele, a procedência geográfica, o sexo, etc.), nem qualquer outro que também se revele como imperscrutável obra do acaso podem se prestar como isolado e detrimentoso critério legal de desigualação, porque tal diferenciação implicará "preconceito" ou "discriminação". Já no tocante a outros fatores não exatamente derivados *das tramas do acaso*, mas a fatores histórico-culturais, aí não vemos outra saída que não seja a aplicação daquele cânone da Teoria Constitucional que reconhece a toda Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos. Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da *Lex Máxima*, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, **como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.**

39. Nessa vertente de ideias, anoto que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha *a toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do primacial juízo de que a desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo *gerenciamento* do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Rui Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, sim, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

40. No ponto, é de se trazer à tona uma parte das informações prestadas à fl. 382, versada nos seguintes termos:

A arguição é certamente mais tendenciosa do que é possível vislumbrar de imediato. Como é absolutamente óbvio, o Programa só faz sentido porque tem um público-alvo social e economicamente focado: estudantes com renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e de até três salários mínimos para bolsas parciais. O fato de o ProUni prever bolsas parciais não implica, lógica e necessariamente, que os beneficiários possam ter sido bolsistas parciais no ensino médio.

A isonomia a ser considerada **não** é a da relação entre bolsistas parciais do ensino médio e superior, paralelamente à relação entre bolsistas integrais no ensino médio e superior, **pois a matrícula no ensino superior não reflete a conclusão do ensino médio**. Nesse raciocínio, a Autora fratura o público-alvo do ProUni, qual seja, a imensa população de estudantes de baixa renda, divididos em duas classes de renda familiar. A suposição de que o corpo discente que conclui o ensino médio é equiparável ao corpo discente que chega ao ensino superior é absolutamente falsa – caso contrário, o ProUni seria desnecessário.

(...)

A determinação de que o estudante da rede privada a ser beneficiado pelo ProUni tenha cursado ensino médio completo na condição de bolsista não é fortuita nem inexplicável; justifica-se precisamente como **garantia da isonomia** interna do Programa, para manter a homogeneidade de seu público-alvo. Pressupor, como faz a Autora, que alunos de baixa renda selecionados conforme critérios socioeconômicos e raciais têm, por isso, "menor qualificação" que os demais cidadãos brasileiros é que configura autêntica discriminação, em frontal ofensa ao art. 3º, incisos III e IV, e ao art. 5º da Carta Constitucional.

Ora, as escolas privadas do ensino médio também oferecem descontos de pontualidade e bolsas para os melhores classificados em processos de seleção semelhantes aos vestibulares (os hoje tão difundidos "vestibulinhos"). Assim, não há falar em bolsas propriamente ditas, mas apenas em descontos conferidos não em função da renda, mas em função da competição por alunos propensos à aprovação em vestibulares de universidades públicas – um investimento em marketing, basicamente. Isso não é, em absoluto, assistência social beneficente.

41. Prossigo neste voto para também inacolher a tese de que o art. 7º da Lei 11-96-2005 tisna o princípio constitucional da autonomia universitária. Assim discordo porque o ProUni é, salientemente, um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonialização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. E precisamente um programa de adesão ou vinculabilidade espontânea por efeito mesmo daquele princípio da autonomia universitária que é, repise-se, de estatura constitucional (art. 207, CF).

42. Noutro giro, não me impressiona o argumento da autora que tem por suporte o princípio da livre iniciativa, devido a que esse princípio já nasce relativizado pela Constituição mesma. Daí o art. 170 estabelecer que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social** (...)". Aspecto que não passou despercebido ao procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, consoante os seguintes dizeres do seu parecer:

> (...) a liberdade de iniciativa assegurada pela Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma liberdade pública, sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justifique pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não viola, pois, o princípio da livre iniciativa, a lei que regula e impõe condicionamentos ao setor privado, mormente quando tais condicionamentos expressam, correta e claramente, então conferindo concretude a objetivo fundante da República Federativa do Brasil, qual seja:
>
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (art. 3º).

43. Não é tudo. Quanto ao art. 9º da lei em causa[3], a autora invoca o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". No caso, porém, cumpre reconhecer que, nem de longe, a matéria versada no precitado art. 9º é de natureza penal, motivo pelo qual já se verifica o total descabimento da tese autoral.

44. Ainda que assim não fosse, é de se ver que o art. 9º diz expressamente quais as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, a quem também incumbe o controle e gerenciamento do programa, pois se trata de matéria essencialmente administrativa.

45. Acresce que o ensino é livre à iniciativa privada, certo, mas sob duas condições constitucionais: autorização para funcionamento e avaliação de qualidade pelo poder público. Sendo que o art. 9º da Lei foi de tal modo cuidadoso que fez questão de condicionar eventual apenamento a abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

---

[3] "Art. 9º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I – restabelecimento do número de bolsas a serem oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II – desvinculação do ProUni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e sem ônus para o Poder Público.

§ 1º As penas previstas no *caput* deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do ProUni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º As penas previstas no *caput* deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa."

46. Por tudo quanto posto, senhora presidente, e por não enxergar nos textos impugnados nenhuma ofensa à Constituição, julgo **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 11-96-2005.

47. É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite? Essa questão, hoje, tem outras implicações. Naquelas ações diretas do setor elétrico, ADI 3.090 e ADI 3.100, discutimos, por exemplo, a aplicação do art. 246 da CF, que trata da possibilidade, ou não, de edição de medidas provisórias sobre determinados temas. E, agora, na versão da EC 32, temos essas exigências, também formais, quanto à possibilidade, ou não, de edição de medidas provisórias, vedação de matérias.

Dou um exemplo: caso de lei complementar que, hoje, se inclui nessa vedação. Se o Congresso aprovasse agora a medida provisória como lei complementar, não poderia haver a discussão. Parece-me que, naquele caso, dissemos que não havia como não fazer essa distinção.

Acredito que o ministro Carlos Britto, todavia, está fazendo referência apenas à questão da relevância e da urgência. Mas, neste atual contexto, ela ganha outra conotação, porque temos, realmente, todas essas delicadezas.

A questão do art. 246, naquilo que lhe é aplicável, o próprio bloco de vedação constante do art. 62, as matérias hoje vedadas, imaginemos uma matéria de processo penal ou de direito penal convertida em lei. Então, não se poderia mais discutir esse tema?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O relator fez exceção a esses casos, ele deixou claro.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu até me anteciparia e reconheceria a urgência, no caso, pelos pressupostos presentes, mas não subscreveria a tese aqui encaminhada pelo eminente relator.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Creio que não me fiz entender bem.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso: É um problema típico de constitucionalidade. É como se uma lei pudesse sanar uma ofensa à Constituição.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Na verdade, esses dois momentos de análise da medida provisória, no Supremo Tribunal Federal, estão previstos, às expressas, no § 5º do art. 62 da Constituição Federal:

> § 5º 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.

O sr. ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, a matéria é de fundo. Diz respeito ao âmago da própria ação direta de inconstitucionalidade formalizada. Não é premonição, mas, pela importância deste julgamento, penso que teremos pedido de vista. Seria interessante ouvirmos o voto do ministro Carlos Ayres Britto na extensão maior.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu superaria isso de dois modos. Primeiro, digo que não chega aqui uma medida provisória inteiramente convertida em lei, com completa dessorção de conteúdo. E estou a supor que esse exame prévio foi feito pelo Congresso Nacional.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, posteriormente, daremos destaque, após o voto de Sua Excelência, com o pedido de vista, porque sufrago, inclusive, o entendimento já veiculado por Vossa Excelência com base, inclusive, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Não há o saneamento do vício pela transformação, pela conversão.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Quando houver vício. Naquelas hipóteses em que há vedação expressa.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É claro, se houver vício.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: É claro, a conversão não é obstáculo ao exame.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Até porque, pela tessitura do meu voto, penso que Vossas Excelências compreenderão que eu dou por presentes os dois pressupostos conjugados da urgência e da relevância neste caso.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhora presidente, eu teria de acrescentar o seguinte: a livre iniciativa, aqui, se dá num campo mistamente público e privado, tanto o da educação quanto o da saúde. A educação é dever do Estado; a saúde é dever do Estado. São atividades constitutivas, portanto, da presença obrigatória do Estado. São ambas franqueadas à iniciativa privada, porém mediante autorização e mediante condicionamentos que não são impostos, obviamente, àquelas atividades próprias da iniciativa privada que repelem qualquer intromissão do Estado, porque não dependem de autorização do Estado (parágrafo único do art. 170). Neste caso, não. Aqui, às expressas, a Constituição impõe duas condições, uma delas: autorização para funcionamento da iniciativa privada no campo do ensino; e segunda: avaliação de qualidade pelo poder público, quer dizer, uma permanente avaliação de qualidade pelo poder público. Enquanto certas atividades da iniciativa privada já nasçam condicionando os interesses

coletivos, outras nascem condicionadas pelo interesse coletivo. Caso típico, portanto, da educação tanto quanto da saúde.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.330/DF — Relator : Ministro Ayres Britto. Requerentes: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen (Advogado: Ives Gandra da Silva Martins), Democratas (Advogado: Fabrício Juliano Mendes Medeiros) e Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social – Fenafisp (Advogado: Paulo Roberto Lemgruber Ebert). Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União) e Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH (Advogada: Eloísa Machado de Almeida).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, não conheceu da ação proposta pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), por falta de legitimidade ativa. Votou a presidente, ministra Ellen Gracie. Em seguida, após o voto do ministro Carlos Britto (relator), que afastou preliminar relativa à ausência dos pressupostos de urgência e relevância para edição da medida provisória posteriormente convertida em lei e julgou improcedente a ação, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a ministra Cármen Lúcia. Falaram: pelos requerentes, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), Partido Democratas, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), respectivamente, o professor Ives Gandra da Silva Martins, o dr. Admar Gonzaga e o dr. Cláudio Santos; pela Advocacia-Geral da União, o dr. Evandro Costa Gama, advogado-geral da União, substituto; pelos *amici curiae*, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), o dr. Oscar Vilhena Vieira; e, pelo Ministério Público Federal, o procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

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

Brasília, 2 de abril de 2008 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, pelo Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social objetivando a declaração de inconstitucionalidade da MP 213/2004, convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), em especial os arts. 2º, I, II e parágrafo único; 7º; 8º; 9º, II e § 1º; 10; 11; e 13. Eis o teor dos referidos dispositivos:

A requerente alega a inconstitucionalidade da medida provisória, por não estarem presentes, à época de sua edição, os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência (art. 62 da CF/1988).

Em relação à lei de conversão (Lei 11-96-2005), sustenta sua inconstitucionalidade formal, tendo em vista que a União não tem competência para legislar sobre normas específicas referentes à educação. Afirma, ainda, que alguns dispositivos tratam de temas cuja matéria é reservada à lei complementar.

Nesse sentido, afirma que os arts. 10 e 11 da lei ora impugnada estabelecem o conceito de entidades beneficentes de assistência social de forma diversa da fixada por esta Corte. Afirma, ainda, que o art. 8º da norma ora atacada estabelece renúncia fiscal em relação a instituições de educação sem fins lucrativos, beneficentes de assistência social.

Por fim, sustenta a inconstitucionalidade material da norma atacada, por ofensa ao princípio da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Afirma que os arts. 2º e 7º da Lei 11-96-2005 geram discriminação entre os estudantes, já que a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos.

O presidente da República, nas informações, sustenta a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos.

Nas informações elaboradas pelo Ministério da Educação, com minúcia e precisão, afirma-se que "o ProUni é um programa social de concessão de bolsas de estudo a alunos de baixa renda e, nessa medida, a adesão por parte das instituições de ensino é absoluta e exclusivamente voluntária, não havendo qualquer relação entre a adesão ao Programa e o gozo das imunidades fiscais asseguradas pela Constituição Federal de 1988" (fl. 356).

O advogado-geral da União, em sua manifestação, opina pela improcedência do pedido.

No mesmo sentido é a manifestação do procurador-geral da República.

Admitida no feito, na qualidade de *amicus curiae*, Conectas Direitos Humanos apresentou manifestação no sentido da improcedência do pedido.

Na sessão do dia 2-4-2008, o relator, ministro Ayres Britto, votou pela improcedência do pedido. Em síntese, Sua Excelência afirmou que a norma atacada não invadiu o campo material reservado a lei complementar, tendo em vista que "tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória de aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado".

Quanto à suposta ofensa ao princípio da isonomia, com muita propriedade, Sua Excelência afirma que "somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição". Assim, sustenta que "a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o

ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do primacial juízo de que a desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo gerenciamento do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira".

Ademais, Sua Excelência entende que não há ofensa ao princípio constitucional da autonomia universitária, tendo em vista que o Programa Universidade para Todos foi "concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária".

Em relação ao art. 9º da lei, o ministro Ayres Britto reconhece o caráter administrativo das sanções nele estabelecidas, o que afasta o argumento de ofensa ao art. 5º, XXXIX, da Constituição.

Após o voto do relator, pedi vista dos autos para melhor analisar o caso.

Registro que, em razão da conversão da MP 213/2004 na Lei 11-96-2005, foi formulado o aditamento ao pedido, impugnando-se também a lei de conversão (fls. 821-843).

Na última assentada, sem desconhecer a existência de precedentes em sentido contrário, manifestei meu entendimento convergente com as considerações do ministro Ayres Britto, por comungar do pensamento de Sua Excelência acerca da configuração, no presente caso, dos pressupostos constitucionais para a edição da medida provisória.

Por essa razão, sem tecer maiores considerações e também entendendo presentes os pressupostos para a edição da medida provisória, acompanho o relator, superando a preliminar e passando ao mérito da ação direta.

No mérito, senhor presidente, destaco nesse julgamento dois pontos distintos que precisam ser analisados pela Corte. O primeiro se refere à eventual ofensa ao princípio da isonomia constitucional, ao princípio da autonomia universitária e ao princípio da livre iniciativa. O segundo relativo à alegada violação da reserva de lei complementar para dispor sobre limitações ao poder de tributar.

Examinarei, em primeiro lugar, a alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ao princípio da autonomia universitária e ao princípio da livre iniciativa.

O Programa Universidade para Todos foi criado através da MP 213/2004, já convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, também impugnada na presente ação direta de inconstitucionalidade.

O art. 1º da referida lei determina que o ProUni é destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% ou de 25% para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

A lei estabelece, ainda, que as bolsas de estudo serão concedidas a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, sendo integral para aqueles cuja renda familiar mensal *per capita* não ultrapasse o valor de até um salário mínimo e meio e parcial para aqueles cuja renda mensal *per capita* não exceda até três salários mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

O art. 2º da Lei 11-96-2005 determina que a mencionada bolsa será destinada: (i) a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola de rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; (ii) a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; e (iii) a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, independentemente de sua renda.

O art. 3º da Lei 11-96-2005 determina que o estudante a ser beneficiado pelo ProUni deverá ser submetido ao processo regular de admissão adotado pela instituição de ensino superior, devendo cumprir todos os requisitos de desempenho acadêmico para que a bolsa seja mantida.

Registro, ainda, que o art. 5º desta lei expressamente permite que a instituição privada de ensino superior adira ao ProUni, desde que ofereça, no mínimo, uma bolsa integral para o equivalente a nove estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior. A instituição de ensino superior pode aderir ao ProUni através de um termo de adesão, segundo o estabelecido na lei, sobre o qual me abstenho de tecer considerações.

Assim, como afirmado nas informações e ressaltado pelo eminente relator, o ProUni tem um "público-alvo social e economicamente focado: os estudantes com renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e de até três salários mínimos para bolsas parciais".

Mas não é só. Conforme acabei de mencionar, a Lei 11.096 estabelece **cinco critérios** distintos e concomitantes para que o estudante possa se candidatar a uma bolsa, mantida pelo ProUni, em uma universidade privada:

1) ser brasileiro;

2) não ser possuidor de diploma de curso superior;

3) ter renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio, para bolsa integral; ou de até três salários mínimos, para bolsa parcial;

4) ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

5) ser submetido e aprovado no processo seletivo adotado pela instituição de ensino superior privada escolhida.

Cinco critérios, objetivos e bem-delimitados, foram escolhidos pelo legislador para atender a uma situação geradora de uma grande perplexidade: a coexistência, de um lado, de um baixíssimo percentual da população que logra obter o grau acadêmico universitário e, de outro, a comprovada existência de vagas

ociosas nos cursos superiores do País, predominantemente em universidades privadas. Some-se a isso, é claro, a evidente dificuldade de acesso à educação superior pelos indivíduos pertencentes às camadas sociais mais humildes.

É importante registrar que o Ministério da Educação, através do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), realiza anualmente o Censo da Educação Superior, que consiste na coleta de dados sobre a educação superior brasileira. No Censo realizado em 2008, por exemplo, cujos dados foram publicados em 2009, constatou-se que, nas instituições de ensino superior em todo o Brasil, o número de vagas oferecidas chegava ao total de 2.985.137. Contudo, existiam 1.479.318 vagas ociosas. Desse total, 1.442.593 eram vagas ociosas em instituições de ensino privado (p. 13-14). Por outro lado, o estudo verificou que as instituições de ensino superior privadas foram responsáveis por 79,6% dos ingressos em cursos superiores (p. 15-16).

Em outras palavras: é notório que existem vagas nas instituições superiores privadas que não são preenchidas. E é lícito concluir que uma das razões para este fenômeno sejam as dificuldades financeiras das famílias de arcar com o alto custo das mensalidades escolares.

Como todos sabemos, a pobreza crônica, que perpassa diversas gerações e atinge um contingente considerável de famílias do nosso país, é fruto da falta de oportunidades educacionais, o que leva, por via de consequência, a uma certa inconsistência na mobilidade social.

Isso caracteriza, em essência, o que poderíamos qualificar como "ciclos cumulativos de desvantagens competitivas", elemento de bloqueio socioeconômico que confina milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza.

O ProUni nada mais é do que uma suave tentativa de mitigar essa cruel situação.

Investir pontualmente, ainda que de forma gradativa, mas sempre com o intuito de abrir oportunidades educacionais a segmentos sociais mais amplos, que historicamente nunca as tiveram, constitui objetivo governamental constitucionalmente válido.

O importante é que o mencionado ciclo de exclusão se interrompa para esses grupos sociais desavantajados.

Assim, uma forma de proporcionar a mobilidade social é o investimento no nível de escolaridade da população, facilitando o acesso e a permanência no ensino superior.

Um dado relevante: a pedido do Ministério da Educação, o Ibope realizou, entre os dias 13 e 23 de março de 2009, pesquisa de opinião pública sobre o Programa ProUni e Assuntos relacionados à Educação, em que se constatou que "o nível de emprego melhorou significativamente entre aqueles que fizeram o ProUni. Pouco mais da metade (56%) trabalhava antes de ingressar no programa e atualmente 80% declara estar trabalhando" e que houve efetivamente melhoria da renda familiar dos beneficiados pelo Programa.

As características do programa demonstram, portanto, não apenas o preenchimento dos requisitos para sua validade e compatibilidade constitucional, mas, principalmente, que os frutos de sua aplicação já estão sendo colhidos pelo público-alvo.

É bem possível que neste momento os dados sejam ainda mais alvissareiros.

Assim, a meu sentir, o argumento de que o programa ofende o princípio constitucional da isonomia perde muito da sua força. Com efeito, tal como assinalei em outra oportunidade, na obra *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, "a igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça. Ainda que tenhamos herdado de Aristóteles o terrível axioma, professado aberta ou veladamente por muitos, de que 'há homens que nasceram para escravos e outros para senhores', o certo é que mesmo as mais antigas escolas de pensamento já rechaçavam o princípio da desigualdade intrínseca do gênero humano e propugnavam, ao contrário, por uma igualdade 'substantiva e moral como critério de tratamento das pessoas'", tal como assinala Jorge Miranda.

É, com efeito, a ideia de igualdade material ou substantiva, como evolução necessária do conceito de igualdade meramente formal ou jurídica (de igualdade perante a lei) que prevalece em nosso ordenamento constitucional. A Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pelo princípio da igualdade material, ou substantiva, ou de oportunidades, abarcando a ideia de que é necessário extinguir ou pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, consequentemente, promover a justiça social. O art. 3º da Constituição inclui dentre os objetivos fundamentais do Estado, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Exemplos dessa preocupação com a promoção da justiça social podem ser colhidos do próprio texto constitucional:

> Art. 7º (...)
> XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> (...)
> Art. 37. (...)
> VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

As políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, recebem a denominação de ação afirmativa, ou na terminologia do direito europeu, discriminação positiva. Seu objetivo é combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade, além de possuírem um caráter pedagógico, visando gerar transformações culturais e

sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.

Nessa ordem de ideias, podemos inserir o Programa Universidade para Todos dentro num conceito mais amplo de ação afirmativa. Isso porque todos nós conhecemos a natureza elitista e fundamentalmente excludente do nosso sistema educacional, se é que podemos qualificar como sistema o que era reservado há até não muito tempo a um pequeno grupo de ungidos. Para efeito de comparação, não devemos esquecer de que alguns dos nossos vizinhos sul-americanos têm universidades que já caminham para os seus trezentos anos de existência, ao passo que, no Brasil, não só a Educação Superior era inexistente na época da Colonização, como tivemos o infortúnio de ver paralisados subitamente os poucos nichos de educação ministrada pelos jesuítas. Pensem no seguinte, senhores ministros: a nossa mais conhecida universidade mal passou dos setenta e poucos anos de existência!!

A medida social embutida no ProUni tem nítido o caráter de inserção e "empoderamento" de uma parcela numerosa da nossa população, sem que dela decorram prejuízos para outros segmentos sociais, uma vez que o acesso ao ensino superior está igualmente franqueado a todos. O que o ProUni realiza é uma escolha, baseada em critérios preestabelecidos em lei, de beneficiários de bolsas de estudo.

Nesse sentido, colho do parecer do procurador-geral da República:

> O mandado constitucional da igualdade, na formulação do direito, exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. No entanto, a máxima da igualdade não pode significar nem que o legislador tenha que colocar a todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha que procurar que todos apresentem as mesmas propriedades naturais e se encontrem nas mesmas situações fáticas. A igualdade de todos com respeito a todas as posições jurídicas conduziria não só a normas não funcionais, disparatadas e injustas, senão que também eliminaria os pressupostos para o exercício de determinadas funções. Portanto, o princípio geral de igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma forma e tampouco que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Uma via média pode ser encontrada na fórmula clássica que diz que "se deve tratar de forma igual aos iguais e desigualmente aos desiguais". A segunda parte dessa assertiva estabelece uma carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Para *Alexy*, a assimetria entre a norma de igualdade de tratamento e desigualdade de tratamento tem como consequência que a máxima geral de igualdade pode ser interpretada no sentido de um princípio de igualdade que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se este pode ser justificado com razões opostas. Pode-se explicitá-lo com a seguinte norma de tratamento desigual: "se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual" (fls. 894-895).
>
> O princípio do acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um não está sendo violado. O estudante, para fazer jus às bolsas concedidas pelo ProUni, será avaliado, em primeiro lugar, pelo Exame Nacional do Ensino

> Médio – Enem ou por outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação e, em seguida, ainda deverá enfrentar processo de seleção exigido pela instituição privada, normalmente o vestibular. Ademais, ressalte-se que a manutenção da bolsa ficará condicionada ao cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação. [Fl. 896.]

Assim, a lei ora atacada não ofende o princípio constitucional da isonomia. Ao contrário, busca timidamente efetivá-lo.

Por outro lado, tal como ressaltado pelo eminente relator, não vislumbro ofensa ao **princípio da autonomia universitária.**

O art. 207 da Constituição Federal garante às universidades a autonomia didático-científica, administrativa e a de gestão financeira e patrimonial. Nas palavras de Nina Beatriz Stocco Ranieri, em artigo específico sobre a autonomia universitária:

> O art. 207 da Constituição Federal, por sua vez, indica com precisão as esferas de atuação autônoma das universidades – didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial –, visando assegurar o cometimento de funções sociais específicas concernentes ao interesse geral, que podem ser sintetizadas no conhecido trinômio ensino/pesquisa/extensão. Do ponto de vista jurídico, é apenas e tão somente em razão desse objetivo que a universidade é autônoma e que, em função dele, a autonomia deve ser exercida de forma responsável, eficiente e adequada aos objetivos nacionais e às referências socioculturais, econômicas e políticas da sociedade na qual se insere. Essa visão não se contrapõe nem se afasta da concepção original da autonomia universitária; em verdade a confirma juridicamente.

Entendo, pois, que a lei ora atacada em nada ofende o princípio da autonomia universitária, em qualquer dos seus aspectos. Ao contrário, a lei confirma esse princípio ao estabelecer, como afirmado pelo relator, a voluntariedade da adesão ao programa. Nenhuma instituição particular de ensino superior está obrigada a se vincular ou se manter vinculada ao ProUni, bem como a adesão ao ProUni tem um prazo de vigência de dez anos, contados da data de sua assinatura (arts. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei 11-96-2010). Por outro lado, há que se considerar que a autonomia universitária não é um objetivo que se esgota em si própria. Ela existe para serem atingidos outros objetivos de natureza educacional, cultural, social.

Do mesmo modo, não vislumbro ofensa ao **princípio da livre iniciativa**, previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição, que assegura a todos "o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". A atividade desenvolvida pelas universidades particulares que aderirem ao ProUni não sofre qualquer restrição. Em alguns aspectos, tendo em vista a legítima preocupação com a ociosidade de vagas nestas instituições de ensino superior, a lei pode até favorecer a manutenção de suas atividades, em razão dos benefícios tributários que passarão a usufruir. Mas, por outro lado, é importante ressaltar que a Educação não é uma *commodity*, uma mercadoria ou um serviço sujeito às leis do mercado

e sob a regência do princípio da livre iniciativa. Se é certo que a Constituição franqueia a educação à exploração pela iniciativa privada, essa exploração só pode ocorrer, no entanto, se atendidos os requisitos fixados no art. 209 do texto constitucional. Não se trata propriamente, portanto, de incidência pura e simples do princípio da livre iniciativa.

Ademais, quanto à alegação de que o art. 9º da Lei 11.096, ao prescrever penalidades para o descumprimento das obrigações assumidas pelas instituições que aderirem ao ProUni, ofende o art. 5º, XXXIX, da Constituição, creio que é nítido o caráter administrativo das sanções ali dispostas, em nada se assemelhando às normas de conteúdo criminal.

Por fim, analiso as **questões tributárias** postas na inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Desde logo ressalto que as razões levantadas na inicial dão ênfase excessiva aos aspectos tributários do ProUni. Durante a sustentação oral, por exemplo, tinha-se a nítida impressão de que se tratava de mais um desses incontáveis casos de natureza tributária que tramitam nesta Corte. A intenção, obviamente, era mitigar o aspecto social altamente relevante que está subjacente a toda a discussão do presente caso. De certo modo, também se extraía das entrelinhas certo temor de que a regulação do ProUni por medida provisória e por lei ordinária pudesse abrir caminho à erosão da jurisprudência desta Corte sobre a reserva de lei complementar para dispor sobre imunidade tributária.

Todavia, a preocupação parece-me infundada. O papel que o ProUni desempenha e a estrutura estabelecida para o programa superam os problemas apontados pelos requerentes.

Com efeito, sustenta-se a inconstitucionalidade dos arts. 8º, 10 e 11, da MP 213/2004, convertida na Lei 11.096, com base em dois argumentos. Segundo o requerente, os arts. 150, IV, *c*; e 195, § 7º, da Constituição projetam amplo campo de desoneração, que não pressupõe a prestação de serviços em regime de completa gratuidade (*filantropia*). Ademais, a imunidade tributária, por ter seu conceito construído diretamente de mandamentos extraídos do texto constitucional, não poderia ser *limitada* por requisitos impostos por legislação infraconstitucional que definiria aspectos cruciais da entidade beneficente, tais como a proporção da receita bruta aplicada em gratuidade e a quantidade mínima de bolsas de estudos oferecidas (*inconstitucionalidade material*).

Argumenta-se, por fim, *inconstitucionalidade formal*, na medida em que a imunidade é limitação constitucional ao poder de tributar e, portanto, somente poderia ser tratada em lei complementar da União (art. 146, II, da Constituição).

Examino essas questões.

Parece-me que a exagerada preocupação com os efeitos tributários do ProUni parte da confusão entre os regimes das entidades assistenciais e das entidades privadas voltadas à exploração lucrativa.

O art. 195, § 7º, da Constituição adota três critérios para o reconhecimento da imunidade ao pagamento de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social: (i) o caráter beneficente da entidade, isto é, a ausência de fins lucrativos destinados ao benefício ou aumento patrimonial dos dirigentes da entidade (que pode ser proporcional), (ii) a dedicação às atividades de assistência social e (iii) a observância às exigências definidas em lei.

Em sentido semelhante, o art. 150, VI, *c*, da Constituição, relativo aos impostos, refere-se às "instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos de lei".

Já o art. 206 da Constituição define os contornos da assistência social, indicando quais são as finalidades que devem ser atingidas com as respectivas ações (art. 206, I a V). Para caracterizar-se como ação de assistência social, a prestação dos benefícios e serviços deve ainda ser **universal**, isto é, "prestada a quem dela necessitar", e **gratuita**, "independente de contribuição".

Em outras palavras, a imunidade é salvaguarda da **atividade assistencial**, que pode se materializar com a oferta de **serviços educacionais**. Contudo, nem toda prestação de serviço educacional é necessariamente assistencial e, portanto, imune aos impostos e às contribuições sociais.

Nesse contexto, o ProUni utiliza a capacidade ociosa das instituições privadas voltadas ao lucro, que obviamente não são assistenciais nem filantrópicas, para promover o acesso à educação de grupos de pessoas em evidente desvantagem social, econômica e histórica, segundo critérios bem-determinados.

Portanto, o ProUni é um incentivo fiscal à integração das instituições educacionais de exploração privada na política de ampliação de acesso à educação, sem reger diretamente as atividades sem fins lucrativos próprias das entidades assistenciais.

Por se tratar de incentivo fiscal, o ProUni não versa sobre a imunidade das entidades assistenciais e, por tal razão, não necessita de lei complementar para ser instituído.

Ainda que a Lei 11-96-2005 tivesse por objetivo estabelecer o regramento de parte das atividades das entidades beneméritas, os critérios escolhidos para aplicação dos incentivos são adequados e proporcionais. Em nenhum momento se cogitou, tampouco se comprovou, que as exigências inviabilizariam a existência de tais entidades.

Prevê-se, por exemplo, a observância de proporção entre alunos pagantes e bolsas concedidas (**uma bolsa para cada nove alunos pagantes** – art. 10, *caput*) e aplicação de parte da receita bruta em vastíssimo espectro de atividades de assistência social (valor de 20% da receita bruta aplicado nas **bolsas integrais, além das bolsas parciais de 50% e nas ações de assistência em programas).**

São critérios razoáveis e factíveis em primeira análise, certamente mais rigorosos do que aqueles previstos no art. 14 do CTN, que **nem sequer exigem a vinculação de parte da receita ao oferecimento de serviços gratuitos ou subsidiados**.

O anacronismo dos requisitos atualmente vigentes para gozo da imunidade tributária permite graves desvios de finalidade nas áreas de saúde e de educação. É comum encontrar instituições de excelência em ambas as áreas, caracterizadas como entidades de benemerência e assistência social, mas cuja atuação preponderante se volta a pessoas capazes de pagar a conta educacional ou médica.

Por fim, creio relevantes as conclusões extraídas de estudo realizado pelo Ipea, em 2008:

> A despeito de ter sido alvo de diversas críticas quanto à sua pertinência e legitimidade, oriundas sobretudo do meio acadêmico, o ProUni viabilizou o acesso ao ensino superior de cerca de 415 mil estudantes entre 2005 e 2006, sendo que 65,0% de seus beneficiários receberam bolsas integrais. De acordo com o MEC, a contrapartida da União, na forma de renúncia fiscal, em 2005, foi da ordem de R$ 107 milhões e, em 2007, deverá atingir R$ 126,0 milhões. Sob a ótica financeira, o programa apresenta um custo por aluno bastante baixo quando comparado ao que é despendido nas instituições públicas em geral, e até mesmo em relação ao que se paga mensalmente nas instituições de ensino privadas. [CASTRO, Jorge Abrahão de; AQUINO, Luseni (Orgs.). *Texto para discussão n. 1.335*: juventude e políticas sociais no Brasil. IPEA, abril de 2008, disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1335.pdf.]

Por todo o exposto e pelas razões expostas, acompanho o relator, para julgar improcedente o pedido.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Embora eu seja o relator, não vou fazer um retrospecto do meu voto. Sua Excelência o ministro Joaquim Barbosa já o fez e agregou fundamentos que me parecem totalmente convincentes.

Eu apenas lembraria que há processos, sob nosso julgamento, que parecem, no seu merecimento intrínseco, autoevidentes, digamos assim. Eu tenho para mim que o ProUni é um desses: é um programa de universidade para todos e que, em pouco tempo de existência, já beneficiou, já contemplou, com o acesso, com a democratização do acesso ao ensino universitário, 1.043.000 estudantes – são dados de abril deste ano, 1.043.000. Ele se revela uma política pública educacional de largo espectro, alcançando, a partir de critérios eminentemente ou centralmente sociais, mas lateralmente, a questão da deficiência física, a questão também da racialidade. E, sem dúvida alguma – afirmo isso com muita segurança –, ele tem o mérito de atender a esta necessidade coletivamente sentida, que se chama educação – o primeiro dos direitos sociais listados pela Constituição no art. 6º –, com absoluta procedência. A educação é a primeira das necessidades coletivamente sentidas, porque é condição, praticamente, para o desfrute mais qualificado, mais consciente de todos os demais direitos. Basta lembrar que o art. 205 da mesma Constituição, de modo rigorosamente contemporâneo, tecnicamente acertado, filosoficamente correto, diz o seguinte:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [ou seja, é um direito para cujo desfrute a Constituição requesta a participação conjunta do Estado, da família e da sociedade por inteiro, tal a magnitude do tema] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Quer dizer, três valores exponenciais que qualificam a vida individual e coletiva, que dão sentido, propósitos, grandeza, elevação à vida de cada um de nós e de todos. Mas, nessa primeira parte, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, parece-me que aqui se contém, também, um objetivo que precisa ser posto, cada vez mais, em realce. O pleno desenvolvimento da pessoa aqui, a meu sentir, só pode se dar naquela tríplice dimensão que mais qualifica o ser humano quando comparado com os animais não humanos. A Constituição aqui me parece estar falando da tríplice intelegibilidade, das três modalidades de inteligência humana. Só é plenamente desenvolvido quem consegue tonificar, desenvolver, robustecer, vitalizar essas três espécies de inteligência, e o processo educacional facilita isso enormemente. É inteligência emocional, a primeira delas; a segunda é a inteligência intelectual ou cartesiana, ou lógica, ou racional; e a terceira é a inteligência que os físicos quânticos, a partir de Danah Zohar, chamam de inteligência espiritual, mas que também podemos chamar de inteligência consciencial; ou seja, sentimento, pensamento e consciência são as características que mais distinguem o ser humano. E que são alcançadas – essas três modalidades de inteligibilidade – pelo processo educacional, democratizado pelo ProUni no plano do ensino universitário. Também de modo coerente com a Constituição, que, no art. 208, ao falar do dever do Estado para com a educação, dispõe:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> (...)
>
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Em suma, senhores, diante do voto – que eu considero magnífico – do ministro Joaquim Barbosa, excuso-me de prosseguir justificando a própria fundamentação em que me louvei para também julgar, no mérito, procedente a ação.

O ministro Gilmar Mendes está pedindo a palavra?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, em relação ao voto de Vossa Excelência, que agora foi enfrentado pelo ministro Joaquim Barbosa, há uma questão preliminar que Vossa Excelência considera prejudicada, a discussão sobre os pressupostos de relevância e urgência. A mim me parece que isso não corresponde à nossa jurisprudência.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): É verdade, nós superamos, e eu me reposicionei.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quer dizer, eu estou votando no sentido de entender presentes aqui os pressupostos de relevância e urgência, porque houve a tentativa do Governo na linha de uma velha jurisprudência.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Eu adiro ao ponto de vista de Vossa Excelência.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Houve uma proposta de um projeto de lei; o projeto não foi votado; houve o pedido de urgência do projeto de lei e, ainda assim, não houve deliberação. Aí, então, o Governo lançou mão da medida provisória, porque a nossa jurisprudência é em outro sentido: discutida a questão da urgência e relevância da medida provisória, se a matéria se converter em lei, o debate prossegue, agora, na forma de lei. Parece-me que é mais seguro.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Eu me reposicionei, em outra ocasião, nesse mesmo sentido.

O sr. ministro Luiz Fux: Confesso a Vossa Excelência que, no voto, enfrentei os pressupostos da medida provisória.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Essa matéria é pacífica, é unânime aqui na Corte.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Temos ação direta de inconstitucionalidade, acho, sobre esse assunto.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Exatamente.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, senhores ministros, eu li atentamente o voto de Vossa Excelência, proferido no início deste julgamento, em 2008. Ouvi também, com toda atenção, o voto do eminente ministro Joaquim Barbosa e, desde logo, registro que entendo presentes, na linha da jurisprudência que Vossas Excelências acabam agora de reafirmar, os requisitos da urgência e da relevância da MP 203, convertida na Lei 11.096, de 2005.

Permito-me apenas algumas breves observações com relação ao tema, que, de certa forma, enfrentamos, no que diz respeito às alegadas inconstitucionalidades por afronta aos princípios da isonomia, da autonomia universitária e da livre iniciativa, há duas semanas, quando examinamos o sistema de quotas na Universidade de Brasília. O ProUni é acoimado de inconstitucional pela autora da ação também no que tange à afronta ao princípio da isonomia, na medida em que ele prevê a concessão de bolsas pelo critério da condição econômica, e também abre espaço para os indígenas, para os negros e para os deficientes físicos.

Eu me reporto a tudo quanto externei naquela oportunidade, em que fiz leitura inclusive de voto, entendendo, na esteira do que Vossa Excelência tão bem destacou, e também o eminente ministro Joaquim Barbosa, que a educação é não só direito social – o primeiro deles, art. 6º da Lei Fundamental –, como também dever do Estado, consagrado no art. 205, inclusive com a possibilidade de acesso ao ensino superior.

Nessa linha, com relação especificamente à autonomia universitária, que nós enfrentamos naquela ação, eu só destacaria que não visualizo nenhuma

violação porque, em primeiro lugar, a livre iniciativa pode ser limitada de forma a realizar objetivos públicos traçados pelo Estado, tais como as metas de inclusão social e o acesso à educação, e também porque o programa – aspecto já tão bem destacado – é de adesão voluntária.

Com relação especificamente, senhor presidente, ao conteúdo do art. 13 da lei impugnada, também não vislumbro inconstitucionalidade, ao entendimento de que ela tão só estimula adesão ao programa ao dar prioridade no repasse dos recursos do Fies às instituições participantes do ProUni, não deixa de fazer o repasse às não aderentes e cria mecanismo de estímulo à participação em importantíssimo programa de inclusão social – como tão bem destacado até aqui – por meio de acesso ao ensino superior.

Igualmente entendo, senhor presidente, que as sanções previstas no art. 9º não violam o princípio da legalidade, por se tratar de consequência jurídica e de descumprimento obrigacional assumido com a assinatura do termo de adesão ao programa, não se confundindo com imposição de sanção penal de qualquer espécie.

Com relação ao aspecto tributário, à reserva de lei complementar, vou me eximir, senhor presidente, de fazer maiores considerações diante dos fundamentos trazidos pelo ministro Joaquim nessa assentada e daqueles já esposados por Vossa Excelência, ainda que, confesso, eu repute de suma relevância os fundamentos que embasam a doutrina, extremamente respeitável e forte, no sentido da necessidade de lei complementar para a regulação das imunidades tributárias. Ainda que eu repute de extrema relevância esses fundamentos, parece-me que o objetivo social desse programa, na verdade, deve levar a que se endosse a jurisprudência que esta Corte – já uma jurisprudência mais antiga – vinha adotando no sentido de reconhecer, no caso das imunidades, a necessidade de lei complementar apenas com relação a aspectos objetivos – a partir da distinção entre aspectos subjetivos e objetivos.

Por isso, senhor presidente, endosso integralmente o voto de Vossa Excelência e o do ministro Joaquim Barbosa no sentido de julgar improcedente a ação.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, eu, preliminarmente, gostaria de parafraseá-lo, de alguma sorte, nessa questão, quando Vossa Excelência afirma que há determinados processos que tramitam aqui no Supremo Tribunal Federal, que são autoevidentes quanto à sua constitucionalidade. Uma Constituição Federal que traz, no seu preâmbulo, a promessa de construção de uma sociedade justa, solidária, com erradicação de desigualdades, não pode ser fundamento para se declarar inconstitucional um programa político, editado pelo poder público, que visa ao acesso de todos ao ensino universitário. Evidentemente que mesmo uma eventual confrontação – absolutamente desproporcional e desigual – entre esse valor, que representa o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro – a criação dessa sociedade idealizada –, evidentemente que o princípio da livre iniciativa sucumbiria fatalmente numa ponderação de valores, qualquer que seja a doutrina adotada pelo prolator do voto.

Por outro lado, senhor presidente – evidentemente um tema muito relevante –, procurei trazer um voto escrito longo, em homenagem aos votos que me antecederam, mas isso não tem lugar depois desse debate que já se abriu. Então, apenas, destaquei alguns pontos que vou respondê-los numa grande ementa autoexplicativa. Há quatro laudas, o que já tranquiliza muitíssimo quanto à expectativa do volume das assertivas que vão ser aqui lançadas.

Então, num primeiro aspecto, o próprio ministro Joaquim Barbosa destacou que há uma alegação de violação à cláusula pétrea fundamental da igualdade, da isonomia, oriunda, digamos assim, de tantas revoluções libertárias. E eu adjunto – verifico aqui, senhor presidente – que essa isonomia, no caso concreto, reclama exatamente aquele tratamento isonômico a que Vossa Excelência se refere com recorrência: o tratamento igual para os iguais e desiguais para aqueles que se desigualam à medida em que, também, se desigualam. Mas há mais: o art. 206 da Constituição Federal traz um subprincípio da isonomia quando assenta que um dos cânones pétreos da educação é exatamente garantir a igualdade de acesso à educação, o que vai viabilizar, e o que viabiliza, o ProUni nesses números já tão significativos e expressivos, como Vossa Excelência aqui destacou.

Por outro lado, temos de desmistificar também esta questão de supressão de autonomias. Afinal de contas, o ProUni é um programa de adesão voluntária. Ingressa quem quer. Os abastados que podem suprir as suas próprias necessidades e os alunos que também não precisam de apoio não vão para as faculdades que aderem ao ProUni. Agora, o que não pode é a entidade não colaborar com o Governo e ele ter de prestar, ainda, uma atividade de fomento, que representaria uma desigualdade ímpar, um sacrifício social sem qualquer fundamento.

Por outro lado, senhor presidente, também nessa questão tributária, verificamos é que, muitas vezes, a Constituição se refere "na forma da lei complementar" e ora "na forma da lei". Então, a lei do ProUni, à semelhança de outras leis, estabelece critérios para que algumas entidades possam se enquadrar naquele programa. Critérios. Isso não tem nenhuma vinculação com o poder de tributar, até porque a parte não teria nem legitimidade para defender o Governo numa eventual limitação ao seu poder de tributar; ela não é um *ombudsman* da arrecadação do Estado.

E aqui verifico que a fonte normativa, para estender esses benefícios, se refere ao enquadramento na forma da lei. Não diz, necessariamente, que é lei complementar, o que faz pressupor que essa intermediação pode ser feita pelo legislador ordinário. Por outro lado, a lei também estende esses benefícios a entidades que exerçam atividades que não sejam exclusivamente filantrópicas. Ora, temos entidades totalmente filantrópicas e não exclusivamente filantrópicas. Nós não temos entidades não filantrópicas e filantrópicas. A lei, quando se utiliza da expressão "não exclusivamente filantrópicas", usa, como contraponto, as entidades "exclusivamente filantrópicas". O que significa dizer que as entidades "não exclusivamente filantrópicas" têm de exercer uma diminuta parcela de atividade filantrópica, porque senão elas não seriam "não exclusivamente filantrópicas", seriam não filantrópicas, como as outras são filantrópicas. Não teria sentido essa expressão.

E anoto ainda, senhor presidente, que, numa interpretação teleológica da Constituição Federal, por exemplo, alega-se que essa lei viola o princípio da reserva legal, fazendo um paralelismo com o direito criminal. Ora, o princípio da reserva legal não pressupõe ajuste de vontades; ele pressupõe um ambiente onde as pessoas convivem e devem saber, de antemão, para não serem surpreendidas, o que é lícito fazer e o que não o é, até porque a Constituição estabelece que "(...) II – ninguém deve fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei;". Então, o princípio da reserva legal visa evitar que seja imposta uma sanção surpreendente e que, se a parte soubesse da sua existência, ela não praticaria aquele ato. Aqui, não. As sanções são previstas legalmente e encartadas no termo de adesão. Não há surpresa nenhuma, nem violação alguma ao princípio da reserva legal.

E, por fim, essa questão da atividade de fomento está intimamente ligada a uma certa colaboração com o Governo. Não há sentido em o Governo empreender o fomento de uma atividade a que não haveria uma contraprestação.

Então, presidente, estou aqui, nos dois primeiros itens da minha ementa, destacando que estão presentes os pressupostos, muito embora tenha havido a conversão. Estou ressaltando que o ProUni representa uma política pública federal de caráter geral, subsidiado com recursos da mesma natureza – ou seja, recursos federais –, revelando-se programa público de adesão voluntária. Por isso que não viola a livre iniciativa nem o pacto federativo com suposta invasão de competência entre a União e os Estados.

A isonomia constitucional aqui – no meu modo de ver, já esclareci – resta entendida nas hipóteses em que a previsão da hipossuficiência econômica lastreia-se na trajetória econômica sob o ângulo da carência financeira. Por isso que, se o beneficiário cursou o ensino médio – como está na lei –, com bolsa integral, e o outro com bolsa parcial, situa-se acima da razoabilidade considerar-se esse fator como critério para indicar os destinatários do programa – porque se um pôde pagar e o outro não pôde pagar, aquele que não pôde pagar tem que ser beneficiário do programa –, superando-se – no meu modo de ver, com a Lei do ProUni – o vetusto paradoxo pátrio de que o aluno que estuda em escola pública não ascende ao ensino universitário público de excelência; porque o aluno que estuda em escola pública não consegue acesso às universidades públicas que, pelo próprio Ministério da Educação e Cultura, na sua qualificação, são as melhores universidades do País, as públicas. E a universidade particular é paga. Por isso, é mister haver esse fomento, quando ela se enquadra naqueles requisitos que não têm nenhuma vinculação com a limitação do poder de tributar. Nenhuma!

Acrescento, então, como já disse, que o ingresso no ProUni é facultativo, é por adesão. Isso é antinômico com a ideia de supressão da autonomia universitária. Pelo contrário, confirma a autonomia universitária. Entra quem quer.

Como muito bem destacou a ministra Rosa Weber, as decisões adotadas na ação declaratória de inconstitucionalidade em relação às ações afirmativas fizeram coisa julgada naquilo em que se definiu, naquilo em que se encerrou a normação sobre a legitimidade, a constitucionalidade da integração étnico-racial

à luz da Constituição. Então, aquela decisão, se serve para esse processo *incidenter tantum*, tem que ser respeitada com força de coisa julgada, porque essa questão prejudicial já foi julgada como questão principal noutra ação, que teve essa questão como objeto do libelo, de sorte que disso nós não podemos nos afastar.

Faço aqui essa digressão também sobre o que significam essas expressões "atividades filantrópicas" e "atividades exclusivamente filantrópicas e não filantrópicas", para demonstrar que alguma parcela de filantropia há de existir, porque senão a denominação seria só "filantrópicas e não filantrópicas", porque não é exclusivamente "filantrópicas".

Também acompanho o ministro Joaquim Barbosa, quando assenta que a atividade assistencial reclama o *plus* de ser, em parte, universal e gratuita, conforme a dicção do próprio art. 203 da Constituição Federal.

Passando alguns aspectos que já foram aqui assentados, eu estou reafirmando a questão da proporcionalidade, a questão que não fere a reserva legal. E, quanto à alegação de que o não recebimento deste fundo, do Fies, pelas outras entidades, que são abastadas, eu esclareço que a atividade de fomento estatal, como sói ser o Fies, é destinada aos parceiros do Estado – tem de ser destinada aos parceiros do Estado –, que o coadjuvam em políticas públicas, restando acertado conferir bônus aos que suportam ônus. Consectariamente, destinar o Fies aos que aderem ao ProUni é tratar diferentemente os que atendem, em graus diferentes, aos interesses públicos, estratégia que não só converge para a igualdade substancial, mas também implementa, com a máxima razoabilidade, a política educacional, sem ofensa nenhuma à autonomia universitária, à medida em que, novamente, afirma-se que essa adesão – como o próprio nome indica – é facultativa.

E colhi aqui um dado muito elucidativo do Governo no sentido de que não se pode equiparar, para efeito de recebimento dos recursos do Fies – diz o Governo em suas informações: "quem cumpre as exigências do art. 11 da mesma lei e, consequentemente, seja um colaborador do Estado no incentivo ao ensino, e quem não oferece absolutamente nada, em contrapartida aos recursos recebidos." Quer dizer, é inimaginável se pretender igualar essas entidades.

Entendo que o ProUni é um exemplo eloquente de fomento público de atividades particulares relevantes, tanto mais que consentâneo com o ideário da Nação, que promete essa sociedade justa e solidária, com a erradicação das desigualdades. Por isso que o Fies destina-se, como não poderia deixar de ser, aos estabelecimentos de ensino inclusivos das minorias pertencentes às etnias vulneráveis e estigmatizadas historicamente.

Termino, então, senhor presidente, assentando que o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADI 319, da relatoria do ministro Moreira Alves, que a Lei 8.039 – num raciocínio analógico, para se conjurar essa inconstitucionalidade –, ao fixar limites para aumento do valor das mensalidades escolares, entendeu que era compatível com a Constituição de 1988 essa estratégia governamental, fruto da ponderação entre interesses coletivos e interesses individuais imbricados na Constituição. Vale dizer – foi o que se afirmou na ADI 319, que, digamos assim,

é o fecho da conclusão desse voto –, a liberdade de iniciativa não é resguardada em absoluto, senão apenas nos limites necessários à acomodação otimizada de outros bens jurídicos constitucionais, igualmente dignos de tutela, como, em caso, a inclusão e a redução das desigualdades sociais.

Com esses fundamentos, senhor presidente, eu acompanho Vossa Excelência e os brilhantes votos que me antecederam, os dos ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Subscrevo o preciso voto de Vossa Excelência e julgo improcedente a ação.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, surgem duas vertentes diversas. A primeira, a do politicamente correto. Não há quem, sob essa óptica, deixe de endossar o ProUni. A segunda, a do politicamente jurídico, que importa sobremaneira ao Judiciário. Mais uma observação: não cogitamos da universidade pública, versamos questão ligada à iniciativa privada, às universidades privadas.

Na espécie, o Estado buscou trilhar o bom caminho e remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei para versar o tema, como incumbia, calcado em política governamental que poderia rotular como sadia, realmente fazê-lo. Pediu que no tocante a esse projeto fosse emprestado o regime de urgência pelas duas Casas do Legislativo Federal. Choveram emendas, pareceres apontando a inconstitucionalidade do que contido no projeto, inclusive de nossa colega, à época na advocacia militante, Cármen Lúcia Antunes Rocha.

O que fez, então, o Poder Executivo, que encaminhara o projeto para deliberação pelos representantes do povo brasileiro, deputados federais e senadores, e pedira, como previsto na Carta da República – e esse dado é importante para o que desenvolverei a seguir –, o regime de urgência? Abandonou o projeto. Abandonou-o tendo em conta a polivalência, que ganhou esse instituto, que deveria ser tomado como de excepcionalidade maior, que é a medida provisória. Generalizando exigências quanto à utilização desse instrumental, a urgência e a relevância – e toda lei, de início, goza da presunção de relevância –, potencializando esses dois requisitos, editou a medida provisória.

A meu ver, quando a Constituição Federal se refere à urgência, para ter-se a disciplina de certo tema, de forma precária, mediante medida provisória, potencializa o sentido desse vocábulo, já que é possível o encaminhamento de projeto de lei acompanhado de pedido de urgência. Essa previsão – por isso ressaltei bem – da Constituição, quanto ao pleito de urgência, presente no art. 64 da Carta de 1988, direciona a assentar-se, de forma irrefutável, que a urgência necessária para a edição de medida provisória é de gradação maior. Não surgiu apenas na quadra em que editada medida provisória. Se a política, a que me referi, das

bolsas alcançadas pelo ProUni, mostrou-se sadia, já o seria anteriormente, e a medida provisória somente veio à balha recentemente.

Então, tenho que merece glosa a substituição do projeto, encaminhado com pleito de conferir-se a ele urgência, pela medida provisória.

Há mais. O que se acabou por disciplinar, mediante a medida provisória? O poder de tributar. Quanto a esse poder, o art. 146 da Constituição Federal remete à lei, qualificando-a – não há referência apenas à lei, quando se poderia cogitar de lei ordinária –, rotulando-a como necessariamente complementar. Veio um problema seriíssimo, que está em bom vernáculo no rol dos óbices, a utilização da medida provisória: é que medida provisória não serve a disciplinar tema reservado a lei complementar. A vedação está no inciso III do art. 62 da Constituição Federal:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
> § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
> (...)
> III – reservada a lei complementar;

Volto ao art. 146 da Constituição Federal e constato na cabeça deste artigo:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> (...)
> II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

Cogita-se, no caso – já que o veículo não se mostrou a Constituição Federal, quando o certo seria falar em imunidade –, de isenção. Dir-se-á que, na espécie, a medida provisória acabou convertida em lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Foi a Lei 11-96-2005.

O sr. ministro Marco Aurélio: Valho-me da lição de um grande pensador do direito, Celso Antônio Bandeira de Mello: o vício originário, quanto à edição da medida provisória, contamina a lei de conversão. Em síntese, a lei de conversão é válida, se válida for a medida provisória.

Há mais. O que encerra hoje a lei de conversão, referida por Vossa Excelência? Encerra até mesmo algo que foi excomungado pela Carta de 1988 e que era comum no regime de exceção, no regime militar: a delegação.

O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 expungiu – inclusive limitando a vigência de diplomas que estariam baseados na delegação admitida anteriormente e direcionando a necessidade de vir lei para legitimar a projeção, no tempo, da disciplina – a delegação. E o diploma implica delegação quanto a algo que está submetido ao princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, a sanção. Projeta, para definição do Executivo, do Ministério da Educação, as situações concretas que possam desaguar na

aplicação de sanção. O regulamento não se presta a inserir, no mundo jurídico, situação concreta motivadora, nem tampouco sanção decorrente de certo ato.

A meu ver, sob esse ângulo, tem-se mesmo o maltrato à autonomia universitária, no que simplesmente passa o Ministério da Educação, com esse poder, com essa carta em branco para revelar situações concretas a atraírem sanção, a substituir-se às universidades.

Vou adiante e continuo – o início de minha fala ficou circunscrito ao vício formal – com a questão do vício material. O que decorre, se não houver uma interpretação da Lei de Conversão conforme à Carta da República? O que ocorrerá com aquelas entidades já beneficiadas por algo que é de envergadura maior, ou seja, pela imunidade? Caso não adiram ao ProUni, perderão algo assegurado constitucionalmente. E perderão algo, não pelo descumprimento do Código Tributário Nacional, no que revela o que deve ser atendido pelas entidades contempladas com a imunidade constitucional, exigências que observam a ordem natural das coisas, exigências do Código Tributário Nacional, que atendem ao princípio da razoabilidade, ao princípio da proporcionalidade, no que o art. 14 preceitua:

> Art. 14. O disposto na alínea *c* do inciso IV do artigo 9º [ou seja, é justamente a problemática de não se ter o ônus tributário] é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

Nós temos:

> II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; [o interesse nacional.]
>
> III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

E seguem-se parágrafos quanto à falta de cumprimento.

Indago: é razoável, é aceitável, observa a ordem natural das coisas, o princípio do determinismo, o Estado cumprimentar com chapéu alheio? Por que não potencializa o instituto das universidades públicas, viabilizando o acesso com maior largueza? Por que esse acesso é tão afunilado, revelando *via crucis*, que é revelada pelo vestibular para uma universidade pública? Não o faz porque é mais fácil utilizar-se de um poder de pressão maior, do poder que é inerente à soberania, e compelir-se a iniciativa privada a fazer o que ele próprio – Estado – deveria fazer, viabilizando o acesso universitário, de uma forma larga, àqueles que tenham o requisito de escolaridade para cursar o nível universitário, sem essa carnificina – e assim rotulo – como o é o vestibular para uma universidade pública, com afunilamento insuplantável. Mas veio o Estado, como disse, a cumprimentar com chapéu alheio, deixando no ar a perda da imunidade prevista no art. 150 na Carta da República, a impor, para ter-se a isenção – e não se pode cogitar de sobreposição, a um só tempo, versar-se o direito à imunidade e o direito à isenção, já que são valores que se excluem, sendo o primeiro mais abrangente do que o segundo –, até mesmo àquelas universidades detentoras da prerrogativa estampada na imunidade, para continuarem tendo jus a essa

imunidade, a adesão ao ProUni e fazer o que ele não faz: abrir vagas aos estudantes egressos de escolas públicas.

Também não vejo a proporcionalidade no que se aponta: para cada nove alunos pagantes, ter-se-á um a deter a gratuidade. Vejo transgressão ao princípio da isonomia, no que se cogita o afastamento do fundo de financiamento ao estudante de ensino, se não houver adesão ao ProUni.

O meu compromisso – e talvez esteja errado, porque voz isolada no Colegiado – não é com o politicamente correto. É com o politicamente correto, se estiver, sob a minha óptica, segundo ciência e consciência possuídas, harmônico com a Carta da República. E, no que editada essa medida provisória, convertida em lei, atropelando-se o que seria normal, o que seria o trânsito do projeto apresentado pelo próprio Executivo, não tenho algo afinado com a Constituição Federal.

Peço vênia à maioria já formada, reconhecendo que, talvez, mereça críticas no que não potencializo o objetivo em detrimento do meio, para julgar procedente, não a ação – que é o ato cívico, assegurado constitucionalmente de chegar-se ao protocolo do Judiciário e dar-se entrada em peça a revelar pretensão –, mas julgar o pedido formulado na inicial.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Ministro Gilmar Mendes, proponho a Vossa Excelência a coleta do seu certamente judicioso voto após o intervalo.

Apenas eu me permitiria lembrar que, na ADI 4.048, medida cautelar, Vossa Excelência, me parece, deu cifras definitivas à questão da não prejudicialidade do exame da medida provisória, quanto aos seus pressupostos, mesmo quando se dá a conversão dela, medida provisória, em lei.

Segundo eu e o ministro Joaquim Barbosa, enfrentamos a questão da exoneração fiscal, da imunidade tributária, fazendo a distinção entre lei que efetivamente limita o poder tributante do Estado e lei que simplesmente dispõe sobre preenchimento de condições para gozar do favor fiscal. Também dissemos ambos, eu e o ministro Joaquim Barbosa, que, nem de leve, nem de longe, trata-se aqui de imposição de pena de caráter criminal propriamente dito. As sanções são de direito administrativo com previsão expressa do contraditório e da ampla defesa.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, em relação àquela primeira questão, sobre o atendimento dos pressupostos de relevância e urgência, creio que já há consenso a propósito da matéria, na linha de que os vícios formais contidos na medida provisória não são convalidados pela sua conversão em lei.

Mas eu estava lembrando que, no caso em apreço, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o projeto para regular a criação do ProUni. Ante a demora na tramitação, foi requerida urgência constitucional para tramitação do projeto. Ocorre que, paralelamente ao PL 3.582, tramitava o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano 2005, que teve o condão de retardar, ainda mais, a votação do projeto que visava a criação do ProUni.

Diante desse estado de coisas, e reputando emergencial a necessidade de aumento do número de vagas no ensino superior, para atenuar os baixos índices de acesso à universidade no Brasil, foi solicitada a retirada do projeto de lei, e posteriormente editada a MP 213.204, convertida na Lei 11.096.

Tendo em vista a prioridade da questão tratada por meio da medida provisória impugnada e o caráter especial e de exceção que assume a análise dos pressupostos de relevância e urgência por esta Corte – falei na ADI 4.048, já citada por Vossa Excelência –, tenho por configurados os referidos pressupostos e, portanto, supero a preliminar arguida relativa ao não conhecimento da ação. Porém, eu estava me manifestando, então, no sentido da divergência, mas temos concordância em relação a isso.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Todos concordamos nisso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sobre a exigência de lei complementar para a instituição da isenção tributária em exame, na linha do art. 146, II, da Constituição, também é uma matéria que tem ocupado o Tribunal já de algum tempo. Por essa razão, por exemplo, o professor Paulo Ayres Barreto defende que o art. 195, § 7º, deve ser interpretado em conformidade com o art. 146, II, do Texto Constitucional, com amplo respaldo na doutrina tributária. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo tem se inclinado no sentido de que o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, tem natureza de regra específica e excepcional em relação à regra geral prevista no art. 146, II. Eu cito já a ADI 2.036-MC, da relatoria do ministro Moreira Alves.

Afora a discussão importante que se trava aqui, presidente, é um caso interessante de possível antinomia entre normas constitucionais e que merece uma adequada solução. E aí eu cito, inclusive, a manifestação que foi adotada pelo Plenário, na ADI 1.802, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, ele se dedicava ao tema e dizia o seguinte:

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Foi na ADI 1.802 exatamente.

O sr. ministro Gilmar Mendes:

> Concedo que a regra de imunidade discutida efetivamente se refira à lei ordinária, como é de entender, na linguagem da Constituição, sempre que não haja menção explícita à lei complementar.

E aí diz:

> Essa foi, sob a regra idêntica do art. 19, III, *c*, da Carta de 69, a autorizada conclusão de Baleeiro. E note-se que, já então, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar era matéria reservada à lei complementar.

Portanto, não há aqui nenhuma quebra quanto à interpretação.

E aí dizia:

> Estou, a um primeiro exame, em que a conciliação entre os dois preceitos constitucionais –, aparentemente antinômicos, já fora estabelecida na jurisprudência do Tribunal, e prestigiada na melhor doutrina.

E cito, então, o RE 93.770, da relatoria do ministro Soares Muñoz, que dizia o seguinte:

> Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito "aos lindes da imunidade", à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, a sua relação "com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas"; mas remete à lei ordinária "as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune", votadas a obviar que "falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade", em fraude à Constituição.

O sr. ministro Luiz Fux: É um precedente do ministro Sepúlveda Pertence?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sepúlveda Pertence.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Exato. Eu fiz a citação também.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então ele ainda dizia:

> Segundo esse critério distintivo, estou em que, à primeira vista, ficam incólumes à eiva de inconstitucionalidade formal, o *caput* do art. 12 e seus §§ 2º e 3º, da lei referida.

Lei que estabelecia os critérios quanto ao superávit de suas contas e tudo mais.

E aí dizia:

> Tratou-se de definir os caracteres específicos da instituição de educação ou de assistência social sem fins lucrativos, requisito subjetivo da imunidade, matéria de lei ordinária, conforme a linha de demarcação em princípio ditada.

Esse entendimento esposado pelo ministro Sepúlveda Pertence parece-me bem compatibilizar a utilização das leis complementar e ordinária no tocante à regulamentação, respectivamente, das imunidades tributárias e das entidades que dela devem fluir.

Depois, já foi mencionado, aqui, o julgamento na ADI 2.545, da relatoria da ministra Ellen Gracie. O Supremo Tribunal Federal adotou entendimento em tudo compatível com o relatado.

Na ocasião, o ministro Nelson Jobim esclareceu e simplificou o tema na parte que interessa ao julgamento de que ora nos ocupamos, ao afirmar:

> (...) não tenho dúvida em acompanhar a eminente ministra relatora, apenas faço a seguinte observação: no art. 55 da Lei 8-212-1991, que estabelece as regras

para a isenção – que devem ser cumpridas –, há um dispositivo importante que, além de estabelecer que seja reconhecida como de utilidade pública federal; portadora do registro; promova, gratuitamente, no caso, mais para assistência e não para a educação; de os diretores não perceberem a remuneração, também aduz:

> Art. 55. (...)
>
> V – aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

A entidade, para gozar da isenção da contribuição patronal para o INSS, além de ter aqueles requisitos formais, precisa aplicar o resultado operacional do ano na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais. Não vejo dificuldade em se exigir, na aplicação integral dos resultados operacionais, que seja aplicado um percentual na concessão de bolsas de estudo, porque aí seria o percentual operacional.

O que vem acontecendo é que essas entidades – conhecemos muito bem, houve visita a várias universidades em que há uma imensidão de obras realizadas – têm um resultado operacional e, em vez de investirem esses resultados em alunos, investem no patrimônio imobilizado, ou seja, criam enormes universidades e investem nisso.

Equivocadamente, Vossa Excelência tem razão, pela fórmula, essa foi a emenda, ao que me recordo, do deputado Oswaldo Biolchi, relator do Projeto de Lei de Conversão, essa lei tentou fazer com que se deslocasse a aplicação desses resultados para as bolsas de estudo. A solução encontrada por ele foi, em vez de se recolher para o INSS, que se aplicasse diretamente às bolsas de estudo.

Portanto, essa discussão já vem sendo travada em vários projetos.

E segue dizendo:

> Isso foi o que a lei visou.
>
> De acordo com o voto da ministra relatora, essa solução é problemática, porque retira, desaparece a isenção existente; não há isenção, há um redirecionamento do resultado que deveria ser recolhido ao Tesouro. Isso está certo.
>
> Deixo claro, em meu voto, que a posição: "declarando a inconstitucionalidade da lei" não veda nem impede que seja feita uma alteração no art. 55, para se estabelecer que o resultado operacional tenha um percentual aplicado em bolsa.

Bolsa aqui não era bolsa de valores, mas bolsa de estudos.

> Podem dizer que, do resultado operacional, parte dele corresponde à isenção. Então, ter-se-ia o discurso de que 50% do resultado operacional corresponderia à não contribuição ao INSS, à isenção, ou se diria: não, não se pode investi-lo.
>
> Quero mostrar que não há impedimento para que a lei estabeleça que o resultado operacional seja investido em bolsas, porque, do resultado operacional que hoje é investido em proveito próprio da entidade para crescer o número de resultados não gratuitos, ou seja, de cobrança de matrícula e de mensalidade, pode-se investir em bolsas de estudos a carentes.

As colocações do ministro Jobim, efetivamente, inspiraram o legislador que criou o ProUni, que foi fazer este cálculo para o fim de apropriar-se desse

chamado resultado operacional e determinar que ele fosse destinado a essa finalidade, pois os dispositivos atacados, de fato, fazem remissões constantes ao art. 55 da Lei 8.212. E, bem examinados, demonstram que o propósito da referida norma foi justamente fazer com que as entidades beneficentes de assistência social, agraciadas pela isenção legal, sejam obrigadas a aplicar o resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, o que no caso em apreço, tomado em conjunto com a intenção governamental de ampliar o acesso ao ensino superior, significa que esse resultado operacional deverá ser aplicado na concessão de bolsa.

Essa, ao meu entender, foi a orientação adotada pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade em exame. Vossa Excelência, ao afirmar em seu voto que:

> o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado a lei complementar. Isso porque, a meu ver, ele tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado.

Desse modo, entendo, com base na jurisprudência do Tribunal, que a medida provisória, convertida na Lei 11.096, apenas regulou a forma pela qual se deve investir o resultado operacional, obtido também por meio da imunidade tributária, objetivando a ampliação do acesso ao ensino superior por meio da concessão de bolsas de estudos. Significa dizer que, em vez de arcar diretamente com os custos das bolsas de estudos concedidas aos estudantes, o poder público concede a isenção às entidades educacionais para que estas apliquem o resultado daí obtido no financiamento dessas bolsas.

A rigor, essa é a teleologia, inclusive, dessas entidades de assistência social, no caso.

Então, parece que aqui está bem resolvida e compatibilizada a possível antinomia entre as disposições elencadas, ou seja, ao art. 146, ao art. 197, § 5º, do texto constitucional.

Presidente, eu diria que é um modelo institucional digno de encômios, porque todos sabem e todos nós que acompanhamos esse debate ao longo da história sabemos da dificuldade de se fazer um controle dessas entidades. Esse modelo permitiu uma objetivação, na medida em que estabelece, para que essa entidade seja reconhecida como tal, um percentual determinado seja destinado a essa finalidade. E é um modelo que, inclusive, pode expandir-se para outras áreas; imaginemos na área de saúde, em outras áreas.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Seria interessante.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja por quê. Porque isso é quantificável sem que haja a necessidade de se colocar lá um fiscal, o que nós sabemos ser impossível, e leva, depois, a fenômenos aí que nós conhecemos, de distorção, de desvios de conduta, em suma, de tudo aquilo que se deplora e se lamenta, mas

que ocorre nessa relação entre instituições privadas e os órgãos de fiscalização, às vezes, da administração pública.

Aqui, não, objetiva-se um critério. Se a entidade tem tantas vagas, ela será reconhecida como tal; portanto, gozará dessa imunidade se destinar esse percentual de vagas. Vejam, consegue-se estimar...

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): É uma desoneração que tem caráter compensatório.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Compensatório, evitando, inclusive, benesses – que não fazem nenhum sentido – outorgadas pelo poder público – quer dizer, a rigor, é o dinheiro de todos – sem que a entidade cumpra a função adequada. Por isso que, até há algum tempo, falava-se que, nesse ambiente, havia as chamadas entidades efetivamente filantrópicas, que cumprem um papel importantíssimo, e se falava também na existência das chamadas entidades de caráter "pilantrópico", que eram as entidades que obviamente se valiam da imunidade para desvios de conduta.

Então, veja que o modelo é extremamente interessante, até porque é de fiscalização bastante simples, quase que documental, evitando, então, todos os desvios. "Ah, a entidade de fato destinou e, aí discutirem o que que é de fato investir na finalidade". Não, veja, o que o ministro Jobim falava sobre construções de prédios, investimentos e tudo. Não, isso tudo é irrelevante, o que importa saber é se a entidade está destinando um percentual que é fixado para essa finalidade.

Então, é extremamente interessante e é necessário que seja saudada essa iniciativa, que foi extremamente engenhosa e foi inspirada, talvez entre outras inspirações, nessa própria discussão que se travou no Supremo a partir da ADI 2.545, em que se dizia claramente ser possível fazer a exigência de que um dado número de bolsas fosse exigido das entidades. É como se exigir de um hospital, que goze desse benefício, um dado número de atendimentos. E fazer essa verificação.

Quanto à alegação de ofensa à competência legislativa dos Estados e à autonomia universitária, também eu estou, presidente, na linha do voto de Vossa Excelência e também de todos os votos que o seguiram, concluindo que é de se afastar, de plano, a alegação de que o diploma federal em exame teria usurpado a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal para editar normas específicas sobre ensino. Isso porque, conforme visto acima, norma federal cuida, em verdade, de concessão de bolsas por meio de adesão voluntária das faculdades privadas ao ProUni, as quais, em contrapartida, são contempladas com a imunidade tributária analisada.

Resta evidente, portanto, que a Lei federal examinada não trata de ensino em si, mas de uma política pública para aumentar o acesso ao ensino superior sem, contudo, nada interferir no modo como a atividade educacional se desenvolve.

De igual maneira, não há que se falar em ofensa à autonomia universitária. A autonomia universitária, protegida constitucionalmente, assegura às

instituições de ensino superior uma esfera de autogoverno, de autogestão administrativa, financeira, patrimonial e didático-científica, livre da interferência do Estado. Essa autonomia, certamente, abrange o poder de estabelecer os critérios e normas de seleção e admissão dos corpos docente e discente, a criação, modificação e extinção dos cursos, assim como a determinação da oferta de vagas nesses cursos.

Não obstante, como este Tribunal já teve a oportunidade de deixar consignado em sua jurisprudência, esses poderes inerentes à autonomia universitária podem sofrer limitações advindas da própria Constituição ou da legislação federal, desde que a lei restritiva observe também o requisito da proporcionalidade. Temos uma série de decisões a propósito.

No caso em análise, contudo, a solução é ainda mais fácil, visto que o ProUni não cria qualquer obrigação às universidades. Em verdade, o ProUni traz uma nova opção a elas, que podem aderir ao programa voluntariamente, após análise dos seus termos, ou permanecerem não participantes do programa, caso concluam pela inviabilidade de sua participação.

Resta claro, portanto, que o diploma normativo atacado não viola a competência legislativa dos Estados tampouco a autonomia universitária. De modo que acompanho nesse ponto também o douto voto proferido por Vossa Excelência, presidente.

Quanto ao modelo da ação afirmativa instituído pelo ProUni, a requerente também argumenta que o art. 7º da Lei atacada, ao utilizar o critério racial para o preenchimento de vagas no ensino superior, viola o princípio da isonomia. Assim afirma que o único critério que o Estado está a observar, no tocante ao ensino superior, está previsto no art. 208, V, segundo a capacidade de cada um, razão pela qual as ações afirmativas nesse campo deveriam levar o poder público a capacitar a todos para tal acesso, dando ensino básico de igual qualidade, outorgando bolsas de estudo aos de menor possibilidade econômica e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios a quem não esteja capacitado a acompanhá-lo, ainda que isso tenha derivado do fato de o Estado ter falhado em dar, no ensino básico e médio, a qualificação necessária.

É evidente que o argumento aqui é falacioso, pois, apesar de ser aparentemente válida, a medida em que contesta um critério de diferenciação, o critério da raça, supostamente inidôneo para o estabelecimento da política pública da ação afirmativa, com discriminação positiva ou inversa, na verdade, procede a uma leitura parcial, e, portanto, uma interpretação equivocada da Lei. Em primeiro lugar, o art. 3º da lei deixa claro que o estudante, a ser beneficiado pelo ProUni, será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, a qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato. Portanto, quanto ao critério meritório, meritocrático, acesso ao ensino superior, segundo a capacidade de cada um, a Lei, claramente, exige que o estudante seja avaliado pelo exame do Enem, e o

estudante, obviamente, ainda deverá passar pela seleção exigida pela instituição de ensino superior, normalmente, o vestibular. Apenas, após a superação desses requisitos de mérito, é que o estudante poderá concorrer a uma bolsa de estudo pelo programa ProUni. Em segundo lugar, é certo que a lei não permite outra leitura, a não ser de que a concessão de bolsa aos autodeclarados negros e indígenas fica condicionado ao preenchimento dos requisitos dos arts. 1º e 2º da Lei, isto é, as bolsas integrais serão concedidas somente a negros e indígenas, cuja renda familiar mensal, *per capita,* não exceda o valor de um salário mínimo e meio, e as bolsas parciais de 50% e de 25% serão concedidas àqueles cuja renda familiar mensal, *per capita*, não exceda o valor de até três salários mínimos. Em qualquer caso, negros e indígenas deverão ter cursado o ensino médio completo em escola pública ou em instituições privadas, na condição de bolsista integral. Na exposição de motivos do projeto de lei, assim está demonstrado. O Programa Universidade para Todos visa democratizar o acesso da população de baixa renda ao ensino superior. Mas, enquanto os alunos do ensino fundamental e médio estão majoritariamente matriculados em instituições públicas de ensino, o mesmo não acontece com os alunos matriculados no ensino superior, em que apenas 30% dos jovens universitários têm acesso ao ensino gratuito. Logo, na medida em que o ProUni incentiva as instituições privadas a oferecerem uma bolsa de estudo para cada nove alunos regulares, permite-se, assim, que estudantes de baixa renda, oriundos da rede pública de ensino básico, transponham a enorme barreira, hoje colocada para os que terminam o ensino médio e sonham poder cursar a educação superior.

Portanto, apesar de, aparentemente, estipular o critério exclusivamente racial para a concessão de bolsas de estudo, tal como quis fazer crer a entidade requerente, a lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno, como requisito essencial para concessão dessas bolsas. Fosse o critério de raças o único a ser exigido pela lei como requisito de distinção para fins de concessão da bolsa, certamente, como eu já disse em relação ao caso da UnB, teríamos de refletir de forma mais adequada sobre o tema, pois estaria posta em séria dúvida a constitucionalidade da política. E aí, eu faço uma série de considerações sobre essa discussão a partir do debate que nós tivemos aqui no Supremo Tribunal Federal, e todas as considerações, e sobre a dificuldade mesmo que nós temos tido de fazer essa identificação, no Brasil, de forma objetiva sobre quem é desta ou daquela cor, todas as dificuldades que têm sido apontadas a propósito dessa temática.

Mas, em relação ao ProUni, o que se está a evidenciar é a adoção de uma política de inclusão social, um típico caso de discriminação positiva ou inversa que leva em conta o critério da raça, porém, não de forma exclusiva, mas conjugado com o critério socioeconômico.

A revelação da complexidade do racismo existente em nossa sociedade e das características específicas da miscigenação do povo brasileiro impõe que as entidades responsáveis pela instituição de modelos de ação afirmativa, de cotas, sejam sensíveis à especificidade da realidade brasileira, e, portanto, ao fixarem as cotas, atentem para a necessidade de conjugação dos critérios de cor com os

critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição das políticas de cotas.

Ainda ontem ou anteontem, presidente, eu lia uma matéria publicada no *Zero Hora* do Rio Grande do Sul, em que apontava que as vagas na UFRGS, destinadas às cotas, não estão sendo preenchidas por razões várias, inclusive da campanha que se faz – isso é um problema que tem de se reconhecer – contra o estudante cotista, quer dizer, a introdução do elemento de, vamos chamar, de "racialismo" ou de "racismo" no debate, o que impõe um *constraint*, uma vergonha de estar ocupando uma vaga da cota, que é objeto, inclusive, de discussão nos próprios Estados Unidos da América.

Então, veja, 50% das vagas não são utilizadas.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ministro Gilmar Mendes, aqui eu acho que entra um elemento cultural, bem como algo que é relacionado à mentalidade universitária pública brasileira. Criou-se, na universidade brasileira – isso tanto na parte de alunos, quanto professores –, essa ideia de que aquilo ali é um nicho para poucos. Quando se introduz o diferente, quando se criam mecanismos para que o diferente, os que são membros de minorias também ingressem, evidentemente, que esse tipo de movimento cresce. E há uma outra diferença em relação aos Estados Unidos: a universidade americana é o que há de mais progressista, é o que há de mais liberal no país; ao contrário da nossa, a nossa é retrógrada.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Mas o ministro Gilmar Mendes está fazendo só um registro, não está se posicionando.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não, mas eu também estou fazendo só um registro, que vai na linha do que ele está dizendo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu até quero registrar – já falei isso quando discutimos a questão da UnB – que isso é constatado pelos autores que fizeram o ProUni, tanto é que, na exposição de motivos, está dito isto: esse modelo tipicamente discriminatório, porque só têm acesso à universidade pública aqueles que passaram pelas boas escolas privadas e, portanto, logram passar no vestibular. Essa é a observação. E por que isso? Porque isso se tornou um funil extremamente difícil de ser ultrapassado. É essa a questão. Claro que, se nós aprofundarmos, vejam bem, os números são vergonhosamente constrangedores. Esse programa, recém-instituído, hoje já contempla algo como um milhão de pessoas, praticamente o número que nós temos na escola pública universitária brasileira. Veja isso, agora, se nós formos falar – nós que militamos na universidade pública, sabemos bem disso –, vamos ver que temos um dos mais baixos índices na relação professor/aluno – já melhorou muito –, mas chegou a ser sete alunos por professor, seis alunos por professor. Veja, há um grave problema de gestão, por isso não se espante. Veja que, de 2003 para cá, dobrou-se o investimento na educação pública universitária, de dez bilhões passou-se a vinte e poucos bilhões de reais investidos, não obstante a dificuldade enorme de expandir as vagas, por conta desse modelo; professor que não dá aula, professor que fala para um aluno, aí se diz: ah, mas é atividade de pesquisa. Não. É problema sério de gestão.

Então, temos sérios problemas nessa área, por isso que esse sistema, veja, seis milhões de pessoas no sistema universitário como um todo, um milhão e pouco no sistema público; esse programa recém-instalado já tem um milhão de estudantes. Então, veja, agora, claro, quando nós falamos de sessenta ou setenta alunos num curso de Medicina de uma universidade federal e estabelecemos a cota, obviamente com essa limitação, claro, vamos gerar essa tensão dialética, inevitável, gerando esse fenômeno a que se refere o jornal *Zero Hora* do Rio Grande do Sul. E movimentos, inclusive, de pais contra as cotas na universidade pública.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): São fricções que o processo cultural supera. É interessante.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Supera facilmente, mas esses programas escancaram uma doença que está aí no sistema educacional brasileiro, que é escamoteado, vem sendo escamoteado esses anos todos. Esses números fazem isso: é escancarar esse problema.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, presidente, o que isso quer dizer em relação ao ProUni? Que tem sido bastante bem-sucedido, vamos dizer. Ele optou por um programa de ação afirmativa que leva em consideração o critério socioeconômico de renda familiar mínima, de origem na rede pública de ensino, distingue entre as unidades da Federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada com sucesso, parece ser bastante eficaz socialmente; tanto é que o resultado é impressionante.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Muito bom o resultado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E eu diria muito melhor do que um tipo de cotas simplesmente baseado no critério racial. O debate é complexo e não se está a propor soluções miríficas. Aqui eu até acho interessante: eu sou, como sabem, admirador do professor Mangabeira Unger e gosto muito, por exemplo, de sua abordagem sobre essa atividade de construção do processo democrático. Por isso, Mangabeira Unger, com aquela capacidade enorme de argumentação e com aquela inventividade peculiar, até muito engraçada na forma de falar, muitas vezes, com aquele sotaque; mas o professor Mangabeira Unger fala muito nessa necessidade de uma certa inventividade institucional. Aqui eu acho que o Brasil deu uma demonstração quanto a essa capacidade de inventividade institucional. Veja o salto que se conseguiu numa área de difícil compromisso, de difícil transação, por quê? Porque essas entidades, que já estavam intituladas como beneficentes, se julgavam no direito de ter o reconhecimento a essa imunidade sem qualquer prestação específica, ou, quando concedia bolsas, concedia a seu talante, tanto é que não privilegiava os cursos mais caros: a entidade que tinha curso de medicina não concedia bolsa na área de medicina. O ProUni vem e torna isso obrigatório. Então, me parece que essa questão é relevantíssima, presidente, para discutir todo esse modelo.

Veja, com todos esses avanços, nós estamos ainda numa situação constrangedora na América Latina. Nós temos, na população que supostamente chega à

universidade, de 18 a 24 anos, 14,4% dessa população matriculados nos cursos de Ensino Superior. Não estamos falando de qualidade, presidente, estamos falando apenas de dados objetivos: 14,4%: são os dados do PNAD – IBGE. Portanto, aqui nós estamos num patamar vergonhoso na América Latina. A despeito do discurso que se fala, da expansão do ensino universitário, da falta de critérios na expansão do ensino universitário, nós temos, entre os jovens de 18 a 24 anos, esse percentual: 14,4%. Nós estamos abaixo da Bolívia nesse quadro. Então, veja, claro, estamos fazendo progresso, mas evidente que a nossa situação é constrangedora, falando do sistema como um todo, não estamos falando do sistema público, porque senão essa situação seria ainda mais vexatória.

Veja, presidente, é inegável que, desde a década de noventa, os governos têm implementado políticas que visam a aumentar o número de vagas e matrículas nas instituições de ensino superior. De um número de um milhão e quinhentos mil, em 1991, chegamos, em 2007, a 4,8 milhões de alunos matriculados no ensino superior. Em 2010, a 6,3 milhões de estudantes matriculados; 25,8, presidente, estavam em instituições públicas; 14,7, em instituições federais e, portanto, dos 25,8, 14, em instituições federais; e 74,2, em instituições particulares. Veja, portanto, esse dado que é extremamente interessante.

Conforme o Censo da Educação Superior do ano de 2010, o Brasil contava com 2.377 instituições de ensino superior, das quais 278 eram públicas, sendo 99 do sistema federal, 108 estaduais e 71 municipais, que têm uma peculiaridade, porque, naquela tradição do sul do Brasil, essas instituições – e a Constituição autorizou – municipais acabam cobrando anuidade ou mensalidade.

O sistema público contava com um total de 1.643.298 matrículas de graduação; o setor privado acolhia 2.099 instituições, com 4.736.001 matrículas de graduação.

O programa ProUni tem exercido um papel fundamental nesse crescimento do número de matrículas no ensino superior. Dos estudantes em instituições particulares, hoje, pouco mais de um milhão tem o apoio do ProUni, seja para bolsa total, seja para bolsa parcial. Portanto, o número de ingressantes no ensino superior, por meio do ProUni, chega a ser próximo – essa é a ironia, presidente, para um programa recente – do total de estudantes atualmente matriculados em instituições públicas. Praticamente, nós temos, hoje, no programa ProUni, nas instituições particulares, privadas típicas ou beneficentes, nós temos um número de estudantes que estão nas universidades públicas. Veja, esse é um dado interessante. A universidade pública, tem razão o ministro Joaquim Barbosa, é extremamente discriminatória. Até os anos noventa, praticamente, elas não tinham curso noturno. E esse é um problema para o estudante pobre – todos sabem –, porque não adianta apenas ele ter acesso a universidade. Como é que ele se sustenta, se ele não pode trabalhar? Por isso a discussão delicada dessa temática. Daí ele trabalhar para pagar o estudo. E aquela distorção que nós apontávamos desde o início: o rico vai para a universidade pública e o pobre vai trabalhar para pagar a universidade privada. Veja, por quê?

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): É uma distorção gravíssima.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ainda hoje, são poucos os cursos noturnos na universidade pública, por conta desse modelo que está colocado. Muitos professores, custo elevadíssimo, modelo estatutário, aposentadoria em tempo mais curto, pouca gente em sala de aula.

Lembro-me na Alemanha, por exemplo, meu professor, professor Erichsen, dava aula, as chamadas *Vorlesungen*, para setecentas pessoas. No Brasil, se tivermos que lidar numa sala com setenta alunos, já vamos revelar nosso horror. Então, veja, há um problema sério aqui que precisa ser discutido. A expansão que está se fazendo é no sistema privado, não nesse sistema. Eu falava, no Brasil em 1995, o número de alunos por professor era de 7,5 em 2002, passou para 11,6. Em 2006, tivemos um decréscimo para 10,8, o que demonstra que ainda temos um número muito elevado de professores em relação ao número de alunos, muito distante do número de dezesseis alunos por professor, observados nos países desenvolvidos. Se se chegasse a essa meta, já se tinha uma expansão significativa no âmbito da universidade pública. Portanto, essa discussão tem que ser colocada. E veja, senão nós vamos criando biombos e tensionando as relações internas, sem melhorar a gestão da universidade.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): Vossa Excelência tem razão, aquele dito antigo, "muito cacique para pouco índio", se transportou para a universidade pública: muitos professores para poucos alunos. Isso significa o desperdício de recursos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: E muitas delas não querem expandir.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Não querem.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então, veja, presidente, gastando muito com recursos humanos...

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): A análise é perfeita, de Vossa Excelência.

O sr. ministro Gilmar Mendes: ...sem que isso se reflita no aumento do acesso e da qualidade de ensino. E por isso, então, essa discussão. Quando nós falávamos, aqui, na discussão sobre a UnB – dos anos setenta para agora –, a universidade saiu de 30 alunos para 120, considerando o número da população brasileira, vê-se o tamanho da evolução; quer dizer, não melhora a tecnologia de ensino, não amplia a participação de assistentes, monitores, estagiários.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): As concepções pedagógicas não estão à altura dos novos tempos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Portanto, veja que é possível – o projeto que já existiu – aumentar o número de vagas por professor. Número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão, presidente.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente e relator): É bem observado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É uma questão que precisa ser colocada.

Então, presidente, com base nessas considerações e ressaltando que o ProUni não estabelece o critério exclusivamente racial, mas, mesmo usando o critério racial, estabelece, exige o componente socioeconômico, acompanho Vossa Excelência e voto pela improcedência da ação.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator):

1. Breve relato da ação

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), pelo partido político Democratas (DEM), bem como pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), contra alguns dispositivos da MP 213/2004, convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

A medida provisória atacada "institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI), regula a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e dá outras providências". Após a conversão da referida medida provisória na Lei 11-96-2005, foi requerido o aditamento da inicial.

À presente ação foram apensadas as ADI 3.314 e 3.379, de mesmo objeto. Os requerentes alegam que a edição da medida provisória impugnada não observou a existência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (art. 62), que a União não poderia ter editado normas especiais em matéria de educação – visto carecer de competência legislativa para tanto – e que alguns dispositivos do ato normativo impugnado dispõem sobre matéria reservada pela Constituição à lei complementar. Por fim, aduzem que a medida provisória atacada desrespeita os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Em informações, o presidente da República afirmou que a medida provisória atacada atende os pressupostos de relevância e urgência, ante a necessidade de se proporcionar aos estudantes deste país acesso ao ensino superior. Além disso, afirma que o ato normativo em exame não cuida de "educação, cultura e desporto", mas de outorga de isenção às universidades privadas não contempladas com a imunidade constitucional, bem como que não há reserva constitucional de lei complementar para o tratamento do tema, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme ao afirmar que somente nas hipóteses em que a Constituição expressamente requer esse tipo de diploma ele deverá ser exigido.

O advogado-geral da União e o procurador-geral da República manifestaram-se pela improcedência da presente ação.

O relator, ministro Ayres Britto, não conheceu da ADI 3.379 – no que foi acompanhado pela Corte –, em razão da ilegitimidade ativa da requerente

Fenafisco. Todavia admitiu-a no presente feito na condição de *amicus curiae*. Foram admitidos, nessa mesma condição, o Centro de Direitos Humanos (CDH) e a Conectas Direitos Humanos.

2. O atendimento dos pressupostos de relevância e urgência pela MP 213/2004 e sua conversão na Lei 11-96-2005

O voto do relator, preliminarmente, afastou a necessidade de exame do atendimento dos pressupostos de relevância e urgência no caso em apreço, tendo em vista que a medida provisória impugnada foi convertida em lei. O ministro Britto afirmou em seu voto o seguinte: "adiro à decisão proferida na ADI 3.289, no sentido de que a conversão de medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa".

Com todo o respeito, fui relator da referida ADI 3.289, *DJ* de 3-2-2006, e meu voto, acompanhado pela maioria da Corte, não concluiu pela prejudicialidade do exame jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias quando estas hajam sido convertidas em lei. Antes, adentrei a análise do atendimento desses pressupostos no caso que estávamos a analisar. Reproduzo trecho do voto que proferi naquela assentada:

> Passo agora a apreciar as impugnações relacionadas ao requisito constitucional da relevância e da urgência.
>
> Certamente há situações em que o presidente da República tem a necessidade imediata de promover ajustes no plano institucional e, especialmente, na organização dos órgãos superiores da administração pública. Estão justamente na chamada administração superior as peças básicas para o exercício do poder conferido ao presidente.
>
> Tais ajustes, que atendem especialmente a critérios de índole política, por óbvio podem demandar a edição de medidas urgentes.
>
> No caso, é difícil considerar ilegítimas as razões explicitadas na Exposição de Motivos correspondente à MP 207, no sentido do papel absolutamente diferenciado do presidente do Banco Central, tanto no plano interno quanto internacional.
>
> Indaga-se, nos autos, porque semelhante medida não teria sido editada em outro momento, haja vista que o presidente do Banco Central já teria a referida preeminência há muito tempo. Esse argumento é colocado na inicial da ADI 3.289 e é incorporado no parecer do Ministério Público.
>
> Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma medida provisória indagando por que ela não teria sido editada no primeiro dia de Governo.
>
> Esse não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo.
>
> A incompreensão desta dimensão política é que tem gerado, tanto na opinião pública quanto na jurisprudência e na doutrina, uma série de equívocos na avaliação dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. Por vezes há manifestações que parecem partir do pressuposto de que certas medidas

provisórias foram editadas em razão de uma atitude pessoal, isolada e voluntarista do presidente da República. Essa perspectiva desconsidera os inúmeros fatores que condicionam a prática dos atos de governo e o exercício do poder político. Há limitações de toda ordem. Por vezes, o fator é interno à administração. Exemplo disso seria a ineficiência do Governo em identificar problemas e propor soluções. E também há condições que são externas à estrutura do Executivo, como, por exemplo, a composição parlamentar que dá sustentação ao presidente em determinado momento. Há inúmeros outros fatores, e alguns desbordam as fronteiras nacionais. Não há, diante de tais condicionamentos, um "momento ideal" para a edição de atos de governo.

Não estou aqui, obviamente, estabelecendo uma justificativa para qualquer ato de governo, o que acabaria indevidamente por endossar as hipóteses de abuso do poder de legislar.

O que pretendo enfatizar é essa dimensão política e histórica, ínsita ao próprio direito constitucional, que explica uma permanente mudança de cenário ao longo de um mandato presidencial. É nesse contexto dinâmico que são tomadas decisões pelo presidente da República. As condições políticas existentes no primeiro dia de mandato não são as mesmas de hoje ou do dia em que foi editada a MP 207.

Lembro aqui, ademais, um registro de Canotilho, que evidencia um aspecto essencial na realização da Constituição. Não se pode ver, na concretização do Texto Constitucional, um espaço vazio ou, em outras palavras, a ausência de um *locus* para o que poderíamos denominar de "jogo do direito". Isso por evidente importaria em um nefasto estragulamento da política e da democracia. Penso, de modo diverso, que a partir do plano constitucional, há um amplo espaço para as mais diversas estratégias constitucionais. E como sabemos no âmbito do jogo da política e do direito, não obstante a existência daquilo que Canotilho designa como um "espaço de indeterminação que permite a inventividade", não há escolhas absolutamente livres. Registro, por oportuno, a lição de Canotilho:

> Alguns autores assinalam às normas e princípios constitucionais um "sentido de colocação", um "sentido de estratégia", para vincar a ideia de que, para além das regras constitucionais, não há um espaço vazio, mas um *espaço de jogo* aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores. Para se compreender este "jogo do direito" deveremos reter dois elementos essenciais do conceito de jogo:
>
> (1) – as *regras convencionais*, reguladoras e institucionalizadoras, que devem ser observadas pelos "actores" ou "jogadores" políticos (as "regras do jogo");
>
> (2) – *espaço de indeterminação* que permite a inventividade, a criatividade das *personae* que actuam na cena jurídico-política.
>
> No plano constitucional, dir-se-ia que o *corpus* constitucional estabeleceria um conjunto de regras convencionais (=regras do jogo) sobre as quais podem assentar as mais diversas estratégias constitucionais. [*Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 51.]

Obviamente, nessa perspectiva de Canotilho, os "jogadores do direito" estão vinculados às referidas regras convencionais, ou regras do jogo, que aqui são as normas constitucionais. O que pretendo enfatizar é que não é promissora uma perspectiva que quer, de plano, inviabilizar sumariamente a própria ação política e o próprio jogo do direito.

Também não considero válidas as alegações no sentido de que haveria um casuísmo na edição da MP 207. Nesse ponto, compartilho do pensamento de

Garcia Amado, no sentido de que a atividade jurídica, enquanto realização do direito histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao pensamento sistemático. Isso porque a produção legislativa não está comprometida com uma perspectiva essencialista do direito, ou seja, não se parte de uma pauta prévia de soluções jurídicas para os problemas do mundo. Ao contrário, o direito, produto histórico que é, traduz-se mais como um conjunto de respostas contingentes às questões que se colocam para a sociedade em cada momento. Vale aqui o registro do pensamento de Garcia Amado, *verbis*:

> *A la topica juridica* se *podem ligar tres tipos diferenciables de desarrollo de la idea de Derecho, que han sido llevados a cabo por la doctrina.*
>
> *(...)*
>
> *El primer tipo de teorías parten de rechazar toda concepción esencialista del Derecho, conforme a la cual éste sea "imperativo puro" o "deber incondicionado" y la ley simple "depósito de soluciones acabadas para casos meramente subsumibles". Como dice Bäumlin, el Derecho es un producto eminentemente histórico, sólo comprensible a partir de su propia realización. La actividad jurídica, en cuanto realización del Derecho histórico, remitiría a la tópica, no al pensamiento sistemático. El Derecho histórico es, para Bäumlin, el conjunto de respuestas contingentes, parciales y susceptibles de ser desarrolladas. Carece de sen tido, en opinión de este autor, contraponer una regulación ge neral y abstracta, por un lado, y las decisiones, por otro, pues el proceso de concreción es un elemento conformador de impor tancia fundamental en el Derecho. Este se ha de comprender a partir de su nota esencial de "estar orientado a constante realiza ción*". Esta realización del Derecho (*Rechtsverwirklichung) no puede significar ejecución de la ley (Gesetzesvollziehung), sino un nunca acabado tratamiento y una constante conformación del Derecho histórico en todos los niveles de la actividad jurídica*. [AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la topica juridica*. 1. ed. Madri: Editorial Civitas, p. 264/265.]

Conforme registra Garcia Amado, também é reconhecida na doutrina clássica de *Viehweg* a natureza tópica da lei (cit., p. 255 et seq.).

Por tais razões, com a devida vênia, não aceito as afirmações peremptórias no sentido da ausência dos requisitos de relevância e urgência, ou ainda, as eventuais alegações de que o ato impugnado seria fruto de um casuísmo.

Em verdade, no caso em exame, considerada essa dimensão política e a situação singular do Banco Central, não me pareceria absurda uma justificativa explícita, pelo presidente da República, no sentido de que a medida ora impugnada teria sido editada tão somente para conferir prerrogativa de foro ao presidente do Banco Central. Também não seria disparatado se a exposição de motivos da MP 207 dissesse claramente que estaria sendo editada para o fim de afastar o presidente do Banco Central de uma avalanche de ações ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário.

Tal justificativa não traria, em si, um indício de abuso no poder de legislar.

Ora, estamos falando do presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional. Todos sabemos que a escolha ou a destituição de um presidente do Banco Central possui, via de regra, uma repercussão maior que uma mudança na chefia de vários ministérios. Obviamente

estou aqui apenas a tratar de um aspecto que demonstra a relevância e urgência da medida provisória. A observância dos outros requisitos constitucionais eu terei oportunidade para analisar.

Mas nesse ponto – restringindo-me a uma análise que, penso, é necessária nessa aferição quanto à relevância e urgência – não posso me furtar a umas breves considerações acerca do significado da prerrogativa de foro em nosso sistema constitucional. Cuida-se de uma garantia voltada não para os titulares de cargos relevantes, mas para as próprias instituições.

(...)

Não me parece difícil justificar a relevância e urgência de uma medida provisória que resulta na garantia de prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central quando a mesma prerrogativa é conferida para qualquer ministro de Estado.

(...)

Assim, concluo esta parte do meu voto no sentido de afastar a alegação de ausência de relevância e urgência.

Sem excluir a possibilidade de divergência nesta Corte, relativa à prejudicialidade do exame dos pressupostos de admissibilidade de medida provisória convertida em lei, entendo, na linha do precedente transcrito acima, que o vício inicial da medida provisória não pode ser convalidado por eventual conversão em lei, uma vez que os pressupostos de relevância e urgência devem se fazer presentes na oportunidade da edição do ato normativo pelo presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento no sentido de que os vícios formais contidos na medida provisória não são convalidados pela sua conversão em lei. Eis o teor do *leading case* na matéria:

Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. MP 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 2. Medida provisória convertida na Lei 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão** prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na MP 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive". Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a EC 6/1995 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão "empresa brasileira de capital nacional" pela expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país", incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a MP 144/2003 não está

destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC 6/1995, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbrava a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos. [ADI 3.090 e 3.100, rel. min. Gilmar Mendes.]

No caso em apreço, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3-582-2004 para regular a criação do ProUni. Ante a demora na tramitação, foi requerida urgência constitucional para a tramitação do projeto. Ocorre que, paralelamente ao PL 3-582-2004, tramitava o projeto de lei de diretrizes orçamentárias referente ao ano de 2005, o que teve o condão de retardar ainda mais a votação do projeto que visava à criação do ProUni.

Diante desse estado de coisas, e reputando emergencial a necessidade de aumento do número de vagas de ensino superior para atenuar os baixos índices de acesso à universidade no Brasil, foi solicitada a retirada do PL 3-582-2004 e, posteriormente, editada a MP 213/2004, convertida na Lei 11-96-2005.

Tendo em vista a prioridade da questão tratada por meio da medida provisória impugnada e o caráter especial e de exceção que assume a análise do atendimento dos pressupostos de relevância e urgência por esta Corte (ADI 4.048-MC, de minha relatoria, *DJE* de 22-8-2008), tenho por configurados os referidos pressupostos e, portanto, supero a preliminar arguida relativa ao não conhecimento da ação, divergindo, porém, do relator quanto à fundamentação.

3. Sobre a exigência de lei complementar para instituição da isenção tributária em exame

A CF/1988 estabeleceu em seu art. 146, II, que cabe à lei complementar "regular as limitações constitucionais ao poder de tributar". Assim, o constituinte teve a preocupação de exigir quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação, com o propósito de dar estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras nacionalmente uniformes e rígidas.

Destaque-se que a exigência constitucional de aprovação da lei complementar por maioria absoluta não demanda apenas a consideração de quórum especial na votação, mas a própria existência de processo legislativo diverso. Por exemplo, ao contrário de leis ordinárias, a lei complementar não pode ter tramitação terminativa nas comissões do Senado ou da Câmara.

Por essa razão, os professores Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto defendem que o art. 195, § 7º, deve ser interpretado em conformidade com o art. 146, II, do texto constitucional, com amplo respaldo na doutrina tributária (BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias*: limitações constitucionais ao poder de tributar. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 23).

Por outro lado, a jurisprudência do STF tem se inclinado no sentido de que o art. 195, § 7º, da Constituição Federal tem natureza de regra específica e excepcional em relação à regra geral prevista no art. 146, II, CF/1988 (cf. ADI 2.036-MC/DF, rel. min. Moreira Alves, Pleno, *DJ* de 16-6-2000).

Naquela oportunidade, o voto condutor consignou a plausibilidade das duas interpretações, tanto a que privilegia a intepretação em consonância com o art. 146, II, como aquela que pontifica a regra prevista no art. 195, § 7º, como exceção à mencionada regra geral.

No entanto, é importante destacar que a CF/1988, por outro lado, selecionou as matérias que necessitam de processo legislativo próprio de leis complementares de forma taxativa e exaustiva. Ao intérprete não cabe presumir maior rigidez do texto constitucional.

Com efeito, sempre que a CF/1988 exige a edição de "lei", cuida de lei ordinária, diferentemente da exigência mais solene de "lei complementar". Ressalte-se que a previsão de exceções específicas ao art. 146, II, CF/1988 não torna o dispositivo despiciendo, afinal ele continua aplicável a todas as demais regras.

Pode o constituinte, inclusive o derivado, selecionar as matérias passíveis de alteração de forma menos rígida e solene pelo Poder Legislativo. Por óbvio, esta flexibilidade permite a adaptação mais fácil do sistema às modificações fáticas e contextuais, com o propósito de velar melhor pelas finalidades constitucionais.

Esse debate, sobre a exigência, ou não, da edição de lei complementar para a regulamentação de imunidade tributária, ainda que a norma impugnada a denomine isenção, foi travado por esta Corte também no julgamento da ADI 1.802-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, *DJ* de 13-2-2004. Na oportunidade, bem salientou o eminente relator:

> No mérito, o ponto nuclear da questão de inconstitucionalidade proposta está em estabelecer a inteligência devida à cláusula final do art. 150, VI, *c*, da Lei Fundamental, que veda instituir impostos sobre "**patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei**.
>
> Conjugando essa cláusula final da regra de imunidade – "**atendidos os requisitos da lei**" – com o art. 146, II – "**Cabe à lei complementar (...) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar**" – sustenta a arguição que só à lei complementar – ainda aí em termos – jamais à lei ordinária, caberia versar os temas de todas as normas questionadas.
>
> Pretendem as informações, de sua vez, que a menção constitucional à lei, quando não qualificada, refere-se a lei ordinária. Desse modo – sustentam as inteligentes razões da AGU que, no art. 150, VI, *c*, a submissão da imunidade aos "**requisitos da lei**" (ordinária) significaria exceção à exigência geral de lei complementar para a espécie, pois, argumentam, "**se isto não fosse verdade, este final da norma constitucional teria sido perfunctório (sic), tendo em vista o mandamento constitucional genérico do art. 146, II**".

À delibação, sabe-me que ambas as posturas contrapostas pecam por excesso.

Concedo que a regra de imunidade discutida efetivamente se refira à lei ordinária, como é de entender, na linguagem da Constituição, sempre que não haja menção explícita à lei **complementar**.

Essa foi, sob a regra idêntica do art. 19, III, *c*, da Carta de 69, a autorizada conclusão de Baleeiro (*Limitações constitucionais ao poder de tributar.* 7. ed., 1997, p. 313). E note-se que já então regular as limitações constitucionais ao poder de tributar era matéria reservada à lei complementar (art 18, § 1º).

Estou, a um primeiro exame, em que a conciliação entre os dois preceitos constitucionais –, aparentemente antinômicos, já fora estabelecida na jurisprudência do Tribunal, e prestigiada na melhor doutrina.

Está, no RE 93770, de 17-3-1981, da lavra do notável e saudoso ministro Soares Muñoz – *RTJ* 102/304, 307:

> Nenhuma dúvida foi suscitada quanto a ser o recorrente instituição de assistência social e fazer jus, nessa qualidade e em princípio, à imunidade prevista no art. 19, III, *c*, da Constituição Federal. O mandado de segurança foi indeferido pelo acórdão recorrido em razão de o art. 17 do Decreto-Lei 37/1966 só autorizar a isenção do imposto de importação se a mercadoria tiver sido considerada, pelo Conselho de Política Aduaneira, sem similar nacional, prova que o impetrante não produziu.
>
> Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado, porque ele impõe à imunidade, a qual não se confunde com isenção, uma restrição que não está no texto constitucional. Os requisitos da lei que o art. 19, III, *c*, da Constituição manda observar não dizem respeito à configuração da imunidade, mas àquelas normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune, tal como salientou a sentença de primeiro grau.
>
> Cumpre evitar-se que falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade. É para evitar fraude que a Constituição determina sejam observados os requisitos da lei.
>
> Condiz com esse entendimento a interpretação dada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao preceito constitucional. Escreve ele: "As instituições educativas e assistenciais são meras pessoas de direito privado, criadas pela iniciativa particular e ao sabor desta. Seria plausível, por isso, que servissem de capa, cobrindo interesses egoísticos que, assim, se beneficiariam da imunidade no tocante a impostos" (*Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. I, p. 150).

Ao acórdão e ao comentário de Ferreira Filho, nele referido, prestou seu aval o lúcido e saudoso Ulhoa Canto (*apud* Mizabel Derzi, nota a Baleeiro, ob. ed., cits., p. 318).

Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito "**aos lindes da imunidade**", à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, a sua relação "**com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas**"; mas remete à lei ordinária "**as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune**", votadas a obviar que "**falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade**", em fraude à Constituição.

Segundo esse critério distintivo, estou em que, à primeira vista, ficam incólumes à eiva de inconstitucionalidade formal, o *caput* do art. 12 e seus §§ 2º e 3º, da lei referida.

Dispõem o *caput* e o § 3º – fls. 3 e 5:

> Art. 12. Para os efeitos do disposto no art. 150, VI, alínea *c*, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.
>
> (...)
>
> § 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas, ou caso os apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.

Tratou-se de definir os caracteres específicos da instituição de educação ou de assistência social sem fins lucrativos, requisito subjetivo da imunidade, matéria de lei ordinária, conforme a linha de demarcação em princípio ditada.

Esse entendimento esposado pelo ministro Sepúlveda Pertence parece bem compatibilizar a utilização das leis complementar e ordinária no tocante à regulamentação, respectivamente, das imunidades tributárias e das entidades que dela devem fruir.

Ademais, no julgamento da ADI 2.545-MC, rel. min. Ellen Gracie, Plenário, *DJ* de 7-2-2003, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento em tudo compatível com o relatado. Na ocasião, o ministro Nelson Jobim esclareceu e simplificou o tema, na parte que interessa ao julgamento de que ora nos ocupamos, ao afirmar o seguinte:

> Senhor presidente, não tenho dúvida em acompanhar a eminente ministra relatora, apenas faço a seguinte observação: no art. 55 da Lei 8-212-1991, que estabelece as regras para a isenção – que devem ser cumpridas –, há um dispositivo importante que, além de estabelecer que seja reconhecida como de utilidade pública federal; portadora do registro; promova, gratuitamente, no caso, mais para assistência e não para a educação; de os diretores não perceberem a remuneração, também aduz:
>
> *Art. 55.*
>
> (...)
>
> V – aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.
>
> A entidade, para gozar da isenção da contribuição patronal para o INSS, além de ter aqueles requisitos formais, precisa aplicar o resultado operacional do ano na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais. Não vejo dificuldade em se exigir, na aplicação integral dos resultados operacionais, que seja aplicado um percentual na concessão de bolsas de estudo, porque aí seria o percentual operacional.
>
> O que vem acontecendo é que essas entidades – conhecemos muito bem, houve visita a várias universidades em que há uma imensidão de obras realizadas – têm um resultado operacional e, em vez de investirem esses resultados em

alunos, investem no patrimônio imobilizado, ou seja, criam enormes universidades e investem nisso.

Equivocadamente, Vossa Excelência tem razão, pela fórmula, essa foi a emenda, ao que me recordo, do deputado Oswaldo Biolchi, relator do Projeto de Lei de Conversão, essa lei tentou fazer com que se deslocasse a aplicação desses resultados para as bolsas de estudo. A solução encontrada por ele foi, em vez de se recolher para o INSS, que se aplicasse diretamente às bolsas de estudo. Isso foi o que a lei visou.

De acordo com o voto da ministra relatora, essa solução é problemática, porque retira, desaparece a isenção existente; não há isenção, há um redirecionamento do resultado que deveria ser recolhido ao Tesouro. Isso está certo.

Deixo claro, em meu voto, que a posição: "declarando a inconstitucionalidade da lei" **não veda nem impede que seja feita uma alteração no art. 55, para se estabelecer que o resultado operacional tenha um percentual aplicado em bolsa. Podem dizer que, do resultado operacional, parte dele corresponde à isenção. Então, ter-se-ia o discurso de que 50% do resultado operacional corresponderia à não contribuição ao INSS, à isenção, ou se diria: não, não se pode investi-lo**.

Quero mostrar que não há impedimento para que a lei estabeleça que o resultado operacional seja investido em bolsas, porque, do resultado operacional que hoje é investido em proveito próprio da entidade para crescer o número de resultados não gratuitos, ou seja, de cobrança de matrícula e de mensalidade, pode-se investir em bolsas de estudos a carentes. [Grifei.]

As colocações do ministro Jobim efetivamente inspiraram o legislador que criou o ProUni, pois os dispositivos atacados, de fato, fazem remissões constantes ao art. 55 da Lei 8-212-1991 e, bem examinados, demonstram que o propósito da referida norma foi justamente fazer com que as entidades beneficentes de assistência social, agraciadas pela "isenção" legal, sejam obrigadas a aplicar o resultado operacional na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais, o que, no caso em apreço, tomado em conjunto com a intenção governamental de ampliar o acesso ao ensino superior, significa que este resultado operacional deverá ser aplicado na concessão de bolsas de estudos.

Essa, ao meu entender, foi a orientação adotada pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade em exame, ao afirmar em seu voto que "o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado a lei complementar. Isso porque, a meu ver, ele tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado".

Desse modo, entendo, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a MP 213/2004, convertida na Lei 11-96-2005, apenas regulou a forma pela qual se deve investir o resultado operacional obtido também por meio da imunidade tributária, objetivando a ampliação do acesso ao ensino superior, mediante concessão de bolsas de estudos. Significa dizer que em vez de arcar diretamente com os custos das bolsas de estudo concedidas aos estudantes, o

poder público concede a "isenção" às entidades educacionais para que estas apliquem o resultado daí obtido no financiamento dessas bolsas.

4. Alegação de ofensa à competência legislativa dos Estados e à autonomia universitária

A conclusão do tópico acima permite afastar de plano a alegação de que o diploma federal em exame teria usurpado a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal para editar normas específicas sobre ensino. Isso porque, conforme visto, a norma federal cuida, em verdade, de concessão de bolsas por meio da adesão voluntária de faculdades privadas ao ProUni, as quais, em contrapartida, são contempladas com a imunidade tributária analisada.

Resta evidente, portanto, que a lei federal examinada não trata de ensino em si, mas de uma política pública para aumentar o acesso ao ensino superior, sem, contudo, nada interferir no modo como a atividade educacional se desenvolve.

De igual maneira, não há que se falar em ofensa à autonomia universitária. A autonomia universitária protegida constitucionalmente (art. 207) assegura às instituições de ensino superior uma esfera de autogoverno e de autogestão administrativa, financeira, patrimonial e didático-científica, livre da interferência do Estado. Essa autonomia certamente abrange o poder de estabelecer os critérios e normas de seleção e admissão dos corpos docente e discente, a criação, a modificação e a extinção de cursos, assim como a determinação da oferta de vagas nesses cursos (graduação, pós-graduação e extensão universitária). Não obstante, como este Tribunal já teve oportunidade de deixar consignado em sua jurisprudência, esses poderes inerentes à autonomia universitária podem sofrer limitações advindas da própria Constituição ou da legislação federal, desde que a lei restritiva observe o requisito de proporcionalidade (ADI 3.324, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 5-8-2005; ADI 1.599-MC, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 18-5-2001; ADI 2.643, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-9-2003; RE 362.074-AgR, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 22-4-2005; RE 331.285, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-5-2003).

No caso em análise, contudo, a solução é ainda mais fácil, visto que o ProUni não cria qualquer obrigação às universidades. Em verdade, o ProUni traz uma nova opção a elas, que podem aderir ao programa voluntariamente, após análise de seus termos, ou permanecerem como não participantes do programa, caso concluam pela inviabilidade de adesão.

Resta claro, portanto, que o diploma normativo atacado não viola a competência legislativa dos Estados, tampouco a autonomia universitária, de modo que acompanho, também nesse ponto, o voto do relator.

5. O modelo de ação afirmativa instituído pelo ProUni

A requerente também argumenta que o art. 7º da lei atacada, ao utilizar critério racial para preenchimento de vagas no ensino superior, viola o princípio

da isonomia. Assim, afirma que "o único critério que o Estado está obrigado a observar, no tocante ao ensino superior, está previsto no art. 208, V, 'segundo a capacidade de cada um', razão pela qual as ações afirmativas nesse campo deveriam levar o poder público a capacitar a todos para tal acesso, dando ensino básico de igual qualidade, outorgando bolsas de estudos aos de menor possibilidade econômica, e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios a quem não esteja capacitado a acompanhá-lo, ainda que isso tenha derivado do fato de o Estado ter falhado em dar, no ensino básico e médio, a qualificação necessária" (fl. 834).

O argumento da requerente é falacioso; pois, apesar de ser aparentemente válido, na medida em que contesta um critério de diferenciação (o critério da raça) supostamente inidôneo para o estabelecimento de política pública de ação afirmativa com descriminação positiva ou inversa, na verdade procede a uma leitura parcial (e, portanto, uma interpretação equivocada) da lei.

Em primeiro lugar, o art. 3º da MP 213/2005 e da Lei 11-96-2005 deixa claro que "o estudante a ser beneficiado pelo ProUni será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de Ensino Superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato". Portanto, quanto ao critério meritório ("acesso ao Ensino Superior segundo a capacidade de cada um"), a lei claramente exige que o estudante seja avaliado pelo exame do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM); e o estudante obviamente ainda deverá passar pela seleção exigida pela instituição de Ensino Superior, normalmente o vestibular. Apenas após a superação desses requisitos de mérito é que o estudante poderá concorrer a uma bolsa de estudo pelo programa ProUni.

Em segundo lugar, é certo que a lei não permite outra leitura que não a de que a concessão de bolsas aos autodeclarados negros e indígenas fica condicionada ao preenchimento dos requisitos dos arts. 1º e 2º da lei, isto é, as bolsas integrais serão concedidas somente a negros e indígenas cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até um salário mínimo e meio; e as bolsas parciais de 50% e de 25% serão concedidas àqueles cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até três salários mínimos; e, em qualquer caso, negros e indígenas deverão ter cursado o ensino médio completo em escola pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral. Na exposição de motivos do projeto de lei (fls. 117-118), assim está demonstrado:

> O Programa Universidade para Todos (PROUNI) visa democratizar o acesso da população de baixa renda ao Ensino Superior, pois, enquanto os alunos do ensino fundamental e médio estão majoritariamente matriculados em instituições públicas de ensino, o mesmo não acontece com os alunos matriculados no Ensino Superior, em que apenas 30% dos jovens universitários têm acesso ao ensino gratuito. (...)

> Logo, na medida em que o ProUni incentiva as instituições privadas a oferecerem uma bolsa de estudo para cada nove alunos regulares, permite-se, assim, que estudantes de baixa renda, oriundos da rede pública de ensino básico, transponham a enorme barreira hoje colocada para os que terminam o ensino médio e sonham poder cursar a educação superior.

Portanto, apesar de aparentemente estipular o critério exclusivamente racial para a concessão de bolsas de estudo, tal como quis fazer crer a entidade requerente, a lei do ProUni, em verdade, estabelece o **critério da renda do aluno** como requisito essencial para a concessão dessas bolsas.

Fosse o critério da raça o único a ser erigido pela lei como requisito de distinção para fins de concessão da bolsa, certamente teríamos caso muito mais polêmico. Sobre o assunto, nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de "raças" humanas. Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: "somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes" (Cf.: PENA, Sérgio D. J. *Humanidade sem raças?* Série 21, Publifolha, p. 11).

Este Supremo Tribunal Federal, inclusive, no histórico julgamento do HC 82.424-2/RS, frisou a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos.

A noção de "raça", que insiste em dividir e classificar os seres humanos em "categorias", resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, "a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada". Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com "alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos" (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: *Levando a raça a sério*: ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 19-20).

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, entre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia, nos idos da década de quarenta do século passado, Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, "a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos" (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 109).

Desde a abolição da escravatura – um dos fatos mais importantes da história de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil –, não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos. Esse é um fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema

institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema *Jim Crow* e legitimada durante várias décadas pela doutrina do "separados mas iguais" (*separate but equal*), criada pela famosa decisão da Suprema Corte nos caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896).

Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, ser proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e ser votados e, enfim, de ser cidadãos dos Estados Unidos da América.

Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de sessenta.

Assim, não se pode deixar de considerar que o preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado.

No Brasil, a análise do tema das ações afirmativas deve basear-se, sobretudo, em estudos históricos, sociológicos e antropológicos sobre as relações raciais em nosso país.

Durante muito tempo, os sociólogos, antropólogos e historiadores identificaram no processo de miscigenação que formou a sociedade brasileira uma forma de democracia racial. O apogeu da tese da "democracia racial brasileira" se deu na década de trinta, com o trabalho de Gilberto Freyre (*Casa Grande & Senzala*).

Na década de cinquenta, a crença na democracia racial levou os representantes brasileiros na Unesco (Artur Ramos e Luiz Aguiar Costa Pinto), após a Segunda Guerra Mundial, a propor o Brasil como exemplo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

A partir da década de sessenta, pesquisas financiadas pela Unesco e desenvolvidas por sociólogos brasileiros (Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso e Oracy Nogueira, por exemplo) começaram a questionar a existência dessa dita democracia. Concluíram que, no fundo, o Brasil desenvolvera uma forma de discriminação "racial" escondida atrás do mito da "democracia racial". Apontaram que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo).

Na década de setenta, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravatura, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos "benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros". Simultaneamente, os movimentos negros passaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de trinta, quarenta, cinquenta e sessenta.

Foi na década de noventa, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro, com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, em 1995, as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 1996, e a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul.

O governo de Luiz Inácio Lula da Silva aprofundou esse processo. Criou a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificou o Sistema de Financiamento ao Estudante e criou o Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para "negros". Em 2003, o Conselho Nacional de Educação exarou as Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira.

Em 2010, foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12-288-2010), destinado a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra, bem como o combate à intolerância étnica, nos termos do seu art. 1º.

A análise dessas considerações históricas e do que se produziu no âmbito da sociologia e da antropologia no Brasil nos leva até mesmo a questionar se o Estado Brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da ideia, muito difundida, de um país miscigenado e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor.

Em 2005, o jogador de futebol Ronaldo – "O Fenômeno" –, presenciando as agressões racistas que jogadores negros estavam sofrendo nos gramados espanhóis, deu a seguinte declaração: "Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas". Tal declaração gerou grande repercussão no Brasil e obrigou Ronaldo a explicar o que ele quis dizer: "Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. Não sou branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação". Ali Kamel utiliza esse acontecimento como exemplo das mudanças que estariam ocorrendo na mentalidade brasileira. Alerta, dessa forma, que a crise gerada pela declaração do jogador é a prova de que estamos aceitando a tese da "nação bicolor"; que antes o discurso predominante era favorável à autodeclaração e que agora achamos que temos o direito de classificar as pessoas (KAMEL, Ali. *Não somos racistas*: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 139-140).

Utilizando outro exemplo do mundo futebolístico, Yvonne Maggie menciona história do clube Portuguesa Santista, que, em excursão à África do Sul, em 1959, foi informado de que seus jogadores negros não poderiam participar de partida contra equipe local, de acordo com as leis do país. O time brasileiro, em uníssono, respondeu que não jogaria sob essas condições, situação que fez com que o cônsul do Brasil precisasse anunciar oficialmente a posição do Governo brasileiro de não admitir racismo, muito menos de concordar com o regime do *apartheid*. O presidente Juscelino Kubitscheck enviou telegrama às autoridades sul-africanas, manifestando desacordo com o regime, e o Brasil tornou-se o primeiro país fora da África a protestar contra o *apartheid* (fl. 1960).

Para demonstrar a involução pela qual o sistema de miscigenação brasileira tem passado nos últimos tempos, Yvonne Maggie indica os perigos de, paulatinamente, criarem-se divisões entre "brancos" e "negros" em um país em que o povo já se vê misturado (p. 1957). O primeiro passo nesse sentido teria sido a Lei 10-639-2003 que instituiu o ensino da história da África e da cultura afro-brasileira em todas as escolas do Brasil, públicas e privadas. Parecer do Ministério da Educação, que regulamenta as *Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana* e serve para orientar professores. O documento menciona em vários trechos que a "ideologia do branqueamento da população" deve ser combatida e que o "equívoco quanto a uma identidade humana universal" deve ser demonstrado aos alunos (Parecer CNE/CP 003/2004 – Conselho Nacional de Educação).

Por mais que se questione a existência de uma "Democracia Racial" no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Carlos Lessa que "O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis" (LESSA, Carlos. O Brasil não é bicolor. In: FRY, Peter et al. (Org.) *Divisões perigosas*: políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 123).

Na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se autoatribuíram 135 cores distintas. Tal fato demonstra cabalmente a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele.

Para Fátima Oliveira, "ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, onde se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política" (OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites. *Revista de Estudos Avançados*, vol. 18, n. 50. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo: IEA, jan./abr. 2004, p. 57-58).

As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à universidade levaram 113 intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que "o racismo contamina profundamente as

sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça". Sustentam que "as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada". Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao ensino superior, menos gravosas para a identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares ("Cento e treze cidadãos antirracistas contra as leis raciais", assinado por 113 intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldo Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso).

Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre "brancos" e "negros", mas entre ricos e pobres. Nessa discussão, há quem aponte que os pobres no Brasil têm todas as "cores" de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que podem se encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autoclassificam como "negros"? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do "branco" pobre? A adoção do critério da renda (adicional ou não) não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual.

Não podemos deixar de levar em consideração essas reflexões, pois o que estamos a evidenciar neste caso do ProUni é a adoção de uma política de inclusão social (um típico caso de discriminação positiva ou inversa) que leva em conta o critério da raça, porém não de forma exclusiva, mas conjugado com o critério socioeconômico.

A revelação da complexidade do racismo existente em nossa sociedade e das características específicas da miscigenação do povo brasileiro impõe que as entidades responsáveis pela instituição de modelos de cotas sejam sensíveis à especificidade da realidade brasileira e, portanto, ao fixarem as cotas, atentem para a necessidade de conjugação de critérios de "cor" com critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição das políticas de cotas.

A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode não ser eficaz, do ponto de vista de inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais

preciso, sem deixar margens para questionamentos baseados na ofensa à isonomia, ou sobre a possível estimulação de conflitos raciais inexistentes no Brasil atual.

A instituição do ProUni, por meio da Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, a qual, por sua vez, é fruto da conversão da MP 213/2004, é um ótimo exemplo de política pública de ação afirmativa que conseguiu atingir o objetivo de gerar altos índices de inclusão social.

Os critérios utilizados pela lei instituidora do ProUni são eminentemente socioeconômicos. Em seu primeiro artigo, a referida lei impõe limite máximo de renda familiar *per capita* de um salário mínimo e meio para a concessão de bolsa integral ou de até três salários mínimos para as bolsas parciais. Já no segundo artigo, além de preocupar-se em estender o benefício às pessoas portadoras de deficiência, impõe o requisito de que as bolsas aos estudantes em geral apenas poderão ser concedidas àqueles oriundos de ensino médio em escola da rede pública.

O art. 3º da lei do ProUni afirma expressamente que os bolsistas serão selecionados pelo *perfil socioeconômico* e o art. 7º traz a previsão de percentual de bolsas a serem concedidas aos deficientes, bem como aos indígenas, pardos e negros. Afirma, ainda, que as bolsas étnicas ou raciais deverão ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, em cada unidade da federação, segundo o último censo do IBGE.

Isso quer dizer que o ProUni, o qual tem sido bastante bem-sucedido, optou por programa de ação afirmativa que leva em consideração critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada, com sucesso, parece ser bastante mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial.

O debate é complexo e não se está a propor soluções milagrosas, mas apenas a demonstrar que a introdução do critério de renda, além de outros, conjugados que sejam com o critério racial, tem o condão de conferir segurança à política de cotas, bem como uma maior eficácia social da referida política e a prevenção de conflitos raciais que, deve-se sempre salientar, são escassos no Brasil.

6. O importante papel do ProUni na inclusão de alunos no ensino superior

Importante aspecto a ser considerado diz respeito ao papel do ProUni na questão do acesso ao ensino superior no Brasil. Sabemos que a universidade pública é altamente excludente. As estatísticas demonstram que, em 2010, apenas 30% dos jovens de 18 a 24 anos de idade declararam que estudar e, desse número, somente 14,4% encontravam-se matriculados no ensino superior (dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD/IBGE, retirado do

Programa de Expansão, Excelência e Internacionalização das Universidades Federais, ANDIFES, abril de 2012). Quando o assunto é o acesso ao ensino superior, os números colocam o Brasil em um patamar muito inferior aos demais países da América Latina.

É inegável que, desde a década de 1990, os governos têm implementado políticas que visam aumentar o número de vagas/matrículas nas instituições de ensino superior. De um número de 1.565.056 em 1991, chegamos em 2007 a 4.880.381 alunos matriculados no Ensino Superior (dados do Censo da Educação Superior, do Ministério da Educação). Em 2010, 6.379.299 estudantes matricularam-se no ensino superior: 25,8% estavam em instituições públicas (14,7% em instituições federais) e 74,2% em instituições particulares, o que revela um avanço que não se pode desprezar.

Conforme o **Censo da Educação Superior do ano de 2010**, o Brasil contava com 2.377 instituições de ensino superior, das quais 278 eram públicas, sendo 99 do sistema federal, 108 estaduais e 71 municipais; **o sistema público contava com um total de 1.643.298 matrículas de graduação; o setor privado acolhia 2.099 instituições, com 4.736.001 matrículas de graduação.**

O programa ProUni tem exercido um papel fundamental nesse crescimento do número de matrículas no ensino superior. Dos estudantes em instituições particulares, hoje, pouco mais de 1 milhão (de um total de 4.736.001 alunos) têm o apoio do ProUni. Portanto, o número de ingressantes no ensino superior por meio do ProUni chega a ser próximo do total de estudantes atualmente matriculados em instituições públicas.

Programas como este têm importância fundamental para a manutenção de níveis mínimos de qualidade do ensino superior.

Na Alemanha, por exemplo, o principal programa de auxílio a alunos de ensino superior e Fundamental é **o denominado BAfög (*Bundesausbildungsförderungsgesetz*)**, existente desde 1971. Quando destinado a suporte universitário, deve ser solicitado no início do curso e por candidatos que contem com até trinta anos de idade.[4]

O valor do auxílio, que pode ser de até 670 euros mensais, é determinado de acordo com a renda familiar do beneficiário e deve incluir o necessário não apenas para financiar taxas universitárias, mas também os custos de vida. Dados indicam que, em 2010, cerca de 300.000 alunos do ensino fundamental e 600.000 estudantes do ensino superior (em um total de 2.217.604 universitários) receberam o benefício. Para tanto, foram gastos 2,9 bilhões de euros, dos quais 65% foram pagos pela União e 35% pelos Estados.[5]

O programa prevê que o benefício deve ser concedido enquanto durar o curso selecionado, inclusive o período de práticas obrigatórias. Metade do valor é pago aos alunos como empréstimo sem juros, que deve ser devolvido ao Estado

---

[4] Cf. §10, *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, de 26-8-1971.

[5] Cf. *Deutschland*; *Statistesches Bundesant*; *Wintersemister* 2002/2003 *bis* 2010/2011.

a partir de cinco anos após o término de seu recebimento, em prestações médias de 105 euros mensais.[6]

Nos Estados Unidos, **o *voucher system* ou *school vouchers*** refere-se a um programa que concede subsídios diretamente aos pais para que estes decidam onde os filhos estudarão – em escolas particulares ou públicas. Esse sistema criaria uma competição entre escolas e estimularia as instituições públicas a melhorar seu desempenho para atrair novos alunos e, com estes, também os valores dos *vouchers*. Outro ponto considerado positivo é que seria um modo de aumentar a influência dos pais na educação dos filhos e conceder novas oportunidades a estudantes de baixa renda, sem grandes burocracias. É bem verdade que existem críticas a essa espécie de programa, tais como: enfraquecimento das escolas públicas, com direcionamento de investimentos diretamente aos pais – e não à instituição; utilização de dinheiro público para financiamento de educação em escolas particulares que, em geral, não possuem um padrão de ensino; enfraquecimento da qualidade do ensino público, pela retirada de alunos pobres que apresentem bons resultados do convívio dos demais. De toda forma, a constitucionalidade do *voucher system* foi confirmada pela Suprema Corte em 2002, no caso *Zelman v. Simmons-Harris*.

Não se pode perder de vista que o crescimento do ProUni depende da expansão do ensino superior.

Assim, por outro lado, esses mesmos dados demonstram que ainda temos muito a percorrer para alcançar patamares mínimos de inclusão dos jovens no ensino superior.

Nosso ensino superior é claramente excludente em razão do modelo restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. Nós que militamos na universidade pública podemos verificar a presença de pouquíssimos alunos nas salas de aula, existindo um gasto excessivo com professores em relação ao número de alunos. É o caso, por exemplo, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Recebia 50 alunos por semestre, apenas 100 por ano. Aumentou-se para 60 alunos a cada semestre, não mais do que 120 alunos por ano, com a ampliação do número de professores pelo Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), mantendo-se, assim, a proporção entre o número de vagas e o número de professores. Se considerarmos as vagas do Programa de Avaliação Seriada (PAS) e do Sistema de Cotas para Negros, restam apenas 72 vagas no concurso universal por ano.

No Brasil, em 1995, o número de alunos por professor era de apenas 7,5 e – em 2002 – passou para 11,6. Lamentavelmente, em 2006, tivemos um decréscimo para 10,8, o que demonstra que ainda temos um número muito elevado de professores em relação ao número de alunos, muito distante do número de 16 alunos por professor observado nos países desenvolvidos. Isso está a revelar a ineficiência na utilização dos recursos públicos destinados à

---

[6] Cf. § 17 et seq., *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, 26-8-1971.

educação superior. Gastamos muito com recursos humanos sem que isso se reflita no aumento do acesso e da qualidade do ensino.

Portanto, por que não aumentar o número de vagas por professor? Um número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão.

Por que não se instituir no Brasil, por exemplo, um modelo em que haja vinculação entre a receita da instituição de ensino e o número de vagas que deve ser obrigatoriamente ofertado, de modo a ensejar uma expansão no acesso ao ensino superior público? Claro que um programa de expansão assim poderia gerar outra preocupação, que é a da qualidade do ensino oferecido, mas é importante registrar que essa medida melhoraria o nível formal de educação do País e que a experiência vivida por outros modelos, como o alemão – onde há um elevadíssimo número de vagas por professor – não inviabiliza a boa formação acadêmica dos alunos.

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, **a educação a distância** se torna uma alternativa fundamental para universalizar o acesso à educação superior. Essa modalidade de educação mediada por tecnologias é perfeitamente possível para a transmissão de conhecimentos teóricos e permite uma redução de custos do processo de aprendizagem, com enorme alcance de alunos e resultados.

Também a abertura de mais vagas nos **cursos noturnos** revela-se como política fundamental para permitir o maior acesso ao ensino superior das pessoas que, por motivos variados, não podem frequentar as instituições durante o dia.

O incremento no número de matrículas em instituições privadas também foi fomentado por outros programas de incentivo à educação criados pelo Governo Federal, como o **Fundo de Financiamento Estudantil (FIES)**, que não soluciona, por si só, o problema do acesso ao ensino superior público.

De outro lado, o modelo do concurso universal demanda uma rediscussão. Há uma grande ironia no nosso modelo: de regra, aqueles que eventualmente passaram por todas as escolas privadas é que lograrão, depois, acesso via vestibular e poderão, então, chegar ao ensino público superior, dotado de conceito de excelência. Como é sabido, o ensino superior no Brasil sempre se caracterizou como destinado aos jovens oriundos de classes econômicas superiores e médias bem estabelecidas.

Em trabalho apresentado no X Colóquio Internacional sobre Gestión Universitária em América del Sur, realizado em Mar del Plata em dezembro de 2010 são feitas as seguintes considerações que retratam com precisão as distorções aqui apontadas:

> A expansão universitária promovida pelo REUNI (Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais) deve continuar, pois as universidades públicas brasileiras têm sido desde sempre o padrão de qualidade pelo qual se pautam as instituições privadas, em maioria de menor envergadura e qualidade.

> Entretanto, em outra distorção típica do Brasil, é nas faculdades privadas e pagas que a população jovem brasileira de baixa renda encontra o caminho da educação superior. Tal se deve à limitada oferta de vagas nas IES públicas, que são levadas a escolher seus alunos por meio de concorridos concursos vestibulares, nos quais só são aprovadas minorias de bem-nascidos (com honrosas exceções e, recentemente, as proporcionadas pelo sistema de cotas), que tiveram a oportunidade de estudar em boas escolas fundamentais e médias privadas. Uma vez aprovados, são agraciados com as vagas no setor público de Ensino Superior, gratuito e de excelência.
>
> Este paradoxo leva a um sistema perverso, no qual os estudantes que almejam subir a escala social através do estudo precisam fazê-lo, em sua maioria, na rede privada e, portanto, programas como o ProUni, que oferece bolsas universitárias de até 100% a alunos matriculados na rede de Ensino Superior privada e o FIES, que garante o financiamento das matrículas subsidiado àqueles não agraciados por bolsas totais, bem como programas de cotas sociais (não raciais) são o caminho para possibilitar um Ensino Superior brasileiro inclusivo, onde o jovem brasileiro tem a oportunidade de buscar melhores perspectivas para seu futuro. (**Acesso à educação superior no Brasil: o desafio da inclusão dos jovens brasileiros segundo o PNE** *Flávio Augusto Serra Kauling, Rafael Pereira Ocampo Moré, Alexandre Marino Costa, Denise Aparecida Bunn, Mércia Pereira e Paola Azevedo*).

7. Uma palavra sobre experimentalismo institucional

Em palestra ainda recente, proferida em 12 de abril de 2008, no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), o professor Roberto Mangabeira Unger fez sérias considerações sobre o papel do direito no avanço da democracia brasileira. Na oportunidade, o palestrante, após diagnosticar o estágio de evolução de nossa democracia e os desafios que enfrentaria e enfrentará, ressaltou diversas vezes que o desenvolvimento do país dependeria do incentivo que se deverá conferir à imaginação criadora voltada aos experimentos institucionais, que poderá buscar alternativas possíveis à sobrevivência e desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, Mangabeira salientava que o experimentalismo institucional deve servir a uma democracia nova e pulsante, ajudando-a a encontrar seus próprios caminhos, conducentes ao desenvolvimento econômico. Confiram-se as palavras do palestrante:

> O primeiro foco é o desejo de dar realidade ao compromisso universalmente afirmado de construir um crescimento econômico socialmente inclusivo. A questão que se põe, mesmo diante das democracias mais livres e prósperas do mundo, é se só uma pequena minoria da humanidade será admitida nos setores avançados da produção e do ensino ou se conseguiremos abrir as portas para parcelas grandes da economia e da sociedade, admitindo-lhes a este universo de experimentalismo avançado que caracteriza as formas avançadas de produção e de aprendizado. Os meios tradicionais para atenuar as desigualdades – as políticas compensatórias universalizantes de um lado e a promoção pelos governos da pequena propriedade – revelaram-se ambos insuficientes para alcançar este objetivo.
>
> A segunda ideia (...) é que, se esse experimentalismo é importante para todos os países, para o nosso País, é uma questão de sobrevivência nacional. O que mais quer a Nação agora é construir um modelo de desenvolvimento baseado em

ampliação de oportunidades econômicas e educativas e em participação popular. Não será possível construir este modelo dentro do formulário institucional que, há muitas décadas, os nossos quadros dirigentes insistiram em portar e em copiar. [MANGABEIRA, Palestra IDP.]

Mangabeira Unger, em outro trecho de sua palestra, ao analisar o estágio atual do pensamento jurídico, conclama os juristas brasileiros a repensarem os modelos institucionais vigentes e não apenas a tentarem, de uma forma ou de outra, humanizar estruturas esgotadas. Arnaldo Godoy, ao transcrever alguns trechos da referida palestra, tece comentários pertinentes:

O discurso jurídico ortodoxo canoniza o direito. Transforma-o em liturgia. Legitima-o como religião civil. Centra-o em imaginário pacto fundante. Sob roupagem retórica supostamente estimulante, anuncia-se como condutor moral de uma nova época, que se diz neopositivista ou neoconstitucionalista. Prega-se um patriotismo constitucional (cf. HABERMAS, 1997, p. 279 et seq.), que se insinua em suposto pacto reformista, que nada mais é do que uma versão reelaborada de um neocontratualismo de sabor kantiano. Para Mangabeira:

> *Uma das implicações dessa maneira de pensar o direito é estabelecer um contraste chocante entre duas genealogias de direito: uma genealogia prospectiva e uma genealogia retrospectiva. Prospectivamente, imaginamos o direito o produto do conflito, conflito entre interesses e entre visões. Não há nada de errado nisso. Essa é a própria natureza da democracia – organizar esse conflito. Mas, depois, retrospectivamente, nas mãos dos juristas, imaginamos o direito não como um retrato de um conjunto efêmero de composições entre interesses e visões contrastantes, mas como um sistema ideal de evolução que pode ser representado na linguagem dos princípios e das políticas públicas impessoais.* [MANGABEIRA, Palestra IDP.]

O direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. Deve deixar a antessala das curiosidades. Deve afastar-se do campo minado das sutilezas da argumentação. Para Mangabeira, ainda na palestra aqui esquadrinhada:

> *Esta maneira de pensar o direito só faz sentido à luz desse pacto social democrata que eu descrevi e dessa realidade paradoxal de avanço e de recuo do direito do século 20. Esse é o pensamento jurídico característico de uma civilização que não acredita mais na possibilidade ou na necessidade de reconstruir as coisas e que se satisfaz em humanizá-las, em redistribuir recursos e direitos em nome de idealizações do direito. É um método de pensamento jurídico que serve a quem aceita os limites deste mundo, mas que é inaceitável para quem quer transpor esses limites.* [MANGABEIRA, Palestra IDP.]

O direito que se diz hegemônico seria mera expressão do fracasso. O direito não teria realizado sua missão, e nem cumprido suas promessas. É dissimulado. Diz-se arauto do que é novo e do que segue, porém regurgita o passado que diz repudiar. Por isso,

> *(...) essa forma dominante de pensamento jurídico, esse pós-formalismo teleológico, sistemático e idealizante que é agora apresentado em todo o mundo como a onda do futuro do pensamento jurídico é, na realidade, a transcrição, no pensamento jurídico de uma limitação ou de uma derrota*

política casada com uma mistificação intelectual. [MANGABEIRA, Palestra IDP.]

A palestra seguiu densa, em tom de denúncia, angustiada, em passo de realismo impressionante, explicitando-se os porquês da desconfiança:

Mistificação porque passa magicamente da genealogia prospectiva de direito como produto de conflito para a genealogia retrospectiva do direito nas mãos dos juristas como o fragmento de um sistema ideal. Mistificação a serviço do vanguardismo antidemocrático dos juristas e dos juízes, seduzidos pela ideia de uma tarefa importante de melhorar as coisas idealizando o direito de uma maneira que parece quase irreconciliável com os pressupostos da democracia. Mistificação incompatível com o imperativo do experimentalismo institucional. [MANGABEIRA, Palestra IDP.] Artigo disponível em:http://jus.com.br/ revista/texto/11770/ o-direito-no fortalecimento-da-democracia-no-pensamento-de-roberto-mangabeira-unger.

Em artigo publicado na *Folha de S.Paulo*, em 18 de abril de 2005, intitulado *A justiça como base de desenvolvimento,* de resto também comentado por Arnaldo Godoy no texto transcrito acima, Mangabeira Unger faz afirmações que calham perfeitamente com o raciocínio desenvolvido nesse voto acerca do ProUni:

Como podem iniciativas sóbrias, tomadas com meios disponíveis, melhorar a vida de dezenas de milhões de pessoas no Brasil? Exemplifico nas três áreas em que o país mais requer mudança de rumo: a situação do trabalhador, **a qualidade do ensino** e a influência do dinheiro na política (...). **É o compromisso de transformar exigências de justiça em condições de progresso prático. No passado, o conceito foi crescer para ter, depois, os meios com que fazer justiça. Agora, o princípio deve ser fazer justiça para poder crescer. Transformar a democratização das oportunidades de trabalho e de ensino e o saneamento da vida pública em motores de desenvolvimento.** A utopia realista que convém ao Brasil, aquela que a nação continua, com espasmos de descrença e de frustração, a buscar, é a da energia construtiva, manifesta no esforço de equipar os que não têm como e os que não sabem como. Um país que cultiva a pujança e venera a ternura não reconciliará os dois lados de sua consciência coletiva sem refundar o desenvolvimento sobre a base da justiça. [MANGABEIRA, FSP, 18 de abril de 2005 – Grifei.]

O ProUni é uma iniciativa que visa a aproveitar o potencial da iniciativa privada no setor educacional, direcionando-o à implementação de uma política pública de ampliação do acesso ao ensino superior, voltada a atender a classe média baixa, mas emergente, que cresce cada vez mais no Brasil. Os números, já mencionados, demonstram tratar-se de um programa bem-sucedido: mais de um milhão de bolsas foram concedidas. O ProUni já é quase do tamanho do ensino universitário público brasileiro.

O raciocínio que estou a construir não implica a aceitação pura e simples desse modelo de política como sendo o melhor e o sempre desejável, mas reconhece que esse programa obteve êxito em seus propósitos, a partir da adaptação e melhoramento dos modelos anteriormente existentes.

Trata-se, portanto, de política pública que pretendeu experimentar novos modelos institucionais e que logrou alcançar acolhida da sociedade interessada. O ProUni prestigia em grande parte, quer me parecer, aquelas pessoas que trabalham de dia e estudam a noite, buscando alcançar novos padrões de vida. É iniciativa a ser aplaudida e que deve servir de estímulo a outras tantas que visem a ampliar o acesso e a melhorar a qualidade do ensino no Brasil.

8. Conclusão

Com base nessas considerações, acompanho o relator e voto pela **improcedência** da ação.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.330/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerentes: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen (Advogado: Ives Gandra da Silva Martins), Democratas (Advogado: Fabrício Juliano Mendes Medeiros) e Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social – Fenafisp (Advogado: Paulo Roberto Lemgruber Ebert). Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União), Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH (Advogada: Eloísa Machado de Almeida).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Ayres Britto (presidente), julgou improcedente a ação direta, vencido o ministro Marco Aurélio. Impedida a ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello e, em viagem oficial, o ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de maio de 2012 — Luiz Tomimatsu, assessor-chefe do Plenário.

INQUÉRITO 3.412 — AL

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A sra. ministra Rosa Weber

Autor: Ministério Público Federal — Investigados: João José Pereira de Lyra e Antônio José Pereira de Lyra

Penal. Redução a condição análoga à de escravo. Escravidão moderna. Desnecessidade de coação direta contra a liberdade de ir e vir. Denúncia recebida.

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima "a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou "a condições degradantes de trabalho", condutas alternativas previstas no tipo penal.

A "escravidão moderna" é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo".

Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade.

Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.

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 receber a denúncia, nos termos do voto da relatora para o acórdão.

Brasília, 29 de março de 2012 — Rosa Weber, relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> O Ministério Público Federal propôs ação penal contra João José Pereira de Lyra e Antônio Arnaldo Baltar Cansanção, em virtude da prática do delito tipificado no art. 149 do Código Penal. Segundo consta da peça acusatória, os denunciados teriam submetido a jornada exaustiva e a condições degradantes de trabalho empregados da empresa Laginha Agroindustrial Ltda., cerceando-lhes a locomoção com o objetivo de retê-los no local de trabalho.
>
> Em 22 de fevereiro de 2010, o Juízo da Primeira Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas recebeu a denúncia. Posteriormente, o processo foi remetido ao Juízo da 7ª Vara Federal de Alagoas, em face da incompetência do originário (fls. 624 e 625).
>
> Perante o Juízo da 7ª Vara Federal de Alagoas, houve o aditamento da peça acusatória para excluir do polo passivo Antônio Arnaldo Baltar Cansanção e incluir Antônio José Pereira de Lyra, que era, à época dos fatos, diretor vice-presidente da empresa Laginha Agroindustrial Ltda.
>
> O processo foi encaminhado ao Supremo ante a diplomação de João José Pereira de Lyra como deputado federal, ocorrida em 16 de dezembro de 2010 (fls. 651 e 652).
>
> No ato de fls. 664 a 666, Vossa Excelência declarou a nulidade da decisão que implicou o recebimento da denúncia. Determinou ainda a citação dos denunciados para apresentarem defesa preliminar, tendo em conta o art. 4º da Lei 8.038, de 1990.
>
> Às fls. 704 à 729, Antônio José Pereira de Lyra sustenta ofensa ao devido processo legal, em virtude da ausência de instauração de prévio inquérito policial. Alega ainda inépcia da denúncia. Conforme aduz, a referida peça não descreve os fatos imputados de maneira pormenorizada nem individualiza a conduta criminosa. Discorre sobre a diferença entre responsabilidade administrativo-trabalhista e penal. Afirma narrar-se, na inicial, apenas a prática de infrações administrativas e destaca que a mera condição de sócio, diretor ou administrador de determinada empresa não constitui motivo suficiente para vincular o acusado ao delito.
>
> Diz ainda da falta de justa causa, ante a ausência de suporte probatório mínimo. Segundo anota, não há nos autos qualquer elemento a indicar a restrição da liberdade dos trabalhadores. Destaca a inexistência de indícios de autoria, pois exercia o cargo de gerência, apenas em caráter formal. Requer o não recebimento da peça acusatória ou a absolvição sumária.
>
> João José Pereira de Lyra, na defesa prévia de fls. 790 a 803, assevera que as infrações trabalhistas verificadas não podem ser equiparadas a trabalho escravo. Consoante ressalta, todas as irregularidades constatadas foram resolvidas, não havendo qualquer indício a apontar a sujeição de pessoas a trabalhos forçados. Salienta a possibilidade de afastar de plano o dolo, mesmo porque, dos mais de 3.300 trabalhadores da empresa, apenas 56 foram encontrados em situação irregular. Defende serem nulos os autos que resultaram na formalização da denúncia, pois lavrados fora do local da infração. Sustenta já ter sido arquivada a ação civil pública que implicou a formalização da peça acusatória e reitera a arguição de ausência de justa causa. Corrobora os pedidos formulados pelo codenunciado.
>
> Na manifestação de fls. 868 a 881, o procurador-geral da República aduz estar na denúncia fato típico e antijurídico, com a existência de provas suficientes

de materialidade e autoria. Afirma não depender o recebimento da ação penal da instauração de prévio inquérito. Cita trechos do relatório produzido pelo Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, nos quais são relatadas as condições a que estavam submetidos os trabalhadores da empresa. Conforme lembra, o tipo previsto no art. 149 do Código Penal não exige a sujeição de um número mínimo de empregados a condição análoga à de escravo. Salienta que acordo posterior formalizado entre a empresa e a Justiça do Trabalho não impede a apresentação de denúncia e que eventuais irregularidades formais dos autos de infração não repercutem no âmbito criminal. Segundo aduz, os fatos descritos na inicial foram imputados apenas aos sócios com poder de mando e decisão, estando perfeitamente delimitado o objeto da persecução penal.

Às fls. 883 e 894, foi determinada a reautuação dos autos para que constasse como investigado Antônio José Pereira de Lyra bem como o nome completo de todos os envolvidos.

Em 20 de fevereiro de 2012, determinei a retificação da autuação dos autos como inquérito.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O oferecimento de denúncia contra João José Pereira de Lyra, deputado federal, e Antônio José Pereira de Lyra, presidente e vice-presidente da empresa Laginha Agroindustrial S.A., respectivamente, decorreu de procedimento administrativo instaurado na Procuradoria da República no Estado de Alagoas, em razão de fatos constantes do relatório elaborado pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego que, nos dias 22 a 27 de fevereiro de 2008, investigou denúncia de que trabalhadores daquela empresa rural estariam sendo submetidos a condição análoga à de escravos.

Segundo a peça acusatória, fiscalização realizada em propriedade rural localizada no Município de União dos Palmares/AL revelou que os prestadores de serviço se encontravam em péssimas condições de higiene, alimentação, transporte e alojamento, com jornada exaustiva. Transcrevendo parte do interrogatório de um dos trabalhadores rurais, cujo teor seria corroborado por outros quatro depoimentos tomados, busca o Ministério Público Federal demonstrar que as circunstâncias amoldam-se ao tipo penal previsto no art. 149 do Código Penal.

Observem a organicidade do direito. O rol de infrações trabalhistas presentes na denúncia é longo, mas nem por isso se pode concluir pela narração de fatos típicos considerado o disposto no mencionado dispositivo.

Até a Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, vir à balha, tinha-se tipo aberto, cominando-se a pena de reclusão de dois a oito anos para aquele que reduzisse "alguém a condição análoga à de escravo". Com a superveniência da referida lei, nova redação foi dada aos preceitos do tipo penal do aludido art. 149, que atualmente tem a seguinte redação:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Com a alteração normativa, o legislador ordinário optou por proceder à enumeração das condutas que indicam a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo: a) submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva. O fenômeno pressupõe coação física ou moral, ou seja, impor-se contexto capaz de levar o prestador dos serviços a obedecer a ordens e vontade de outrem sem a possibilidade de reação; b) sujeitar o prestador dos serviços a condições degradantes de trabalho, restringindo, por qualquer meio, a respectiva locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Também há de perquirir-se o constrangimento ligado à coação física a inviabilizar a locomoção do prestador dos serviços.

No caso, não vislumbro, na denúncia, a narração de prática nesse sentido. O que se nota é uma série de imputações a consubstanciarem a responsabilidade não penal, mas cível-trabalhista, o que levou, até mesmo, à interdição do estabelecimento quanto ao corte manual da cana-de-açúcar e à rescisão dos contratos de trabalho dos empregados.

Deve-se caminhar para a distinção de situações. O ordenamento jurídico legou ao direito penal a tutela dos bens jurídicos mais caros ao indivíduo, daí a cominação de consequências sancionatórias graves, chegando-se à possibilidade de restrição da liberdade individual. Na espécie, a inobservância das normas trabalhistas, consideradas as condições de trabalho, a deficiência de equipamentos de proteção e o estado precário dos alojamentos, não configura o tipo penal.

No julgamento do RE 466.508-5/MA, por mim relatado, acórdão publicado em 2 de outubro de 2007, a Primeira Turma do Supremo assentou que "o simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir". Eis o que consignei:

> O acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região contém a transcrição da denúncia ofertada pelo Ministério Público, dela podendo-se constatar que os fatos narrados dizem respeito ao descumprimento, de forma setorizada, da legislação trabalhista, sonegando-se direito a que teriam os prestadores do serviço. Em momento algum, há notícia de cerceio à liberdade de ir e vir desses prestadores, o que, se existente, atrairia a adequação do pronunciamento do Plenário ocorrido quando da apreciação do RE 398.041/PA.

Somente haverá conduta típica prevista no art. 149 do Código Penal se demonstrado pelo Estado-acusador o cerceio à liberdade de ir e vir dos prestadores de serviço, a impossibilitá-los de reagir ou deixar o local de trabalho, diante de quadro opressivo imposto pelo empregador. A assim não se entender, forçoso

será concluir que, especialmente no interior do Brasil, em trabalhos no campo, há não apenas o desrespeito às normas trabalhistas, mas a submissão generalizada do homem trabalhador a condição análoga à de escravo.

O Plenário do Supremo, no julgamento do RE 398.041/PA, rel. min. Joaquim Barbosa, acórdão publicado em 19 de dezembro de 2008, alterou a compreensão da matéria. Assentou ser da competência da Justiça Federal a apreciação das causas nas quais se imputa a prática do delito do art. 149 do Código Penal, porquanto considerado crime contra a organização do trabalho, nos termos do art. 109, VI, da Constituição Federal. Na oportunidade, o relator consignou que a "organização do trabalho" deve englobar o elemento "homem", "compreendido na sua mais ampla acepção, abarcando aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade". Citou ainda o que afirmou Cezar Roberto Bitencourt ao analisar o art. 149 do Código Penal:

> (...) o bem jurídico protegido, nesse tipo penal, é a liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos. E, nesse particular, a redução à condição análoga à de escravo difere do crime anterior – sequestro ou cárcere privado –, pois naquele a liberdade "consiste na possibilidade de mudança de lugar, sempre e quando a pessoa queira, sendo indiferente que a vontade desta dirija-se a essa mudança", enquanto neste, embora também se proteja a liberdade de autolocomover-se do indivíduo, ela vem acrescida de outro valor preponderante, que é o amor próprio, o orgulho pessoal, a dignidade que todo indivíduo deve preservar enquanto ser, feito à imagem e semelhança do Criador. Em sentido semelhante manifestava-se Aníbal Bruno, afirmando que referido fato delituoso não suprime determinado aspecto da liberdade, mas, "atinge esse bem jurídico integralmente, destruindo o pressuposto da própria dignidade do homem, que se opõe a que ele se veja sujeito ao poder incontrastável de outro homem, e, enfim, anulando a sua personalidade e reduzindo-o praticamente à condição de coisa, como de escravo romano se dizia nos antigos textos".[1]

No referido precedente, buscava-se a subsunção dos fatos ao que dispõe o art. 149 do Código Penal, ante a constatação de que inúmeros trabalhadores rurais estavam sendo submetidos ao labor sob escolta, "alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um". A simples menção às condições de trabalho não deixava dúvida de haver cerceio ao direito de locomoção, o que levou o ministro Sepúlveda Pertence a consignar que o tipo do art. 149 do Código Penal constitui "atentado à liberdade individual" do trabalhador.

No caso em exame, deixando de lado a precariedade das condições de trabalho verificadas, o que motivou, até mesmo, a interdição do estabelecimento investigado, há de se indagar se a matéria fática dos autos, em especial

---

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial, Vol. 2, 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 383.

depoimentos, revela a sujeição dos prestadores de serviços a trabalhos forçados mediante a restrição do direito de locomoção. Extrai-se dos "Termos de Depoimento Pessoal de Trabalhador", tomados nos dias 5 e 6 de março de 2008:

> Iranaldo da Silva Batista – admitido em 1º-10-2007: "*que* veio por conta própria procurar emprego; *que* desde o início desta safra está alojado; (...) *que* trabalhou até o dia 3-3-2008; *que* depois deste dia ficou no alojamento até hoje;" (fls. 39 e 40).
>
> José Cândido da Silva – "*que* veio por conta própria procurar emprego; *que* trabalha aqui desde 10-7-2006 e desde o início desta safra está alojado; (...) *que* parou de trabalhar no dia 3-3-2008; *que* depois deste dia ficou no alojamento até a data de 4-3-2008;" (fls. 41 e 42).
>
> José Ferreira de Lima Neto – "*que* veio por conta própria procurar emprego; (...) *que* parou de trabalhar no dia 25-2-2008; *que* depois deste dia ficou no alojamento até a data de 5-3-2008." (fls. 43 e 44).
>
> Enoque Pereira de Lima – "foi contratado no dia 1º-10-2007; teve a baixa na sua CTPS no dia 3-3-2008 devido à rescisão indireta resultante da ação fiscal do Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego; morou no alojamento da Usina durante todo o período do contrato de trabalho; nos dias de folga, a cada 5 (cinco) dias na semana, ia para casa;" (fls. 45 e 46).
>
> José Elias Correia de Lima – "foi contratado no dia 2-2-2008; teve a baixa na sua CTPS no dia 3-3-2008 devido à rescisão indireta resultante da ação fiscal do Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego; morou no alojamento da Usina durante todo o período do contrato de trabalho; nos dias de folga de 48 (quarenta e oito) horas, ia para casa; quando a folga era de 24 (vinte e quatro) horas permanecia no alojamento;" (fls. 47 e 48).
>
> José Everaldo da Silva – "foi contratado no dia 1º-10-2007; teve a baixa na sua CTPS no dia 3-3-2008 devido à rescisão indireta resultante da ação fiscal do Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego; morou no alojamento da Usina durante todo o período do contrato de trabalho; nos dias de folga de 48 (quarenta e oito) horas, ia para casa; quando a folga era de 24 (vinte e quatro) horas permanecia no alojamento;" (fls. 49 e 50).
>
> Amaro Nunes da Silva – "foi contratado no dia 18-10-2007; teve a baixa na sua CTPS no dia 3-3-2008 devido à rescisão indireta resultante da ação fiscal do Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego; morou no alojamento da Usina durante todo o período do contrato de trabalho; nos dias de folga de 48 (quarenta e oito) horas, ia para casa; quando a folga era de 24 (vinte e quatro) horas permanecia no alojamento;" (fls. 51 e 52).

O Ministério Público Federal, ao abordar a tipificação das circunstâncias encontradas no art. 149 do Código Penal, levou em conta o teor dos depoimentos pessoais, somado à conclusão do relatório de operação formalizado pelos fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, no sentido de que "a condição análoga à escravidão" decorre das "condições degradantes" a que submetidos os trabalhadores. Entendo não ser esse o melhor enquadramento dos fatos.

Observo, de início, que a leitura dos termos resultantes das oitivas, nos quais repetidos dados, qualificação de materiais e impressões sobre equipamentos, revela estranha similitude de conteúdo, deixando, inclusive, dúvidas quanto à liberdade com que prestadas as informações.

De toda sorte, poder-se-ia cogitar de coação física que atente contra a liberdade de locomoção dos prestadores de serviço? A resposta é desenganadamente negativa.

Dos documentos que acompanham a peça acusatória, em especial dos relativos aos interrogatórios, depreende-se que a propriedade rural distava apenas alguns quilômetros da cidade de União dos Palmares/AL e que os trabalhadores preferiam – ressalto – continuar no local de trabalho durante a semana, mas, nos dias de folga, iam para casa ou permaneciam, também por opção, no alojamento. Some-se a isso o fato de os depoimentos darem conta de que, após a rescisão contratual indireta, resultante da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego, os trabalhadores mantiveram-se na propriedade, a revelar a ausência de constrição do direito de ir e vir. Do mesmo modo, não vislumbro coação moral, a ponto de concluir que existiria a submissão dos prestadores de serviços a opressão psíquica a inviabilizar qualquer reação.

A atividade principal desenvolvida pela empresa é a produção de derivados da cana-de-açúcar, especialmente do álcool combustível. Sabe-se que, nessa área, a utilização da mão de obra acontece de forma sazonal, de acordo com os períodos de safra e entressafra, a exigir maior ou menor contingente de trabalhadores. Percebe-se dos depoimentos que um trabalhador estava na empresa há apenas um mês, a maioria há cinco meses e dois há vinte meses, ficando demonstrada nítida concentração laboral no período de safra.

Apontando ser distorcida a visão dos órgãos de fiscalização em relação à existência de trabalho escravo na utilização de mão de obra temporária na agricultura brasileira, Gervásio Castro de Rezende, professor titular da Faculdade de Economia da Universidade Federal Fluminense, aponta que:

> No caso da utilização de mão de obra sazonal, especialmente quando a atividade agrícola se exerce em propriedades distantes de qualquer meio urbano, e para onde o trabalhador tem, inclusive, de ser levado, no mais das vezes, pelo empreiteiro, o ajuste de salário do trabalhador pode incluir a provisão, à mão de obra, de condições precárias (e por isso mesmo de baixo custo), de alojamento e alimentação, o que tem sido amplamente alardeado, na imprensa nacional e internacional, como significando a presença de "escravidão da mão de obra" em nossa agricultura.
>
> Deve-se notar que, na situação típica de qualquer mercado de trabalho, tanto no meio urbano como no meio rural (mas, sobretudo, no meio urbano), o trabalhador recebe o salário e ele é quem decide como gastá-lo, em particular no que tange à sua alimentação e ao seu alojamento, daí se podendo falar de um "salário líquido", definido como aquela renda que sobra após a cobertura das despesas de alimentação e alojamento. (...)
>
> No caso do mercado de trabalho sazonal agrícola, contudo, o pagamento ao trabalhador do salário integral, deixando por conta dele a satisfação das necessidades

básicas, não é possível, dados a distância e o isolamento dos locais de trabalho, o que força o empregador (no caso, o empreiteiro, que é quem normalmente se encarrega disso, não obstante a proibição legal), a fornecer esses itens de consumo diretamente ao trabalhador, a serem ou não descontados do salário no final da jornada.

É claro que, do ponto de vista do trabalhador migrante sazonal, o que interessa é a "renda líquida" que levará para casa no final da jornada, e que servirá de base para satisfazer as necessidades de sua família e suas próprias, no futuro. Visto dessa maneira, não deveria surpreender que as condições de alimentação e alojamento de tais trabalhadores fossem precárias: é que, assim, reduz-se o gasto com as necessidades básicas, sobrando mais renda monetária no final da jornada, que é o que importa para o trabalhador e sua família. (...)

Note-se que é também muito comum imputar-se ao empreiteiro e ao agricultor a acusação, menos dramática, de reduzir o trabalhador à situação "análoga à condição de escravo" ou "degradante". Isso teria que ver com as condições inadequadas de alojamento e alimentação, ainda mais quando se consideram os padrões, sempre bastante elevados e completamente irrealistas, requeridos pelas normas trabalhistas.

O problema com essa acusação mais "branda" de escravidão é ignorar que as condições de alimentação e alojamento decorrem de duas causas, já apontadas antes: em primeiro lugar, expressam também uma opção do trabalhador, uma vez que maiores despesas em condições de trabalho e alimentação implicam uma redução do salário líquido que ele poderá levar para casa; e, em segundo lugar, o maior risco da taxa de retorno da atividade de empreitada agrícola, fruto da ilegalidade do empreiteiro, acaba afetando, negativamente, também o salário pago ao trabalhador. (...)

Um último aspecto que não pode deixar de ser desenvolvido aqui é o fato de que a crença na existência de "trabalho escravo" (ou, na forma mais branda, "trabalho forçado") acaba levando ao aumento do risco da contratação de mão de obra agrícola (especialmente a temporária) e, por conseguinte, ao aumento da mecanização na agricultura, com o que se reduz o emprego da mão de obra pela agricultura, especialmente daquela menos qualificada, com o consequente aumento do êxodo rural e da pobreza no meio urbano.[2]

Tal problemática já pode ser quantificada, revelando as sérias consequências sociais da ampliação da incidência do crime do art. 149 do Código Penal. Dados estatísticos disponíveis no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego demonstram que, até o ano de 2010, 2.844 estabelecimentos foram inspecionados pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), possibilitando o "resgate" de 39.180 trabalhadores encontrados em situação análoga à de escravo, submetidos a "uma ou mais hipóteses do art. 149 do Código Penal".

Mesmo reconhecendo a relevância da ação fiscalizadora realizada em todo o território nacional, indispensável à identificação de casos de trabalhadores sob o jugo de maus empregadores, não confiro tamanha envergadura ao tipo penal em questão. Ele não é aberto. Tem balizas, núcleos, considerado o sentido vernacular, que direcionam a algo que afaste, no tocante ao prestador dos serviços, a liberdade, que conduzem a quadro sinalizador da ausência de respeito à dignidade do trabalhador. O preceito versa a submissão a trabalhos forçados ou a jornada

---

[2] REZENDE, Gervásio Costa de. Uma crítica à crença generalizada de existe "trabalho escravo" na agricultura brasileira. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XIII, n. 294, 15 de abril de 2009, p. 23 a 25.

exaustiva, com sujeição a condições degradantes ou restrição, por qualquer meio, da locomoção em virtude de dívida contraída com o empregador ou o preposto.

Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o art. 149 do Código Penal, lembra que, para a consumação do delito, "é suficiente que exista uma submissão fora do comum, como é o caso do trabalhador aprisionado em uma fazenda, com ou sem recebimento de salário, porém, sem conseguir dar rumo próprio à sua vida, porque impedido por seu pretenso patrão, que, em verdade, busca atuar como autêntico 'dono' da vítima".[3]

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

> reduzir significa sujeitar uma pessoa a outra, em condição semelhante à de escravo, isto é, a condição deprimente e indigna. Consiste em submeter alguém a um estado de servidão, de submissão absoluta, semelhante, comparável à de escravo. É, em termos bem esquemáticos, a submissão total de alguém ao domínio do sujeito ativo, que o reduz à condição de coisa.[4]

Não há como ser reconhecido, no caso, o elemento subjetivo do tipo do art. 149 do Código Penal – o dolo. Ao contrário do que sustentado na denúncia, não vislumbro indícios de que os investigados, em uniformidade de desígnios, tenham atuado com intenção manifesta de subjugar os trabalhadores rurais. Os autos do inquérito nada mais revelam senão condições laborais, embora questionáveis sob a óptica do direito do trabalho, comuns à realidade agrícola brasileira, em especial, repito, quando utilizada mão de obra sazonal.

A denúncia traz, como reforço argumentativo, rol contendo diversas irregularidades verificadas pela equipe do Ministério do Trabalho e Emprego nas dependências da empresa investigada. Algumas exigências, é certo, mostram-se consentâneas com a natureza da atividade rural, como, por exemplo, a necessária observância de intervalos durante a jornada de trabalho, o estrito uso dos equipamentos de proteção individual, o fornecimento de marmitas adequadas aos padrões de higiene e conservação, entre outras. Contudo, da extensa lista de 46 itens que estariam em desacordo com as normas reguladoras do trabalho rural e que se alega darem maior densidade à tipificação da conduta do empregador ao art. 149 do Código Penal, destaco, pela peculiaridade, as seguintes:

> 4) Deixar de identificar o sentido de transporte do fluido por meio de seta em cor de contraste sobre a cor básica (em desacordo às disposições do item 26.3.5, a, da NR-26 da Portaria 3214/78);
>
> (...)
>
> 11) Deixar de constar no Atestado de Saúde Ocupacional – ASO o nome completo do trabalhador e/ou o número de sua identidade e/ou função;
>
> 12) Transportar pessoas em máquinas ou equipamentos motorizados ou nos seus implementos acoplados;

---

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed., revista, atualizada e ampliada, 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 639.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. Vol. 2, 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 385.

(...)

25) Deixar de propor atividades, por intermédio da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural, que visem despertar o interesse dos trabalhadores pelos assuntos de prevenção de acidentes no trabalho rural;

26) Deixar de disponibilizar, nas frentes de trabalho, instalações sanitárias fixas ou móveis compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração, atendidos os requisitos do item 31.23.3.2 da NR-31;

(...)

42) Disponibilizar instalação sanitária que não possua portas de acesso que impeçam o devassamento ou que não seja construída de modo a manter o resguardo conveniente.

Sob pena de admitir-se o total desconhecimento da realidade rural brasileira, em especial a do setor sucroalcooleiro, em que a utilização de mão de obra sazonal é a tônica e as atividades desenvolvem-se em grandes extensões de terras, muitas vezes distantes dos centros urbanos, não se pode transmudar inobservância, mesmo que contumaz, a normas de índole nitidamente trabalhista em desrespeito a lei penal.

Ressalto a preocupação externada no exame do Inq 2.131/DF, em 23 de fevereiro de 2012, quando o Plenário, por maioria, recebeu denúncia – fiquei vencido, na companhia dos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli bem como do presidente, ministro Cezar Peluso, que a recebia em parte.

Não raro, o Supremo tem sido chamado a apreciar inquéritos e ações penais em que se apura a ocorrência do crime previsto no art. 149 do Código Penal. Partindo-se da premissa de que somente julgamos aqueles que detêm prerrogativa de foro, fico a imaginar o que deve acontecer no restante do país – em que se potencializa o descumprimento de obrigações trabalhistas a ponto de enquadrá-lo em tipos penais que, friso, reclamam o elemento subjetivo, o dolo, que não se satisfazem com a simples culpa.

Tal realidade atrai tutela em âmbito judicial próprio – a Justiça do Trabalho, cujo órgão de cúpula, o Tribunal Superior do Trabalho, vem, de forma reiterada, condenando empregadores ao pagamento de indenizações por danos morais nos casos em que trabalhadores são submetidos a condições degradantes. Nesse sentido:

Recurso de revista. Indenização por danos morais. Trabalho degradante. Caracterização. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas e conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Na hipótese sob exame, houve ofensa à dignidade do Reclamante, configurada na situação fática descrita nos autos,

segundo a qual – A segunda Reclamada não respeitou as necessidades básicas, vitais, fisiológicas de seus empregados, descumprindo normas basilares de saúde e segurança dos trabalhadores; c) a segunda reclamada não disponibilizou abrigos nas frentes de trabalho, quer fixos, quer móveis que protejam os trabalhadores contra intempéries durante as refeições – , consoante expressamente consignado na sentença. Recurso de revista conhecido e provido. [TST, Sexta Turma, RR-2652-94.2010.5.08.0000, rel. min. Mauricio Godinho Delgado, *DJE* de 19-12-2011.]

Agravo de instrumento em recurso de revista. Dano moral. Trabalho em condições degradantes. Convenção 29 da OIT. Valor da indenização. Critérios de fixação.

A prestação de serviços em instalações inadequadas, capazes de gerar situações de manifesta agressão à intimidade, à segurança e à saúde, como a falta de instalações sanitárias, a precariedade de abrigos e de água potável, incompatíveis com as necessidades dos trabalhadores, constituem, inequivocamente, trabalho degradante, repudiado pela Convenção n. 29, da Organização do Trabalho e ratificada pelo Brasil. Quanto ao valor da indenização, contata-se que o *decisum* observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atento às circunstâncias fáticas geradoras do dano, do grau de responsabilidade e da capacidade econômica da empresa, sem se afastar, igualmente, de seu caráter desestimulador de ações dessa natureza, que comprometem a dignidade dos trabalhadores. Agravo conhecido e não provido. [TST, Quarta Turma, AIRR-3249-63.2010.5.08.0000, rel. min. Milton de Moura França, *DJE* de 20-5-2011.]

No mais, consta do apenso 1 que o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, contra a empresa Laginha Agroindustrial S.A., na qual requereu fosse determinada a observância de 42 providências e, ao final, a condenação, a título de indenização por "lesão a direitos difusos", no valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região revela que, na referida ação civil pública, autuada sob o n. 00434-2008.060.19.00.5, em 7 de março de 2008, foi realizada transação entre o Ministério Público do Trabalho e a defesa, devidamente homologada pelo Juízo da Vara do Trabalho de União dos Palmares. A ré comprometeu-se a "efetivamente cumprir as solicitações do MPT, no que ainda mencionou que a empresa fará esforços no sentido de mudar determinadas culturas implantadas no estabelecimento, relativas à utilização dos equipamentos de proteção individual, higiene dos trabalhadores, como um todo".

Equacionada a questão perante a Justiça do Trabalho, tenho que não se presta o direito penal a alavancar a afirmação dos direitos e deveres inerentes às relações laborais.

Sob o ângulo da imputação, vigora, no processo penal, o critério da individualização, havendo de ficar demonstrada a ligação entre o acusado e o ato que se diz configurador da prática delituosa. Voto pelo não recebimento da denúncia, porque entendo não se poder enquadrar, no tipo do art. 149 do Código Penal, os fatos narrados.

VOTO
(Antecipação)

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, neste Plenário, há cerca de duas ou três sessões, houve acalorados debates no que concerne a este tema da compreensão que possa ser emprestada ao tipo penal contido no art. 149, e com fundamentos relevantes por parte dos diferentes ministros. Foi um julgamento por maioria.

Eu não votei naquele processo, porque era da relatoria da ministra Ellen Gracie, que, consequentemente, já havia emitido o seu voto. E, ali, de fato, verificou-se que os diferentes ministros integrantes da Corte estão emprestando ao tipo penal do art. 149 uma compreensão diversa. Também se disse da tribuna que, na redação anterior, o tipo em aberto comportava apenas a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo, e que, a partir da alteração legislativa de 2003, ou seja, quando desses fatos objeto deste processo, já sob a nova redação, se emprestou ao tipo penal essa redação diversa que vem, a meu juízo – e foi a interpretação dada, naquela oportunidade, pelo Plenário –, por alternativas:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Essa última hipótese, essa última alternativa, no caso concreto, segundo o judicioso e minudente voto do eminente relator, não se faria presente.

Confesso a Vossas Excelências que, pela compreensão que tenho do preceito, e considerando que, naquele caso, uma hipótese análoga, o Plenário acolheu a denúncia, e considerando que na denúncia não se exige – e nem me parece, com todo o respeito, que se precise – uma valoração aprofundada das provas já trazidas, até porque outras serão colhidas na instrução da ação, meu voto seria no sentido de acolher a denúncia. Agora, o eminente ministro relator trouxe alguns aspectos que, de fato – não fiz o exame dos autos –, talvez sejam de toda relevância.

A mim parece que esses aspectos todos, até por uma similitude com a outra hipótese que demos, recebendo a denúncia, vamos, agora, sob o princípio do contraditório, da ampla defesa, colhidas todas as manifestações, poderíamos, ao final, emitir um julgamento, inclusive, definindo qual a compreensão do Supremo com relação ao tipo penal do art. 149.

Então, nessa linha, senhor presidente, eu até estava quase requerendo vista dos autos, mas, se Vossas Excelências não entenderem necessário, todos estiverem esclarecidos, o meu voto é no sentido do recebimento da denúncia.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber: Trata-se de denúncia pelo crime do art. 149 do Código Penal (reduzir alguém a condição análoga à de escravo).

A denúncia foi proposta em 1º-2-2010 contra João José Pereira de Lyra, atualmente deputado federal, e Antônio Arnaldo Baltar Cansanção, pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal de Alagoas.

Foi aditada em dezembro de 2010 para excluir Antônio Arnaldo e incluir Antônio José Pereira de Lyra.

Diante da eleição de João Lyra para deputado federal, os autos vieram ao Supremo.

A denúncia ampara-se em fiscalização realizada pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego, no período de 22 a 27 de fevereiro de 2008, em canaviais pertencentes à empresa Laginha Agroindustrial S.A. localizados no Município de União dos Palmares/AL.

Segundo a fiscalização, foram encontrados 53 trabalhadores em condições irregulares. Sintetizo algumas situações que teriam sido verificadas:

– o alojamento destinado aos trabalhadores sujo, com mau cheiro, sem ventilação adequada;

– ausência de colchões no alojamento, utilizando os trabalhadores, para dormir, "espumas de má qualidade, visivelmente envelhecidas, sujas e muitas rasgadas";

– água disponibilizada no alojamento proveniente apenas de torneiras;

– a água disponibilizada aos trabalhadores nos canaviais, em caçambas precárias e sujas;

– não havia banheiros;

– não havia mesas ou cadeiras para refeições;

– não havia material de primeiros socorros;

– não eram entregues equipamentos de proteção adequados aos trabalhadores;

– o transporte dos trabalhadores era realizado em ônibus precários;

– os trabalhadores eram submetidos a exaustiva jornada de trabalho, constando informações de que prestariam até seis horas extras por dia;

– não era disponibilizado transporte aos trabalhadores para o retorno às respectivas residências durante as folgas.

Segundo a fiscalização, "o que encontramos configurava um quadro de profundas agressões aos direitos humanos dos trabalhadores, além de ser um flagrante desrespeito a vários dispositivos legais promulgados com o objetivo de propiciar garantias mínimas aos direitos humanos laborais".

A denúncia ainda se ampara nos depoimentos de alguns trabalhadores. Segundo declarado por alguns, prestavam trabalho em dois turnos, em revezamento, o turno da manhã com duração das 5h às 21h, o turno da tarde, das 17h às 8h ou 9h do dia seguinte. Ainda segundo os depoimentos, não seriam pagas as horas extras ou adicionais noturnos, a comida seria ruim, não haveria banheiros,

faltaria água para beber nos canaviais, e ocasionalmente os salários seriam pagos com atraso.

Os acusados, João José Pereira de Lyra e Antônio José Pereira de Lyra, foram denunciados por serem respectivamente diretor presidente e diretor vice-presidente da empresa Laginha Agroindustrial, responsável pelo trabalho no canavial.

Nas defesas apresentadas, alega-se, em síntese:

– que, posteriormente à fiscalização, foi feito acordo na Justiça do Trabalho para regularizar a situação da prestação de trabalho;

– que os fatos narrados não configuram trabalho escravo, pois não pode se "associar eventual descumprimento da legislação trabalhista com trabalho escravo";

– que não há imputação de conduta direta contra João Lyra ou contra Antônio José Pereira de Lyra;

– que não foi instaurado prévio inquérito policial;

O eminente relator, ministro Marco Aurélio, em seu voto, entendeu que a denúncia deveria ser rejeitada por atipicidade. Com base em precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte (RE 466.508/MA, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, unanimidade, julgamento em 2-10-2007), assentou que "o simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir".

Respeitosamente, divirjo.

Parafraseando célebre decisão da Suprema Corte norte-americana (*Brown v. Board of Education*, 1954), na abordagem desse problema, não podemos voltar os nossos relógios para 1940, quando foi aprovada a parte especial do Código Penal, ou mesmo para 1888, quando a escravidão foi abolida no Brasil. Há que considerar o problema da escravidão à luz do contexto atual das relações de trabalho e da vida moderna.

Nessa linha, destaco da denúncia:

> Como é cediço, a escravatura foi abolida do ordenamento pátrio através da Lei Áurea, datada de 13 de maio de 1888. Todavia, não estamos tratando aqui da escravidão como era conhecida no Brasil Imperial, onde as pessoas eram despidas de todo traço de cidadania, mas da neoescravidão, porquanto a lei não ampara mais tal desumanidade. Dessa forma, não existem mais escravos propriamente ditos, mas cidadãos rebaixados à condição de escravo, em ofensa grave a um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se trata, portanto, de procurar "navios negreiros" ou "engenhos de cana" com escravos, como existiam antes da abolição, para aplicar o art. 149 do Código Penal.

A "escravidão moderna" é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos.

Nessa perspectiva, repetindo Amartya Sen, o renomado economista laureado com o Prêmio Nobel:

> (...) a privação da liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária. [SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 13.]

Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo".

Exemplificando, não há registro no caso presente de que algum dos trabalhadores tenha sido proibido de abandonar o seu trabalho, mas não tenho dúvidas de que eles não persistiriam trabalhando em condições degradantes ou exaustivas se dispusessem de alternativas. Ser escravo é não ter domínio sobre si mesmo.

Por evidente, não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo.

Mas se a afronta aos direitos assegurados pela legislação regente do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois conferido aos trabalhadores tratamento análogo ao de escravos, com a privação de sua liberdade e de sua dignidade, mesmo na ausência de coação direta contra a liberdade de ir e vir.

Essa interpretação é favorecida pela redação atribuída ao art. 149 do Código Penal pela Lei 10.803, de 11-12-2003:

> Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Observa-se que o tipo descreve condutas alternativas que isoladamente caracterizariam o trabalho escravo ("quer" isso, "quer" aquilo).

A origem histórica do tipo penal, que remonta a punição da escravização do homem livre no direito romano, o assim denominado *crimen plagii* (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958), é

relevante, assim como a sua redação originária no Código de 1940, bem como a localização topográfica do artigo respectivo no Código Penal, especificamente no capítulo "Dos crimes contra a liberdade individual".

Entretanto, apesar de relevantes, tais elementos não são determinantes da interpretação e não podem prevalecer diante da literalidade do dispositivo penal, segundo sua redação alterada em 2003, que prevê expressamente condutas alternativas e aptas a configurar o crime.

Não se trata de prestigiar acriticamente a interpretação literal, mas de reconhecer que a redação expressa é consentânea com atual contexto da "escravidão moderna".

Portanto, concluo que, para a configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessária a coação física da liberdade de ir e vir, ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima "a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou "a condições degradantes de trabalho", condutas cuja presença deve ser avaliada caso a caso.

Assentada essa premissa, cumpre reconhecer que as condutas narradas na denúncia se revestem de tipicidade aparente.

Por outro lado, na fase de recebimento da denúncia, não se exige prova cabal dos fatos delitivos, nem é o momento adequado para profundas discussões sobre as provas. A base probatória invocada, o resultado da fiscalização e os depoimentos dos trabalhadores são suficientes para configurar justa causa para o recebimento.

Há igualmente justa causa para imputar os fatos aos acusados, dirigentes executivos da empresa responsável em tese pelo crime. Seria de fato recomendável uma melhor delimitação das responsabilidades individuais ainda na fase de investigação. Entretanto, sendo os acusados dirigentes e administradores da empresa, a imputação não deixa de ser razoável e eles poderão defender-se amplamente no curso da instrução criminal. O recebimento da denúncia não significa conclusão quanto à responsabilidade criminal dos acusados, o que será objeto do julgamento.

Agrego que eventuais vícios no procedimento de fiscalização não afetam a justa causa, já que se trata de peça meramente informativa.

Quanto à alegada realização de acordo posterior na Justiça do Trabalho, não se mostra apta a elidir o crime, e poderá ter eventuais reflexos na hipótese de condenação.

Quanto à alegada falta do inquérito policial, pode o Ministério Público formular a acusação mesmo sem inquérito e desde que entenda que há elementos suficientes nos autos para amparar a persecução.

Ante o exposto, com a vênia do eminente relator, voto pelo recebimento da denúncia.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes e que assomaram à tribuna, um dos aspectos que mais tem chamado a atenção da modernidade é a constitucionalização dos direitos. Isso significa, em primeiro lugar, que a Constituição, hoje, passa a ter normatividade suficiente e aplicabilidade imediata na solução dos conflitos intersubjetivos. E o que é mais importante: toda exegese que se possa levar a efeito em relação à legislação infraconstitucional tem necessariamente de perpassar pelo tecido normativo da Constituição Federal.

E o que diz a Constituição Federal na parte que influi na solução dessa questão submetida à Suprema Corte que tem, como matéria-prima de trabalho, primeiramente, a Constituição Federal do Brasil:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> (...)
> III – a dignidade da pessoa humana;
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.
> (...)
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> (...)
> III – (...) e reduzir as desigualdades (...).

Após essa manifestação do ideário da Nação no sentido genérico, conquanto Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, na parte relativa aos direitos sociais, estabelece como princípios setoriais basilares:

> Art. 6º (...)
> XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

E, no inciso XXXIII, proíbe o trabalho insalubre.

Ora, quer pela doutrina nacional – e eu cito, no meu modo de ver, um dos maiores constitucionalistas, professor Luís Roberto Barroso –, quer pela doutrina estrangeira *Teoria dos direitos fundamentais*, de Alexy, e a obra sobre uma expressão que não é da melhor afeição do ministro Gilmar Mendes, *O neoconstitucionalismo*, de Miguel Carbonell, a realidade é que não se pode analisar essas condições a que se reduz o trabalhador brasileiro sem perpassarmos pela acepção constitucional do que seja dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, condições de higiene, insalubre etc.

Essa preocupação do trabalho é uma preocupação que transcende ao meio jurídico. E como sou dessa geração que passou por diversos problemas, entre os quais, o de vivenciar o pobre trabalhador brasileiro, que é miserável pela pobreza

e pela necessidade, eu muito me afinava com alguns autores da minha época, como, por exemplo, o nordestino, com quem esses casos acontecem, um jovem nordestino que faleceu muito cedo e que tinha um pai tão brilhante quanto ele, só que ele não teve tempo de permanecer no cancioneiro popular para expressar toda a sua irresignação diante daquele ambiente em que ele vivia, que foi Gonzaguinha. Gonzaguinha, um grande nordestino, numa belíssima música até hoje executada, "Um homem também chora (Guerreiro menino)", ele dizia:

> Um homem se humilha
> Se castram seu sonho
> Seu sonho é sua vida
> E vida é trabalho...
> E sem o seu trabalho
> O homem não tem honra
> E sem a sua honra
> Se morre, se mata (...)

Então, esses trabalhadores, submetidos a essas condições que foram narradas aqui na denúncia do Ministério Público – como bem destacou a ministra Rosa Weber: estamos numa fase embrionária. Então, realmente, pelo que consta das provas dos autos e também da descrição apta da denúncia, nós estamos diante destes homens que sonham, estamos diante desses homens que não têm honra, estamos diante desses homens que morrem e matam, porque vivem no limiar da sobrevivência biológica, sem nenhuma dignidade humana, qual seja a capacidade de autodeterminação. E por que é que eu digo isso? Porque consta da exordial acusatória que os denunciados submetem os trabalhadores, ou por ação ou por omissão – porque o Código Penal é claro: quem por ação ou omissão produz resultado responde pelas penas cominadas –, reduzem os trabalhadores a condições degradantes no Município de União dos Palmares, em Alagoas. E, segundo relata o *Parquet*, lá naquele local de trabalho há um alojamento que abrigava – e me repugna dizer – somente 53 empregados muito sujos, um lugar com pouca ventilação e mau cheiro devido ao acúmulo de lixo, disponibilizando para o descanso dos trabalhadores apenas espumas envelhecidas, sujas e rasgadas.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência permite? O apelido do alojamento, acho que diz tudo, era Cadeião – cárcere, cela, prisão. Cadeião. Os próprios trabalhadores chamavam esse alojamento assim.

O sr. ministro Luiz Fux: Isso até nos emociona, não é? Pois bem, no lugar dessas instalações sanitárias alega-se que havia uma cadeira higiênica, daquelas utilizadas por doentes em hospitais, sobre o chão natural, sem vaso e sem nenhuma espécie de fossa. O Ministério Público afirma que para o corte manual de cana-de-açúcar a empresa não disponibilizava os equipamentos necessários, não havia material de primeiros socorros, e a água que bebiam era impura. Ouvidos os cortadores de cana, teriam dito que ganhavam tão pouco por unidade produzida que se viam obrigados a trabalhar como escravos à exaustão para conseguirem um pouco mais de dinheiro.

Em razão da remuneração ínfima, supostamente trabalhavam até dezesseis horas por dia, o que configuraria jornada exaustiva. Há inclusive, segundo a denúncia e as provas dos autos, analisadas de maneira superficial neste momento, conforme linha intelectual coerente traçada por este Plenário, há registro de que um dos trabalhadores afirmou ter trabalhado por mais de 24 horas sem intervalo e que teria recebido sua remuneração com cheques sem fundos, e que o médico da empresa não dava atestado quando os trabalhadores adoeciam.

O Ministério Público anotou, no total, 46 irregularidades no regime de trabalho adotado na empresa dos denunciados. Dentre os elementos de informação colhidos no inquérito, consta DVD com fotos e filmagens do local.

Argumentou-se que – uma argumentação que se deveria ter pudor de suscitar –, de um universo de mais de 3.300 empregados, somente 56 foram encontrados nessa situação irregular. No meu modo de ver, bastaria que um só fosse encontrado nessa situação para que merecesse a repugnância sociológica e jurídica da Corte.

O Ministério Público, então, opinou pelo recebimento da denúncia. E eu verifico, seguindo a linha também aqui suscitada pela ministra Rosa Weber, que são alternativas as condutas que conduzem à redução a condição análoga à de escravo, ou seja, a redução a condição análoga à de escravo admite algumas modalidades, e isso é muito claro na doutrina penal. Assenta-se, em obra coletiva, coordenada pelo professor Rui Stoco, com a participação enfática da doutrinadora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, com quem eu tive o prazer de conviver no Superior Tribunal de Justiça, que:

> Incrimina-se também a prática do delito por meio de sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho. Nesta situação, o ofendido desempenha a sua função em circunstâncias humilhantes, aviltantes de sua dignidade.

Isso, no meu modo de ver, seria suficiente para se encaixar como uma luva nos fatos que estão, aqui, descritos na petição inicial. Mas eu estou indo mais além, porque eu sempre procuro analisar, ainda que se trate de inquérito e tenha sido censurada essa opinião de se analisar o inquérito como se já se fosse uma ação penal, mas é importante, aqui há provas. E, aqui, já se verifica que há uma atipicidade fechada, um enquadramento *prima facie* evidente desses fatos, a essa modalidade de cometimento da redução a condição análoga à de escravo.

Por outro lado, a denúncia, evidentemente, mais do que preenche o art. 41 do Código de Processo Penal, expondo o fato criminoso com todas as suas circunstâncias: a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas. Eu nunca me contento só com a narrativa em abstrato porque pode ser uma peça formal, fruto da imaginação do órgão acusador.

Quanto à justa causa necessária ao recebimento da peça acusatória, eu friso exatamente aquilo que o Plenário, em regra, frisa: que não se exige prova cabal e absoluta. Mas, aqui, há uma prova cabal e absoluta do cometimento do delito, sendo suficiente a configuração do juízo de probabilidade.

A materialidade, senhores ministros, resulta inequívoca das provas acostadas à denúncia de que dão conta que 53 empregados eram mantidos em abrigo sujo, malventilado, com acúmulo de lixo e mau cheiro, sem acesso às mais elementares necessidades humanas, como um banheiro sanitário ou uma cama digna.

Consta que se submetiam a jornadas exaustivas, por vezes acima de 24 horas, e recebiam a remuneração com desconto pela péssima alimentação que lhes era servida, atrasada e por meio de cheques sem provisão de fundos. Os trabalhadores não tinham acesso a transporte para voltar aos seus lares, motivo pelo qual eram mantidos em alojamento durante os períodos de descanso. Daí, a total pertinência desse dado assombroso, desse dado assustador, desse nome desse lugar que se denominava "Cadeião".

Ante essas graves afirmações, é impossível, como magistrado, deixar de indagar se efetivamente isto não é uma modalidade de escravatura que foi conjurada no século passado. Eu confesso a Vossas Excelências que, lendo esse inquérito, causou-me espécie e indignação a defesa, a afirmativa de que eram apenas 53 os trabalhadores submetidos ao regime degradante, o que não configuraria a condição análoga de escravo. Ainda que fosse apenas um empregado vilipendiado, não seria afastada a incidência do tipo penal em apreço, o qual, segundo já decidiu esta Corte, malfere o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de trabalho, no RE 541.627, da relatoria da ministra Ellen Gracie, que aqui foi invocado pela ministra Rosa Weber.

No que se refere à autoria, melhor sorte entendo não assistir aos denunciados. Não procede, no meu modo de ver, o argumento de que os assistidos foram acusados pelo simples fato de figurarem como representantes legais da empresa, o que configuraria uma inépcia da denúncia.

Com a devida vênia dos entendimentos em contrário, o Supremo Tribunal Federal diferencia a denúncia genérica – só porque é representante da pessoa jurídica – da denúncia geral. Enquanto a primeira não prevê qualquer tipo de conduta sequer possivelmente imputável aos acusados, a última descreve as práticas delituosas perpetradas no âmbito da estrutura organizada pelos representantes da empresa, sendo certo que, em crimes societários, os verdadeiros criminosos se escondem por detrás do véu da personalidade jurídica em busca da impunidade.

Eu colho, nesse sentido, os seguintes arestos: HC 94.670 da relatoria da ministra Cármen Lúcia, na Primeira Turma, julgado em 21-10-2008, é:

> (...) suficiente para a aptidão da denúncia por crimes societários a indicação de que os denunciados seriam responsáveis, de algum modo, na condução da sociedade, e que esse fato não fosse, de plano, infirmado pelo ato constitutivo da pessoa jurídica.

Inclusive são esses esconderijos, por detrás do véu da pessoa jurídica, que conduziram à normatização do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, hoje encontrado isso no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, nos códigos que tratam de interesses difuso e coletivo e, agora, se for aprovado, no Código de Processo Civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Também aqui, do nosso Tribunal, eu colho um arresto em que não se exige prescrição pormenorizada de condutas em crimes societários, quando presentes na inicial elementos indicativos de materialidade e autoria do crime suficientes para deflagração da ação penal.

No HC 98.840, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa: entender, no meu modo de ver, com a devida vênia, de modo contrário é decretar, absolutamente decretar, a mais absoluta impunidade de pessoas insensíveis por crimes, obviamente, que não são praticados de mão própria, mas através de uma complexa rede destinada a obnubilar os verdadeiros mandantes do delito.

Esses tipos penais são tipos da modernidade; são tipos que visam a coibir essas condições em que o pobre trabalhador brasileiro se vê instado a exercer as suas funções no afã de sustentar minimamente a sua família. De sorte que, quando se tipifica uma conduta como redução a condição análoga à de escravo, evidentemente que é um tipo penal do nosso tempo. Por isso que a doutrina e, agora, a jurisprudência vêm destacando que, nessa situação, se encontram aqueles que exercem as suas funções em circunstâncias humilhantes e aviltantes da sua dignidade.

Eu não tenho a menor dúvida, senhor presidente, de que as condições narradas na denúncia, indo mais além do art. 41, as provas produzidas com relação às condições de trabalho do denominado "Cadeião", eles realmente se encartam na tipicidade do art. 41, permitindo-se, evidentemente, no curso da instrução penal, que a contraprova seja realizada.

Mas, por ora, com verticalidade no exame de tudo quanto está comprovado nos autos, eu voto acompanhando a eminente ministra Rosa Weber.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, eu estava aqui pensando que estou com a mente um tanto quanto velha, porque eu sou daqueles que tem um pensamento restritivo em matéria penal.

Já tive a oportunidade aqui de fazer críticas ao uso generalizado do princípio da dignidade da pessoa humana. O eminente ministro *Fux* sabe da minha divergência quanto a concepções teóricas de Sua Excelência, manifestadas por mim em votos anteriores. Então, desde já, peço vênia a Sua Excelência, porque eu penso que dar densidade de tipo penal a texto constitucional é um passo muito ousado.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu não dei densidade, eu entendi que é preciso perpassar pelo tecido normativo da Constituição.

O sr. ministro Dias Toffoli: Pois bem, tenho para mim que utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana para receber uma denúncia em matéria penal é um passo exagerado.

O sr. ministro Luiz Fux: Bom, então, Vossa Excelência não ouviu o meu voto, eu não falei do princípio da dignidade, eu comecei falando no princípio da dignidade da pessoa humana, Vossa Excelência pegue as notas taquigráficas, que têm mais conteúdo do que isso.

O sr. ministro Ayres Britto: Ele não ficou na afirmação, porque o caso é de respeito à dignidade da pessoa humana pela sua vertente penal, da proteção penal.

O sr. ministro Luiz Fux: Também.

O sr. ministro Dias Toffoli: É que eu tenho essa crítica, já a fiz em voto, e estou só externando e pedindo as vênias de estilo.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas é que eu não aceito o vezo de ter utilizado de forma promíscua a dignidade da pessoa humana, acho que apliquei com a dignidade que o caso merece.

O sr. ministro Dias Toffoli: No entendimento de Vossa Excelência. Eu tenho o meu entendimento.

O meu entendimento é que em matéria penal temos que ser restritivos. Onde está o tipo do art. 149? Vamos à tipologia e à topologia do dispositivo. O art. 149 do Código Penal está na Seção I do Capítulo VI do Título I da Parte Especial.

O que é a Parte Especial? Trata ela dos tipos penais propriamente ditos. O que é o Título I? Crimes contra a Pessoa. Capítulo VI: Dos Crimes contra a Liberdade Individual.

A propedêutica diz o seguinte: qual é o bem jurídico aqui que está protegido pelo legislador da matéria penal? A liberdade individual.

Seção I desse dispositivo: Crimes contra a Liberdade Pessoal. É aqui que está o tipo do art. 149.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, nesse título, não é liberdade de ir e vir, não.

O sr. ministro Dias Toffoli: É liberdade pessoal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas não de ir e vir.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas é liberdade pessoal.

Senhor presidente, os crimes contra a organização do trabalho estão no Título IV, que tem exatamente o título: Dos Crimes contra a Organização do Trabalho.

Senhor presidente, a denúncia não descreve e não traz quais são os atos de cerceio à liberdade pessoal dos trabalhadores, por exemplo, na questão do transporte, como já destacou em seu voto o eminente relator, ministro **Marco Aurélio**, a quem estou a acompanhar agora, com a devida vênia da ministra **Rosa Weber** e do ministro **Luiz Fux**. Quando a Procuradoria-Geral da República fala na questão do transporte, diz que os ônibus eram muito velhos, que não tinham condições físicas adequadas ao transporte. Havia paus, madeiras ali. Não era um ônibus adequado, era um ônibus inadequado. Isso não é cerceio ao transporte, à locomoção. Também no extenso e minucioso voto do eminente relator e nos votos divergentes, eu não vi onde está configurada, nos fatos trazidos, a restrição à liberdade por meio de alguma dívida.

E eu disse, por oportunidade do meu voto no Inq 2.131, de relatoria da ministra **Ellen Gracie**, – acabei acompanhando o voto-vista trazido pelo ministro

Gilmar Mendes, vencidos ficamos junto com o ministro **Marco Aurélio**, já fez Sua Excelência referência àquele Inq 2.131 –, que o tipo do art. 149 está dentro do Título I. Volto a repetir: "Crimes contra a Pessoa". "Dos Crimes contra a Liberdade Individual", "Crimes contra a Liberdade Pessoal". Quando se fala em reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalho forçado ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por quaisquer meios, sua locomoção, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, nós temos que ter presente para a incidência do tipo o conteúdo inicial do dispositivo, que é a premissa dele todo: **reduzir alguém a condição análoga à de escravo**.

E, nos fatos descritos na denúncia e debatidos neste caso, eu não encontro outra coisa a não ser desrespeito às normas trabalhistas. E isso pode até ser crime, mas tem que ser encontrado lá no Título IV.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só um dado para Vossa Excelência tomar conhecimento, porque acho que Vossa Excelência não se encontrava ainda na Corte.

O Plenário reconheceu, contra o meu voto original, que a matéria é competência da Justiça Federal, porque concerne a relações de trabalho. Negou minha tese primitiva de que devia ser da competência da Justiça estadual. Aliás, num segundo caso, quando tornei a votar nesse sentido, propondo que o Plenário revisse o precedente – o processo está com vista ao ministro Joaquim Barbosa –, a Corte reconheceu, outra vez, que se trata de atentado às relações de trabalho.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu proferi voto no sentido de ir para a Justiça Federal em razão das questões interestaduais. O fundamento do meu voto não é incoerente com a posição que tomo aqui, neste momento, porque há, no crime de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, a necessidade, muitas vezes, de se cooptar pessoas em determinado local da Federação e levá-las alhures, em locais muito distantes, em outros Estados. E daí o fundamento do meu voto, senhor presidente, ter sido no sentido de que esse crime era um crime federal, que devia ser investigado pela Polícia Federal, pelo Ministério Público Federal, porque é comum, nesses casos, a captação da mão de obra em um Estado da Federação e a sua utilização em outro, algo que é totalmente diferente do caso concreto.

Pois bem, senhor presidente, já foi muito debatido, muito discutido. O que eu gostaria de fazer aqui é, mais uma vez, poder enunciar a necessidade de nós irmos à velha e boa Teoria Geral do Direito. Às vezes me assusta esse neoconstitucionalismo fácil, ainda mais trazendo-o para a matéria penal. Vamos olhar o capítulo onde está inserido o título, a seção; vamos analisar o bem jurídico protegido em matéria de direito penal.

Não vejo aqui, senhor presidente, atentado à liberdade pessoal desses trabalhadores, no sentido de terem eles sido reduzidos à condição análoga à de escravos e, por isso, não entendo presente a tipicidade do art. 149.

Por isso, senhor presidente, com a vênia devida, eu acompanho o eminente relator.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, eu peço vênia ao eminente ministro relator e agora também ao ministro Fux. Eu acho que, como bem anunciou em sua sustentação oral o procurador-geral, se esta denúncia não desfia, com pormenores até, tudo o que pode ser considerado enquadrado ou subsumido ao tipo do art. 149, realmente nem sei como poderia ser, porque aqui há um minudenciamento que eu considero perfeitamente enquadrado.

Acho que a denúncia – como foi dito, aliás, ainda hoje em outro julgamento – é apenas o ponto de partida para a verificação, para a comprovação, com todo o direito assegurado aos acusados. E, portanto, neste caso, tal como anunciado anteriormente também pela ministra Rosa Weber, iniciando a divergência, eu considero a denúncia perfeitamente cumpridora das exigências legais e recebo a denúncia, senhor presidente, com as vênias do relator e também do ministro Dias Toffoli.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu vou pedir vênia ao relator e ao eminente ministro Dias Toffoli porque vejo, aqui, que o art. 149 se subdivide em vários comportamentos, em tese, ilícitos. Um deles é exatamente o seguinte: submeter alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção, etc.

Então, nós estamos diante, a meu ver, sem prejuízo de outros comportamentos ilícitos que possam, eventualmente, ficar melhor evidenciados no curso da instrução criminal, pelo menos esse segundo núcleo do tipo do art. 149, que é exatamente submeter alguém a trabalhos forçados ou exaustivos. Isso consta da denúncia subscrita pelo procurador regional da República, originalmente, que é exatamente isto: com base em depoimentos que colheu, dizendo das péssimas condições de higiene, alimentação, transporte, alojamento, e de trabalho exaustivo a que estavam obrigados os trabalhadores rurais.

Aí diz ainda a denúncia:

> Cumpre salientar que a comida de má qualidade era descontada do salário dos empregados, que eles não recebiam água durante a extensa jornada e que eram impedidos de concluir a mesma [a mesma jornada] quando não havia substituto, sob pena de perder emprego. Desta forma, eram compelidos a laborar de modo extenuante, sofrendo ameaças e sem receber qualquer adicional trabalhista.

Então, me parece que, pelo menos este comportamento, ao qual eu me referi, que está incluído no tipo do art. 149, está muito bem evidenciado na denúncia e, como eu disse, sem prejuízo do exame dos demais comportamentos eventualmente ilícitos.

Por essas razões, pedindo vênia ao ministro relator e ao ministro Dias Toffoli, eu recebo a denúncia.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também recebo a denúncia, com as devidas vênias do ministro relator, Marco Aurélio, e do ministro Dias Toffoli.

Eu também entendo que a denúncia aqui cumpre bem as exigências do art. 41 do Código Penal, sem incorrer em impropriedades do art. 395, e contém os elementos necessários à compreensão das imputações, e, por consequência, ao exercício da ampla defesa por parte dos denunciados.

Da relação de fatos e de condutas aportada pela denúncia, muitos desses fatos e comportamentos me parecem, *prima facie*, nesse exame preliminar, prefacial, concretizar pelo menos dois elementos do tipo penal, ou dois núcleos penais constantes do art. 149, por exemplo, jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho. E faço a leitura.

O alojamento era muito sujo, com grande mau cheiro – condições degradantes. Havia pouca ventilação, pois no alojamento não havia janelas, apenas buracos nas paredes – condições degradantes. Havia lixo acumulado no alojamento. A água que bebiam estava impura – a mesma coisa: condições degradantes. Não havia banheiros; no lugar das instalações sanitárias, ofereciam-se aos trabalhadores arremedos compostos de choças improvisadas mediante o uso de lonas plásticas. Aos olhos de todos, se apresentou um amontoado de lona ao lado de uma cadeira higiênica daquelas utilizadas por doentes em hospitais sobre o chão natural sem vaso e sem nenhuma espécie de fossa.

Condições precárias para alimentação. Ao tomar as refeições, o faziam sentados sobre torrões ou simplesmente sobre o chão, deixando aos trabalhadores as possibilidades de se alimentarem dentro de ônibus com temperaturas muito altas ou ao relento, sob o sol. Não eram disponibilizados recipientes para manter as refeições aquecidas.

Que ganhavam tão pouco por unidade produzida que se viam obrigados a trabalharem como escravos, à exaustão, para conseguirem um pouco mais de dinheiro – excessividade na jornada de trabalho, portanto.

Eram transportados em ônibus muito velhos e malconservados, não tinham cinto de segurança, não tinham licença para o transporte de trabalhadores.

Aí vem a letra "L":

Jornada exaustiva de trabalho. Constatamos que cerca de cinquenta trabalhadores que estavam alojados nas dependências da empresa, laborando na lavoura de cana, trabalhavam até seis horas extraordinárias por dia.

Eu entendo que o objetivo do Código Penal, aqui no art. 149, não foi proteger, por incrível que pareça, o indivíduo trabalhador. O indivíduo trabalhador está protegido no art. 203, que exibe a seguinte redação:

> Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Ou seja, deixar, mediante fraude ou violência, de cumprir a legislação do trabalho já é elemento conceitual e, portanto, tipo penal do art. 203.

Aqui, não. Aqui não é o indivíduo trabalhador propriamente que está sendo protegido. É o indivíduo gente, é o indivíduo ser humano. Por isso que o ministro Luiz Fux falou em dignidade da pessoa humana, sim. É um indivíduo de carne e osso, vísceras, sangue, cartilagem, alma. É o indivíduo, sim, como pessoa humana que está sendo protegido pelo art. 149. Ou seja, o objetivo do tipo penal foi o de transbordar o campo propriamente trabalhista para alcançar o indivíduo, o indivíduo enquanto gente, ser humano.

Por isso que se diz, o art. 149 não fala de escravidão. Não é necessário, para que se reduza alguém à condição de escravo, o uso de grilhões, ou de escolta, ou de guardas armados. Aí já é escravidão mesmo escancarada, pura e simples. Mas não foi isso que disse o art. 149. Foi:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados [e aqui pouco importa que trabalho remunerado ou não, dentro de uma relação de emprego ou não, por empreitada ou não; não é isso] ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Por isso que o ministro Luiz Fux falou do modo como a Constituição Federal protege tanto o indivíduo quanto o trabalhador. E o Código Penal concretiza a Constituição; mantém com a Constituição um elo causal mesmo, ou um vínculo de funcionalidade para tirar a Constituição do papel e fazer com que ela se incorpore ao cotidiano, tanto dos indivíduos quanto dos trabalhadores na sua malha protetiva.

Por isso, senhor presidente, eu entendo que o caso aqui se ajusta perfeitamente nessa fase, ainda de simples recebimento da denúncia, em que analisamos se há materialidade do fato tipo e se há indícios robustos suficientes de autoria. Eu entendo que a peça acusatória do Ministério Público merece, de nossa parte, recebimento, tal como justificado a partir do voto da ministra Rosa Weber. É como voto.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, vou pedir vênia à ministra Rosa Weber e a todos que a acompanharam para, tal como já fiz em outra assentada, acompanhar o voto do relator.

Presidente, de fato, e tal como já agora anunciado pelo eminente relator e pelo ministro Dias Toffoli, estou convencido de que o elemento de proteção aqui é a liberdade individual. É isso que está em jogo. E acho até, pelo conhecimento que tenho da área rural, vejo as portarias do Ministério do Trabalho, que estão servindo de subsídios para a interpretação da legislação penal, e confesso que fico até um pouco assustado. Eu já havia lido, no julgamento do Inq 2.131, e

tinha feito referências à metragem de beliche, a chão com tal ou qual dimensão. E trouxe até um livro de um autor americano que falava sobre a morte do senso comum nos Estados Unidos, dizendo da maratona a que submeteu madre Teresa de Calcutá quando, após receber o Nobel, tentou comprar uma casa para abrigar pessoas que estavam abandonadas nas ruas de Nova Iorque. E ela teve grande dificuldade, porque verificou que, para atender aos requisitos de novos abrigos, o prédio tinha que ter elevador. Então, as pessoas – diz esse autor –, elas podem morar na rua, mas se se trata de abrigar-se, num abrigo com essa destinação, o prédio tem que ter determinado perfil.

Eu me lembro de que – uma conhecida de todos nós – a presidente, hoje, do Rotary, dra.Luísa, fisioterapeuta, se viu às voltas também com uma situação desta. E isso ocorre nessas situações aqui, quando se fala de alimento, de geladeira, de fogão ou coisa do tipo em locais distantes, a rigor, nós estamos a falar de coisas que, de fato, não existem em determinados locais, dependendo do tipo de trabalho.

A dra. Luísa, ela contava – e eu cheguei a acompanhar isso – que estava numa missão do Rotary Club, tentando ajudar a Casa da Mãe Preta – todos que vivem em Brasília conhecem a Casa da Mãe Preta, tem uma história de mais de quarenta anos para abrigar crianças. Quer dizer, a maior dificuldade para abrigar essas crianças nessa casa, porque se faz uma série de exigências para ter apoio do poder público. O chão tem que ter um determinado tipo de piso; a cozinha tem que ter mármores ou coisas assemelhadas. Isso é exigência do poder público. Agora, as crianças podem viver na rua.

Então, me parece que ocorre exatamente isso aqui. Quando a gente lê esse rol de 46 – isso foi destacado pelo eminente relator – infrações e vê algumas coisas que são colocadas, se vê que, de fato, o idealismo se tornou realidade. Talvez, a gente deva até subscrever essa tese, mas não para direito penal. Eu fico a perguntar: E os nossos empregados domésticos? Será que eles preenchem esses requisitos? Será que os beliches estão com essa dimensão ou aquela? Ou eu fico a imaginar, daqui a pouco, se vamos aplicar esse critério aí, olhando a garagem do Supremo Tribunal Federal ou do TSE, ministra Cármen. Não vamos nem a Espinosa, nem vamos a Diamantino, se, de fato, estamos preenchendo esses requisitos, esses requisitos que estão aqui para a área rural. Para que a gente não seja farisaico.

Então, isso é um dado interessante. A distância do beliche, quando as pessoas, às vezes, estão desbravando áreas, uma área que sustenta o Brasil. Se o Brasil hoje tem esse perfil, se o Brasil hoje tem essa folga, é graça ao *agribusiness*, é graça a esse agronegócio, é graça à ousadia dessa gente que vai para longe.

O sr. ministro Dias Toffoli: A indústria responde por 14% do PIB; o agronegócio, por 35% do PIB.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É preciso ver isso. Então, essa gente que vai lá para longe, que arrisca. Aí, tem que ter ônibus, tem que ter geladeira em determinado lugar, quando se sabe que isso não se tem mesmo. Quem anda 400 km no mato sabe que é difícil levar esse tipo de coisa. Então me parece que há uma certa idealização; e, o pior, é idealização para efeitos penais. Isso é grave.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Gilmar, se me permite? Com todo o respeito, mas aqui nós estamos diante de um empreendimento econômico. É a propriedade bem de produção. E a contrapartida da propriedade bem de produção é a função social.

O sr. ministro Gilmar Mendes: No outro caso, ministro Britto, eu chamava a atenção, o dr. Gurgel há de se lembrar, porque tinha um menor de dezesseis anos. E aí se dizia assim: "Poxa, empregou um menor e não reparou no seu futuro." E eu fiquei me perguntando: Está bom, o menor, agora, foi libertado. E para onde ele foi? Ou foi para a rua ou foi para um outro emprego. Será que ele foi para algum educandário? Será que essas equipes de libertações cuidaram para fazer isto? Não é esse o objetivo. Não cuidam. Nós sabemos disso. Veja o equívoco em que nós estamos incorrendo quando chancelamos isso no plano penal.

Na outra discussão, eu chamava a atenção para um fato ocorrido nesse mesmo Estado, que é um Estado que enfrenta graves dificuldades no País. É o Estado, talvez, o mais pobre do País. E, nesse Estado – contava-me a presidente do Tribunal de Alagoas, da época, presidente Elizabete –, um dia, ela chegando, dizia: "Hoje foi destruído um fórum aqui na vizinhança de Maceió." E por que ocorreu essa destruição do fórum? Dizia ela: "Porque um sujeito chegou oferecendo emprego no Mato Grosso ou Goiás ou Tocantins, e essas pessoas venderam tudo que tinham para pagar cem ou cento e cinquenta reais." Eu não estou falando, ministro, da Suécia; estou falando de Alagoas, vizinho do seu Estado de Sergipe. Cem, cento e cinquenta reais que entregavam a essa pessoa para que os transportasse para esse eldorado, que é o Centro-Oeste na visão deles. E o que aconteceu? Esse sujeito desapareceu com o recurso dessa pobre gente. Depois ele foi surpreendido, preso em algum lugar, e o juiz decidiu pela sua libertação. Reação dessas pessoas: destruição do fórum. É essa a realidade. Então, a mim, parece-me que há um enfoque absolutamente equivocado quando tratamos do problema da irregularidade trabalhista no plano penal. Esse me parece o ponto central. A mim, parece-me que há que se fazer um grande esforço, um grande esforço no sentido civilizatório, de melhoria das condições de trabalho. Se fôssemos fazer essa verificação, os canteiros de obras aqui de Brasília muito provavelmente não passariam nesse teste. Aqui estamos submetendo à área rural. Porque certamente não teriam beliche com essa metragem – dois metros, um metro e meio ou coisa do tipo. Ou talvez a marmita não estivesse quente porque não tinha um fogareiro elétrico para acender, como se diz aqui. Ou talvez a ventilação não estivesse na metragem da janela. Veja que estamos fazendo a interpretação do direito penal a partir de portarias do Ministério do Trabalho.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, ministro, aqui não havia nem janelas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Estou discutindo exatamente esse tipo de questão. E não me interessa apenas o caso, mas como estamos conduzindo. Porque, a valer isso, vale também para a construção civil.

O sr. ministro Luiz Fux: Mas eu acho que tem que valer mesmo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, tem que valer.

O sr. ministro Ayres Britto: É. Tem que valer. Atividade econômica.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A rigor.

O sr. ministro Luiz Fux: Eu não tenho receio de tratar uma empregada doméstica. Acho que temos que tratar de acordo com as normas regulamentares. Qual é a diferença?

O sr. ministro Ayres Britto: Sem dúvida.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que estou dizendo é que esse tratamento não existe. Essa é a verdade, e nós sabemos. Agora, o pior, do ponto de vista jurídico, é fazer a interpretação da norma penal a partir de portaria do Ministério do Trabalho. Isso é grave. E tentar daí criminalizar condutas quando outras deveriam ser as iniciativas, no sentido inclusive de coibir, no sentido de punir, no sentido de buscar soluções especialmente nos setores econômicos mais dinâmicos.

Vamos encontrar situações – e há dados aí publicados – em que o proprietário rural é quase tão pobre quanto o empregado rural. Isso acontece em algumas áreas do País, e sabemos bem disso. E, aí, vai se dizer: "Ah, é trabalho escravo?" De ambos, se formos olhar a renda. Então, é preciso fazer realmente esse tipo de avaliação.

Acho importante o debate, porque certamente ele já vai contribuir para iluminar esses iluminados que são os fiscais de trabalho, que cumprem uma função importante no sentido de coibir também o trabalho irregular, de coibir os abusos. Agora, esse trabalho tem que ser muito mais didático e pedagógico e menos calcado em enfoque criminal. Essa é a questão. Agora, quando nós, a partir do tamanho do beliche ou da distância do beliche, chegamos à conclusão de que há base para a criminalização, parece-me preocupante.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite? Entendo que foi o meio de persuasão que o legislador encontrou, porque não houve um cumprimento espontâneo, uma realização espontânea do direito. Criminalizaram a conduta. Isso é política legislativa. A culpa não é nossa. Agora, já que está tipificado, vamos averiguar se os fatos correspondem à norma legal. E, no caso presente, verificamos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Outro ponto importante que é relevante na área rural: o trabalho rural é marcado por inúmeras peculiaridades, por exemplo, há possibilidade – nós vimos no outro caso – de se ter alguma liberdade. Se chove em determinado local, o trabalho se interrompe. E, depois, sabe-se, por exemplo – isso já foi dito no voto da ministra Rosa Weber –, a questão da sazonalidade. São trabalhos que são desenvolvidos num dado momento. E, por isso, então, se aproveita o tipo de hora. Talvez haja aqui – eu conversava há algum tempo com o ministro Dalazen – até déficit no que diz respeito ao modelo de ordenação, de disciplina. Talvez devesse ter uma disciplina específica para essas relações que são, às vezes, relações de um mês. Num outro caso, nós tínhamos pessoas que haviam sido contratadas há menos de um mês. Aqui, também, salvo engano, o relator chamou a atenção para esse fato.

A mim me parece que realmente esse ponto precisa ser tematizado. A partir de um referencial da legislação ou interpretar esse referencial a partir de

portarias do Ministério do Trabalho, sem qualquer conotação negativa, é, a meu ver, absurdo. Não é razoável para a esfera penal, para a esfera da criminalização. Impõe que nós definamos claramente esse elemento essencial do tipo que é a liberdade individual. Então me parece que, a rigor, nós devemos refletir sobre essas questões, sob pena de, ou darmos um tratamento absolutamente desigual na relação entre o campo e a cidade, ou estabelecermos um tipo de critério que divorcia por completo da realidade. Esse é um ponto importante.

No caso específico, também me impressionou o argumento relativo à responsabilidade de diretores – houve até substituição de diretor, houve equívoco em relação à indicação de um – sem que minimamente se descreva a sua participação. Só por esse fundamento, eu já rejeitaria a denúncia.

Mas a mim me parece que o ponto temático, o ponto relevante, realmente, para este caso e para outros que virão é este: é estarmos a interpretar a legislação penal a partir de resoluções ou de portarias do Ministério do Trabalho. E citarmos até como referência essas – "a beliche tinha tal ou qual tamanho", "as janelas tinham tal ou qual largura", "a cama era assim ou assado" –, a mim me parece que esse é um risco enorme, especialmente quando se trata de direito penal.

Adotemos nós a teoria que quisermos, em matéria constitucional, o que nós não podemos violar é o princípio da legalidade estrita. Isso é o que não podemos violar. Nenhum constitucionalismo responsável vai permitir que nós violemos esse princípio, que é o princípio que permitiu que nós chegássemos até aqui como pessoas civilizadas. Porque quem inventou nessa matéria fez barbárie: são os soviéticos, são os nazistas. Quem inventou nessa matéria de legalidade penal estrita, quem quis fazer revisão, fez barbárie. É preciso então ter imenso cuidado em relação a isso.

Portanto, seja pelo fundamento da responsabilidade, que me parece penal aqui, tipicamente objetivo, não se logrou definir a responsabilidade desses diretores por essas contratações, seja porque, de fato, a restrição à liberdade individual não resta comprovada, presidente, eu acompanho, com todas as vênias, o voto do eminente relator.

Rejeito a denúncia.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só para complementar, ministro: o primeiro jurista a usar a palavra "plágio" para designar a apropriação de obra intelectual alheia foi Marcial.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: E, aí, Excelência, se permite, o endereçado normativo não é o trabalhador aqui. O trabalhador tem outro, tem o capítulo "Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho".

Pode até ser, mas não exclusivamente o trabalhador.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Todas as referências, em todos os tipos, são a trabalhador. É textual. Todas as referências dos tipos do art. 149 são a trabalhador.

O sr. ministro Ayres Britto: Olha, não se reduz à condição análoga à de escravo só o trabalhador, também se reduz o indivíduo. E o Código Penal quis proteger as duas categorias.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso na primitiva redação, ministro. Agora, a lei de 2003 especificou os tipos, voltando suas disposições exclusivamente para as condições de trabalho.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite, ministro Celso? O relatório da OIT, que li no voto anterior, a propósito do assunto, tocava exatamente nessa discussão e dizia, a propósito do chamado trabalho escravo no Brasil:

> (...) o trabalho forçado não pode simplesmente ser equiparado a baixos salários ou a más condições de trabalho, mas inclui também uma situação de cerceamento da liberdade dos trabalhadores. Portanto, toda a forma de trabalho forçado é trabalho degradante, mas a recíproca nem sempre é verdadeira. O que diferencia um conceito do outro é a questão da restrição da liberdade.
>
> No caso brasileiro [dizem eles] a restrição da liberdade dos trabalhadores decorre dos seguintes fatores: apreensão de documentos, presença de guardas armados com comportamentos ameaçadores, isolamento geográfico que impede a fuga e dívidas ilegalmente impostas. [A ideia do galpão, do armazém e tudo o mais.] Por esses motivos, os trabalhadores ficam impossibilitados de ir e vir, de sair de um emprego e ir para outro.

Na verdade, a própria Comissária da Organização das Nações Unidas, relatora especial para as formas contemporâneas de escravidão, a senhora Gulnara Shahinian, dizia que, no nosso caso, a falta de uma definição precisa dificultava, realmente, o chamado "combate efetivo ao trabalho escravo", porque isso vinha num contexto de cambulhada, misturando irregularidades trabalhistas com a questão do trabalho escravo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: E aí é o indivíduo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou pedir vênia a Vossa Excelência e, até, licença, para fazer algumas considerações que, suponho, ajudam a esclarecer, pelo menos, algumas dúvidas que ocorreram durante todo esse debate; já me haviam ocorrido no debate anterior, em caso análogo.

Eu já havia pensado em partir da história do delito de plágio. O delito de plágio foi, como o ministro Celso de Mello recordou, instituído por uma lei do século II a.C., a *Lex Fabia de plagiariis*, que definia esse crime em dois grandes conjuntos de ações: um, de escravizar, sequestrar, ocultar homem livre, e o

outro, de apropriar-se de escravo alheio, vender escravo alheio, etc. E era crime que tinha como objeto material da tutela jurídica a liberdade, e por uma circunstância fundamental à luz das condições sócio-históricas do Império Romano de então, enquanto sociedade dividida entre pessoas *sui iuris* e pessoas *alieni iuris*, isto é, pessoas estas que tinham liberdade, sendo para nós pessoas, mas que ali eram tratadas, inclusive as mulheres, como *res*, como rei, como coisas. Então, a escravização, por exemplo, de homem livre era atentado grave a uma condição fundamental, vamos dizer, da própria cidadania romana, porque significava subtrair a liberdade de pessoa *sui iuris*, de um *cives*. A partir desse dado, sobretudo pelo relevo que se atribuía ao fato de constituir "plágio" a apropriação de escravo alheio, é que Marcial empregou, pela primeira vez – e, depois, o uso passou para toda a legislação e é hoje coisa corrente na dogmática e no direito positivo –, a palavra para nomear a ação de apropriar-se, como sua, de obra intelectual alheia.

Mas essa concepção do crime de redução a condição de escravo foi assumida pelas legislações todas, sob título próprio de defesa da liberdade pessoal, porque era sua origem histórica. E assim entrou na nossa legislação, incluída sob esse mesmo título, na redação original. Ela expressava, e não apenas porque estava no título, mas por força da origem histórica do delito, ou da criminalização do fato, a mesma preocupação com a liberdade.

A Lei 10.803/2003 introduz, porém, profunda modificação na tipificação do delito. Ela restringiu o campo conceitual do delito; este já não apanha qualquer homem, senão apenas o trabalhador, e, portanto, à sua vista, desloca-se o objeto da tutela penal, do campo da liberdade como tal, para um outro campo. Que campo? O campo das relações de trabalho, pela vulnerabilidade imanente à condição do trabalhador.

Todos os tipos penais introduzidos pela Lei 10.803/2003 têm, como sujeito passivo do crime, o trabalhador. É textual em todos os tipos penais. Então, não há dúvida nenhuma, a lei restringiu a objetividade jurídica do crime. E, ao restringir o campo para a tutela específica do trabalhador, ficou só formalmente, pelo número do art. 149, sob o título da defesa da liberdade, mas o objeto da tutela material já não é a liberdade, é a dignidade da pessoa na posição de trabalhador. É a dignidade da pessoa na posição de trabalhador. Já não se trata de delito contra a liberdade pessoal, trata-se de delito contra a dignidade da pessoa, considerada na condição social de trabalhador. Daí por que o *nomem juris* tradicional, mantido na introdução da descrição dos tipos – diz "reduzir a condição" –, é mera reminiscência da sua origem histórica, não mais elemento definidor da objetividade do tipo penal, porque o que este enuncia agora é o seguinte: constitui crime, que tem esse nome tradicional, submeter um trabalhador, por exemplo, a condições degradantes de trabalho.

Não se pode mais pensar no crime como se estivéssemos ainda no tempo do direito romano, onde era decerto possível reduzir pessoas à condição efetiva de escravo. Hoje pode até acontecer situação como essa, mas será fato extraordinário; no direito romano era coisa natural. Por isso, pelo caráter subsidiário do direito penal, pela subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal, é que se

justificava tivesse sido concebido no direito romano, como proteção da liberdade pessoal. Hoje, o atentado à liberdade, provavelmente, corresponderá a outro tipo penal, ou a outros tipos penais. O tipo penal, ainda designado sob o nome de redução a condição análoga à de escravo, é crime que tem, objetivamente, como valor jurídico a ser protegido, a dignidade da pessoa vista na condição particular de trabalhador. Daí por que se tipifica por qualquer uma das figuras enumeradas no art. 149 do Código Penal, não apenas as do *caput*, senão também nas dos parágrafos.

O sr. ministro Ayres Britto: O raciocínio de Vossa Excelência realmente é muito bom.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E basta, portanto, que esteja caracterizado o fato de um trabalhador ser submetido a condições aviltantes, humilhantes ou degradantes, para que se configure teoricamente o crime.

E agora vou abrir parênteses: fui juiz numa cidade do Estado de São Paulo, Igarapava, que é fundamentalmente, do ponto de vista econômico, cidade que vive ou vivia em função da plantação de cana. Uma cidade onde não restavam mais pomares; o último pomar foi derrubado para plantar cana. Vivia, e talvez viva ainda hoje, em função de uma grande usina que está lá, famosa usina. Presenciei com os meus olhos, como magistrado, as condições a que eram submetidos os trabalhadores da cana. Era coisa de indignidade revoltante. Os trabalhadores, chamados "boias frias", não tinham roupas, eram sujeitos a sol escaldante, levantavam-se às 4 horas da manhã. E digo isso, porque tive empregada que era casada com um "boia fria", de modo que acompanhei a vida dele. Eram transportados em caminhões abertos, sem condições de segurança pessoal, de higiene então nem se fala; voltavam machucados, porque não tinham luvas. Eram reduzidos a uma condição quase desumana.

Como é que a ordem jurídica não pode considerar tudo isso, levando em conta os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, a uma situação de reprovabilidade penal? Como relembrou o ministro Luiz Fux, é esta a única forma que o Estado encontra para prevenir tais abusos.

Então, eu peço vênia.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu só vou pedir vênia a Vossa Excelência para reforçar o ponto de vista de Vossa Excelência com uma ponderação. Se formos interpretar o 149 à luz do nome que o próprio Código deu ao Capítulo VI, "Dos Crimes contra a Liberdade Individual", de plano, ficaríamos no indivíduo como figura mais importante do que a do próprio trabalhador.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso correspondeu a um erro, ou a um descuido técnico da proposta da Lei 10.803, que devia ter criado outro tipo, noutro capítulo do Código. Mas aproveitou-se do art. 149 para proceder à modificação substancial de seu conteúdo. Só que, com isso, deixou o tipo penal dentro de capítulo a que já não corresponde, pela natureza do bem jurídico que passou a tutelar.

O sr. ministro Ayres Britto: Os parágrafos do art. 149 dão razão a Vossa Excelência, que falam de trabalho. Agora, a própria redação do 149, quando diz "reduzir alguém", aí já nos remete outra vez para o indivíduo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele está só enunciando o título histórico do crime. São os verbos subsequentes, são as orações subsequentes, que definem os tipos desse crime, cujo nome permanece como redução a condição análoga à de escravo.

O sr. ministro Ayres Britto: Seja como for, ou numa interpretação mais ampliada, numa interpretação mais restrita, a dignidade da pessoa humana está presente, está em jogo. Penalmente tutelada.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sem dúvida nenhuma. Isto é, a mim me parece que o fato de estar no título de liberdade individual é apenas resíduo da antiga concepção normativa, com a redação primitiva que o art. 149 tinha. Isto é, o legislador, ao invés de ter definido essa figura à parte, resolveu dar nova e substancial redação ao art. 149, mantendo-o dentro do título em que estava desde a origem.

O sr. ministro Ayres Britto: Do capítulo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu vou pedir vênia, então, ao eminente relator e aos votos que o acompanharam, para receber a denúncia, entendendo, também com vênia ao ministro Celso de Mello, pois acho que, neste caso aqui, ambos os denunciados tinham o domínio dos fatos. Eles não podiam deixar de conhecer as condições em que os trabalhadores eram postos e, portanto, tinham condições de haver tolhido a prática desse delito, tanto que se comprometeram e, depois, acabaram adotando providências adequadas, segundo o acordo a que fez referência o eminente relator.

EXTRATO DA ATA

Inq 3.412/AL — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Rosa Weber. Autor: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Investigados: João José Pereira de Lyra (Advogado: Adriano Costa Avelino) e Antônio José Pereira de Lyra (Advogado: Fábio Costa Ferrario de Almeida).

Decisão: O Tribunal, por maioria, recebeu a denúncia, contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão a ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República, e, pelos investigados, J.J.P.L. e A.J.P.L., respectivamente, o dr. Átila Pinto Machado Júnior e o dr. Bruno Ribeiro.

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, 29 de março de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.783 — RO

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Requerente: Procurador-geral da República — Requeridos: Governador do Estado de Rondônia e Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia

Ação direta de inconstitucionalidade. Extensão do auxílio-moradia aos membros inativos do Ministério Público estadual.

I – Inconstitucionalidade formal. A Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) –, ao traçar as normas gerais sobre a remuneração no âmbito do Ministério Público, não prevê o pagamento de auxílio-moradia para membros aposentados do *Parquet*. Como a LONMP regula de modo geral as normas referentes aos membros do Ministério Público e não estende o auxílio-moradia aos membros aposentados, conclui-se que o dispositivo em análise viola o art. 127, § 2º, da Carta Magna, pois regula matéria própria da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em desacordo com esta.

II – Inconstitucionalidade material. O auxílio-moradia constitui vantagem remuneratória de caráter indenizatório. Portanto, é devido apenas em virtude da prestação das atividades institucionais em local distinto, enquanto estas durarem. Como decorre da própria lógica do sistema remuneratório, o auxílio-moradia visa ressarcir os custos e reparar os danos porventura causados pelo deslocamento do servidor público para outros locais que não o de sua residência habitual. Dessa forma, parece lógico que tal vantagem seja deferida apenas àqueles servidores em plena atividade, que se encontrem nessa específica situação, e apenas enquanto ela durar, não se incorporando de forma perpétua aos vencimentos funcionais do servidor. O auxílio-moradia deve beneficiar somente o membro do Ministério Público que exerça suas funções em local onde não exista residência oficial condigna. Assim, a extensão de tal vantagem aos membros aposentados, que podem residir em qualquer lugar, visto que seu domicílio não está mais vinculado ao local onde exerçam suas funções (CF, art. 129, § 2º), viola os princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e da moralidade.

III – 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, por maioria de votos, julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 17 de março de 2011 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo procurador-geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, em face do § 3º do art. 3º da Lei Complementar 24, de 26 de julho de 1989, do Estado de Rondônia, introduzido pela Lei Complementar 281, de 26 de junho de 2003, que dispõe sobre a extensão de vantagens concedidas a membros inativos do Ministério Público estadual.

Eis o teor do dispositivo normativo impugnado:

> Art. 3º A remuneração dos membros do Ministério Público observará o escalonamento de 5% (cinco por cento) entre os diversos níveis da carreira, tendo como referência a remuneração, de caráter permanente, fixada para o Procurador de Justiça, na forma do anexo único desta Lei Complementar.
>
> (...)
>
> *§ 3º Fica estendida, a partir da vigência desta Lei Complementar, a vantagem prevista no artigo 117, inciso II, da Lei Complementar n. 93, de 1993, aos membros inativos do Ministério Público.*

O procurador-geral da República alega que o referido dispositivo padece de inconstitucionalidade formal, visto que a extensão do auxílio-moradia aos membros inativos do Ministério Público não está prevista na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), e, portanto, o legislador estadual não poderia dispor sobre a matéria, pois é da competência privativa da União legislar sobre normas gerais a respeito da organização e funcionamento dos Ministérios Públicos dos Estados (CF, art. 127, § 2º). Alega também a afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade e do devido processo legal, o que caracterizaria a inconstitucionalidade de ordem material.

A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia (fls. 41-42) sustenta que não há inconstitucionalidade formal, haja vista que o processo legislativo teria sido observado quando da elaboração da norma. Ademais, também não haveria inconstitucionalidade material, tendo em vista que a norma atenderia ao princípio da isonomia.

A Advocacia-Geral da União (fls. 70-78) manifestou-se pela procedência da ação, tendo em vista que o art. 50, II, da Lei federal 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), que traça as normas gerais sobre a remuneração dos membros do *Parquet*, não prevê o pagamento de auxílio-moradia para membros aposentados do Ministério Público. Dessa forma, afirma o advogado-geral da União que o art. 3º, § 3º, da LC 24/1989, viola o art. 127, § 2º, da Constituição da República, na medida em que regula matéria própria da

LONMP e em desacordo com as suas prescrições. Outrossim, entende haver violação ao princípio da razoabilidade, visto que o auxílio-moradia é uma vantagem que tem por finalidade a compensação pelo exercício das funções em local que não tenha residência oficial condigna, ou seja, em local adverso, não abrangendo a situação dos membros inativos.

Em informações prestadas às fls. 80-82, o governador do Estado de Rondônia admitiu a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado em razão de violação aos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade, bem como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em seu parecer às fls. 84-86, o procurador-geral da República ratificou os argumentos e o pedido da inicial.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais ministros.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A controvérsia constitucional em torno do dispositivo normativo impugnado – art. 3º, § 3º, da LC 24/1989, introduzido pela LC 281/2003, ambas do Estado de Rondônia – reside em saber se o auxílio-moradia pode ser concedido a membros inativos do Ministério Público estadual.

A LC 24/1989 dispõe sobre as remunerações dos membros do Ministério Público do Estado de Rondônia e do pessoal de seu quadro administrativo. Em seu art. 3º, § 3º, esta lei estende a concessão do auxílio-moradia aos membros do Ministério Público do Estado de Rondônia já aposentados, *verbis*:

> Art. 3º A remuneração dos membros do Ministério Público observará o escalonamento de 5% (cinco por cento) entre os diversos níveis da carreira, tendo como referência a remuneração, de caráter permanente, fixada para o Procurador de Justiça, na forma do anexo único desta Lei Complementar.
>
> (...)
>
> § 3º Fica estendida, a partir da vigência desta Lei Complementar, a vantagem prevista no artigo 117, inciso II, da Lei Complementar n. 93, de 1993, aos membros inativos do Ministério Público.

A inconstitucionalidade desse preceito normativo é patente, por dois motivos básicos.

Em primeiro lugar, parece evidente que uma lei complementar estadual não pode criar, transformar ou extinguir vantagens remuneratórias conferidas aos membros do Ministério Público por estatuto disciplinado em lei nacional.

É bem verdade, como bem ressaltou o advogado-geral da União, que, à primeira vista, a extensão de vantagens remuneratórias aos membros aposentados do Ministério Público rondoniense não incorreria em vício formal, visto que cabe ao respectivo Ministério Público estadual deflagrar o processo legislativo de lei concernente à política remuneratória e aos planos de carreira de seus

membros (CF, art. 127, § 2º). Nesse sentido, o recente julgado deste Tribunal na ADI 603, Pleno, maioria, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 6-10-2006.

Todavia, é preciso sempre ter em conta que a política remuneratória – especificamente, a concessão de vantagens remuneratórias – segue diretrizes bem definidas pela Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP). E, deixe-se ressaltado, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assentar, em vários julgados, que tal lei tem caráter nacional e, portanto, é de observância obrigatória pelos Estados-membros (ADI 2.084/SP, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 14-9-2001; ADI 2.836/RJ, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 9-12-2005).

Assim, a Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) –, ao traçar as normas gerais sobre a remuneração no âmbito do Ministério Público, não prevê o pagamento de auxílio-moradia para membros aposentados do *Parquet*. Em seu art. 50, a LONMP enumera taxativamente as vantagens concedidas aos membros do Ministério Público, da seguinte forma:

> Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:
> (...)
> II – auxílio-moradia, nas Comarcas em que não haja residência oficial condigna para o membro do Ministério Público.

Assim, a conclusão que transparece é que, como a LONMP regula de modo geral as normas referentes aos membros do Ministério Público e não estende o auxílio-moradia aos membros aposentados, o dispositivo em análise viola o art. 127, § 2º, da Carta Magna, pois regula matéria própria da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em desacordo com esta. É procedente, portanto, o argumento utilizado pelo procurador-geral da República para fundamentar seu pedido, da seguinte forma:

> A inconstitucionalidade formal aludida consiste, pois, em ter o legislador estadual estendido o auxílio-moradia a destinatários não contemplados na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Não poderia, assim, ter ampliado, no exercício da competência legislativa suplementar do Estado (art. 127, § 2º), o rol dos detentores do direito à concessão da referida vantagem, de modo a abranger os membros inativos do Ministério Público, em flagrante contrariedade à delimitação imposta pelo legislador federal. [Fl. 4.]

O segundo fundamento é de ordem material. O preceito normativo atacado está em desacordo com as exigências de isonomia, impessoalidade e moralidade que o regime constitucional define para toda atividade administrativa, em todos os Poderes e no próprio Ministério Público.

O auxílio-moradia constitui vantagem remuneratória de caráter indenizatório. Portanto, é devido apenas em virtude da prestação das atividades institucionais em local distinto, enquanto estas durarem. Como decorre da própria lógica do sistema remuneratório, o auxílio moradia visa a ressarcir os

custos e reparar os danos porventura causados pelo deslocamento do servidor público para outros locais que não o de sua residência habitual. Portanto, parece lógico que tal vantagem seja deferida apenas àqueles servidores em plena atividade, que se encontrem nessa específica situação, e apenas enquanto ela durar. Acrescente-se, ainda, que essa vantagem não se incorpora de forma perpétua aos vencimentos funcionais do servidor.

Como bem ressaltado pelo advogado-geral da União, este Tribunal, no julgamento de caso semelhante (ADI 778, rel. min. Paulo Brossard, *DJ* de 19-12-1994), deixou assentado que nem todos os benefícios concedidos aos servidores em atividade são compatíveis com a situação do aposentado, como é o caso da gratificação paga durante o exercício em locais adversos. Eis alguns trechos da ementa do julgado:

> Desta forma, a gratificação só e devida *si et in quantum* os servidores têm exercício nos locais indicados. Como a gratificação não se incorpora aos vencimentos, não pode, sob a invocação do princípio da isonomia, ser incorporada aos proventos. A extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens posteriormente criados, como prevê o § 4º do art. 40 da Constituição, é relativa aos de caráter geral, o que exclui situações particulares, como é o caso da gratificação que se destina a compensar o servidor enquanto dura o exercício de trabalho normal em locais anormais, assim considerados pela lei e pelo decreto. Nem todos os benefícios concedidos aos servidores em atividade são compatíveis com a situação do aposentado, como é o caso das férias anuais e da gratificação paga "durante o exercício" em locais adversos. Toda incorporação e extensão de vantagens deve ser feita "na forma da lei", e a lei, no caso, não previu qualquer extensão ou incorporação.

Esse entendimento foi sedimentado na Súmula 680 do STF: "O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos".

O auxílio-moradia deve beneficiar somente o membro do Ministério Público que exerça suas funções em local onde não exista residência oficial condigna. Portanto, a extensão de tal vantagem aos membros aposentados, que podem residir em qualquer lugar, visto que seu domicílio não está mais vinculado ao local onde exerça suas funções (CF, art. 129, § 2º), viola os princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e da moralidade.

O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação [Maurer, *Zur Verfassungswidrigerklärung*, W. Weber, p. 345 (354)]. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa* (*relativeVerfassungswidrigkeit*). É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada conferida pela lei (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*).

Assim, tem-se como relevante, no caso, o que a doutrina tem chamado de *razoabilidade qualitativa*, que exige que a antecedentes iguais sejam imputadas, pela lei, consequências iguais, sem que haja exceções arbitrárias. Isso significa que a lei, para ser razoável, deve tratar igualmente aos iguais em iguais

circunstâncias. Nas palavras do constitucionalista argentino Ricardo Haro, "é inegável que o ordenamento jurídico deve estabelecer lógicas e razoáveis distinções e classificações em categorias que a discricionariedade e sabedoria o inspirem, e que se baseiem em objetivas razões de diferenciação" (HARO, Ricardo. *La razonabilidad y las funciones de control*. In: *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Zavalia; 2003. p. 209).

Portanto, as exigências de razoabilidade e igualdade na lei proíbem o legislador de estender a outros suportes fáticos certas prerrogativas e vantagens que se justificam apenas em circunstâncias fáticas específicas.

Quanto ao princípio da moralidade, reafirmo, como o fiz em outras ocasiões neste Tribunal (ADI 1.231, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 28-4-2006), que ele não deve servir, isoladamente, de parâmetro de controle em abstrato da constitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador democrático. Alio-me, neste ponto, ao entendimento de Sepúlveda Pertence, já declarado em outras ocasiões neste Tribunal, de que a moralidade pura e simples não pode ser condição determinante da inconstitucionalidade de uma lei. Certamente, o Tribunal não pode se ater unicamente à fluidez do conceito de moralidade para anular atos do Poder Legislativo.

Com isso, intento apenas alertar o Tribunal para o problema da declaração de nulidade de uma norma sob o único argumento de que é imoral ou, melhor dizendo, de que afronta uma indefinida moral pública. Entendo que, neste caso, estaríamos a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislador e, consequentemente, a estabelecer uma indesejável vinculação do direito à moral, que seria muito cara à própria democracia, cuja essência está no pluralismo de valores éticos; pluralismo este declarado como "valor supremo" no preâmbulo da Carta de 1988.

Evidente, por outro lado, que o tema pode ser devidamente densificado, tendo em vista outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o princípio da não arbitrariedade da lei, e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle em abstrato de constitucionalidade, deve vir aliado a outros princípios fundamentais.

Este me parece o caso dos presentes autos, em que se observa uma clara violação aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da moralidade pública.

Ademais, deixe-se claro que este é um caso singular, em que o próprio governador do Estado de Rondônia (fls. 80-82) reconhece a manifesta inconstitucionalidade da norma impugnada. Transcrevo a manifestação do governador:

> Está claro que o auxílio-moradia possui e sempre possuiu caráter indenizatório. Assim, a extensão da concessão do referido auxílio, definida pelo § 3º do art. 3 da Lei Complementar Estadual n. 281/2003, é clara ofensa aos princípios definidos pela Lei Maior da República no *caput* do art. 37, já que uma vez paga aos membros inativos esta toma caráter remuneratório o que não condiz com a real natureza jurídica do benefício.

> Desta forma, por óbvio que o auxílio-moradia é de natureza indenizatória, não constitui acréscimo à remuneração do servidor e, ainda, não deve ser levado para os proventos de aposentadoria.
>
> Por ofender princípios estabelecidos na Constituição Federal e de obediência obrigatória à Administração Pública, especialmente os estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a norma impugnada torna-se inconstitucional e, assim sendo, lesiva ao ordenamento jurídico, merecendo, desta forma, a declaração de sua inconstitucionalidade. [Fl. 82.]

Ante o exposto, voto no sentido da procedência desta ação direta, para que se declare a inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da LC 24, de 26 de julho de 1989, introduzido pela LC 281, de 26 de junho de 2003, do Estado de Rondônia.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, não se trata, na espécie, de Ministério Público mantido pela União, como o do Distrito Federal. Há benefício que alcança os integrantes do Ministério Público do Estado de Rondônia.

O preceito implicou a extensão, aos inativos, de uma parcela – e o preceito sugere essa premissa –, que seria satisfeita de forma linear no tocante ao pessoal da ativa, não apenas àqueles que não possuam residência, ou estejam em comarca onde não haja residência oficial. E previu-se, simplesmente, que a vantagem disciplinada no art. 117, II, da LC 93 – tomou-se de empréstimo a disciplina – seria também auferida pelos inativos.

Não tenho como deixar de reconhecer que o Estado poderia dispor, criando vantagem, para o Ministério Público local, porque, quando a LC 93 dispõe sobre benefícios, não o faz de forma exaustiva, não o faz a ponto de ter-se como vedada qualquer concessão por unidade da Federação, por Estado-membro da Federação. E, se o pessoal da ativa aufere a vantagem, e sem que se tenha como móvel a inexistência da residência, embora o faz como parte da remuneração. Tudo recomenda que, cessado o vínculo de atividade, não cesse o pagamento da parcela.

Peço vênia ao relator, para manter o preceito, entendendo que o Estado atuou no campo que lhe é reservado constitucionalmente.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, só quero deixar claro – passei um pouco por cima dessa questão, mas, inclusive, disse, na linha da jurisprudência do Tribunal, citando o advogado-geral da União – que, no julgamento de caso semelhante, na ADI 778, da relatoria do ministro Paulo Brossard, se asseverou que nem todos os benefícios concedidos aos servidores em atividade são compatíveis com a situação do aposentado, como é o caso da gratificação paga durante o exercício em locais adversos. Cito, então, esse precedente e cito, para concluir, a própria Súmula 680 do STF.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, ministro, há uma razão de ser, que é a fruição das férias, e o inativo já está permanentemente de férias. Aqui, não. Aqui o servidor não deixa de morar, não deixa de ter que manter a residência. Penso que há distinção.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É que a moradia é benefício ligado ao exercício da função.

O sr. ministro Celso de Mello: Benefício outorgado em razão do desempenho do "*officium judicis*".

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): E em locais, às vezes, de dificuldade.

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, só para relembrar e reforçar o argumento que aqui foi suscitado agora, a LC 93 estabelece que:

> Art. 117. Além dos vencimentos, poderão ser outorgados, a membros do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:
> (...)
> II – auxílio-moradia, nas Comarcas em que não haja residência oficial (...).

E a LC 281, que é objeto da declaração de inconstitucionalidade, se vale exatamente dessa lei complementar para estender aos inativos esse auxílio-moradia, como se ele estivesse em exercício, exatamente, na comarca.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E ele não está na comarca. Ele não tem mais comarca.

O sr. ministro Luiz Fux: Exatamente. Não está na comarca. Foi o fundamento que eu anotei para acompanhar a declaração de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não vejo, no preceito da lei complementar, vedação a se avançar no que, para mim, é o campo social. E o Estado prevê outros direitos além desses enumerados.

Quando a lei complementar revela que poderá ser concedido o auxílio, encerra, em última análise, um dever, porque, não existindo residência oficial em comarca do interior, para a qual deslocado o promotor, evidentemente surge o direito ao auxílio-moradia. É algo semelhante ao que ocorre hoje, com a nova redação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, quanto à magistratura.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.783/RO — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Rondônia e Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação direta, contra o voto do ministro Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie e o ministro Ayres Britto.

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

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

———

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 28.399 — DF

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: União — Agravada: Marisa Daniel Pacini — Interessado: Tribunal de Contas da União

Agravo regimental. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz em escola técnica. Cômputo para aposentadoria. Legalidade. Mudança de orientação da Corte de Contas quanto aos requisitos exigidos, após a concessão da aposentadoria. Impossibilidade. Agravo regimental improvido.

I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, em casos idênticos ao que ora se analisa, pela legalidade do cômputo do tempo prestado como aluno-aprendiz para fins de aposentadoria.

II – A nova interpretação da Súmula 96 do TCU, firmada no Acórdão 2.024/2005, não pode ser aplicada à aposentadoria concedida anteriormente.

III – Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 22 de maio de 2012 — Ricardo Lewandowski, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra decisão em que concedi a ordem neste mandado de segurança, impetrado por Marisa Daniel Pacini, contra ato do Tribunal de Contas da União.

A impetrante, servidora pública civil da União, ocupante do cargo de analista em ciência e tecnologia do quadro de pessoal do Ministério da Aeronáutica, ingressou com pedido de aposentadoria voluntária por tempo de serviço, nos termos do art. 186, III, *c*, da Lei 8.112/1990.

O pleito, deferido pelo diretor do Centro Técnico Aeroespacial, foi formalizado por meio da Portaria 260, de 26-10-1998.

O Tribunal de Contas da União, todavia, considerou irregular a concessão de sua aposentadoria em 16-6-2009, por entender indevido o cômputo do tempo de serviço como aluno-aprendiz.

Inconformada com a decisão da Corte de Contas, a impetrante manejou este *mandamus*, sustentando, em suma, que preenche os requisitos para utilizar o período de trabalho como aluno-aprendiz constantes da Súmula 96/1976 do TCU, vigente à época da concessão de sua aposentadoria. Isso porque recebia remuneração *in natura*, na forma de ensino e alimentação, despesas que faziam parte inclusive do orçamento da União.

Alegou, ainda, que o TCU baseou-se, para considerar ilegal o tempo utilizado, em entendimento que firmou em 2005 a respeito dos parâmetros da certidão de tempo serviço. Ocorre que a certidão foi emitida em 1998, não sendo possível aplicar essa orientação retroativamente.

Concedi a ordem, com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se consolidou, em casos idênticos ao que ora se analisa, pela legalidade do cômputo desse tempo prestado como aluno-aprendiz.

Inconformada, a União interpõe este agravo regimental, argumentando, em síntese, que a insurgência

> não se volta contra o entendimento no sentido da legalidade do cômputo do tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz, mas apenas e tão somente em relação à prova efetiva que a impetrante produziu em relação ao tempo de serviço prestado naquela condição.

É o relatório necessário.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, entendo ser manifestamente incabível este recurso.

Como relatado, a agravante limitou-se a a argumentar, em suma, que

> não se volta contra o entendimento no sentido da legalidade do cômputo do tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz, mas apenas e tão somente em relação à prova efetiva que a impetrante produziu em relação ao tempo de serviço prestado naquela condição.

Ocorre que a impetrante juntou, a fim de comprovar o período de trabalho como aluno-aprendiz, certidão de tempo de serviço expedida pela Escola Técnica Professor Everardo Passos, em que se anotam 1.640 dias trabalhados como aluno-aprendiz, oportunidade em que recebeu, como forma de remuneração, o ensino e a alimentação (fl. 49).

Como assentado na decisão agravada, a jurisprudência deste Tribunal consolidou-se, em casos idênticos ao que ora se analisa, pela legalidade do cômputo desse tempo prestado como aluno-aprendiz, conforme se observa do julgamento do MS 27.185/DF, rel. min. Cármen Lúcia, cujo acórdão foi assim ementado:

Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Acórdão 188/2008. Determinação de retorno do impetrante à atividade para completar o tempo necessário para aposentadoria com proventos integrais, ou sua permanência, na condição de aposentado, com proventos proporcionais. Legalidade do cômputo do prazo de aluno-aprendiz em escola técnica para aposentadoria do impetrante: precedentes. Segurança concedida.

Naquela assentada, a Corte afastou os argumentos do Tribunal de Contas da União, idênticos aos apresentados nesta impetração, e concluiu que a legislação posterior (Lei 3.552/1959), que provocou a modificação da Súmula 96 do TCU, não alterou a natureza dos cursos de aprendizagem ou do conceito de aprendiz.

Afirmou, ainda, que a nova interpretação da mencionada súmula, firmada no Acórdão 2.024/2005, não poderia ser aplicada à aposentadoria concedida anteriormente.

Nesse mesmo sentido, menciono o MS 28.105/DF, rel. min. Cármen Lúcia, que possui a seguinte ementa:

Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Aposentadoria. Legalidade do cômputo do prazo de aluno-aprendiz. Mudança de orientação do Tribunal de Contas da União quanto aos requisitos exigidos, após a concessão da aposentadoria. Impossibilidade. Precedentes. Segurança concedida.

Dessa forma, não há falar em ausência de prova efetiva do serviço prestado como aluno-aprendiz. Além disso, como já ressaltado, não é possível exigir certidão de tempo de serviço nos termos da orientação posteriormente firmada pela Corte de Contas.

Por essas razões, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

MS 28.399-AgR/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: União (Advogado: Advogado-geral da União). Agravada: Marisa Daniel Pacini (Advogados: Antonio Branisso Sobrinho e outros). Interessado: Tribunal de Contas da União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 22 de maio de 2012 — Fabiane Duarte, secretária.

MANDADO DE SEGURANÇA 28.447 — DF

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Impetrante: Eduardo Augusto Lobato — Impetrados: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Deoclécia Amorelli Dias e Tribunal Reginal do Trabalho da 3ª Região

Constitucional e administrativo – Mandado de segurança – Ordenação normativa dos tribunais – Loman – Regimento interno – Eleição de presidente – Condições de elegibilidade – Cargo de vice-corregedor – Segurança denegada por maioria.

1. A condição de candidato elegível para cargo de direção de tribunal confere-lhe pretensão a ser deduzida em juízo, possuindo legitimidade para propositura do *mandamus*.

2. O objeto da impetração é apreciar os limites dos poderes normativos (ou nomogenéticos, para ser mais preciso) dos tribunais – o que se radica no papel dos regimentos internos –, é interpretar o art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, à luz do texto constitucional.

3. O espaço normativo dos regimentos internos dos tribunais é expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 96, I, *a*, CF/1988), compreensiva da "independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos".

4. A prerrogativa de elaborar o Estatuto da Magistratura, cometida ao STF pelo constituinte originário (art. 93, *caput*, CF/1988), tem função constritiva da liberdade nomogenética dos tribunais.

5. Há reserva constitucional para o domínio de lei complementar no que concerne ao processo eleitoral nos tribunais, estando a caracterização dos *loci* diretivos, para fins de elegibilidade, adstrita aos três cargos, dispostos em *numerus clausus*, no art. 99 da Loman.

6. Não se encarta no poder nomogenético dos tribunais dispor além do que prescrito no art. 102 da Loman, no que se conecta aos requisitos de elegibilidade.

7. A departição de funções, nomes jurídicos ou atribuições, nos regimentos internos dos tribunais, não pode ser excogitado como critério diferenciador razoável e susceptível de quebra da isonomia entre os postulantes de cargo diretivo.

8. Votos vencidos: possibilidade de situações específicas do Poder Judiciário local virem disciplinadas no regimento interno, com a repartição dos poderes de direção entre outros órgãos do tribunal, como expressão de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 103, Loman). É indiferente à identificação de cargo de

direção o *nomen juris* manifesto, pois realiza-se pela compreensão das atribuições regimentais dispensadas ao titular, que possui competências específicas originárias. Ausência de hierarquia entre os cargos de corregedor e vice-corregedor a evidenciar fraude à Constituição Federal.

9. Segurança denegada por maioria.

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 e nos termos do voto do relator, em denegar a ordem, restando cassada a liminar concedida, contra os votos dos ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e do presidente, ministro Cezar Peluso.

Brasília, 25 de agosto de 2011 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por *Eduardo Augusto Lobato*, desembargador corregedor do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em face de ato do colendo *Conselho Nacional de Justiça*, que julgou procedente o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 200910000036491 e declarou ser a desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, ora litisconsorte passiva, elegível para o cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, independentemente de sua homóloga haver exercido dois cargos de direção superior naquele plexo.

Narra a petição inicial do *writ* que:

a) O impetrante teve seu direito de concorrer ao cargo de presidente do TRT-3 como postulante elegível em detrimento da desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, que também se candidatou, a despeito de haver exercido dois cargos de direção no Tribunal, em clara violação do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

b) "A participação da Desembargadora Deoclécia Amorelli Dias na eleição para o cargo de Presidente do TRT da 3ª Região foi autorizada por decisão do Conselho Nacional de Justiça proferida em 13-10-2009 nos autos do Procedimento de Controle Administrativo".

c) O ato coator consistiu em acórdão do c. CNJ, assim redigido:

> *Procedimento de controle administrativo. TRT da 3ª região. Desembargadora que exerceu cargos de vice-presidente e vice-corregedora. Pretensão de ver declarada sua condição de elegibilidade para o cargo de presidente do tribunal.* Aplica-se ao presente caso a modulação de efeitos do julgado estabelecida de forma justa no PCA n. 20. Pode concorrer ao cargo de Presidente o Desembargador que

> tenha exercido cargos de direção em período anterior ao julgamento do PCA n. 20, porque foi apanhado de surpresa pela nova interpretação, ou seja, sem qualquer possibilidade de optar por apenas 2 dos 3 cargos de direção do Tribunal. Prestígio aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica. [Fl. 720.]

d) Em 15-10-2009, no primeiro escrutínio, "participaram das eleições para o cargo de Presidente apenas três Desembargadores, sendo que somente o impetrante e a Desembargadora receberam votos, e, em segunda votação, concorrendo com o impetrante, a Desembargadora Deoclécia Amorelli Dias obteve sucesso, por maioria simples de um único voto. O placar foi de 18 a 17 votos".

e) O acórdão do c. CNJ foi contrário à decisão do próprio órgão, que analisou o caso concreto do TRT-3 e fixou "entendimento acerca do universo de Desembargadores elegíveis, bem como o direito do impetrante de participar de eleições em conformidade com os ditames da Loman".

f) Em pedido de providências, instaurado por iniciativa do Ministério Público do Trabalho, o CNJ concluiu pela ilegalidade do art. 210-A do Regimento Interno do TRT-3, ocasião na qual a litisconsorte passiva foi regularmente intimada e não ofereceu oposição.

g) O TRT-3, com o voto da litisconsorte passiva, procedeu à revogação do art. 210-A de seu Regimento Interno, atendendo ao que determinou originalmente o c. CNJ.

h) Dessa forma, considerando-se o universo de desembargadores elegíveis, "era previsível que o impetrante, como Corregedor, (...) fosse eleito Presidente, desde que não participasse da eleição Magistrado em afronta ao comando legal (...)".

i) A desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, um ano após a primeira decisão colegiada do c. CNJ, após sua mudança de composição, requereu a instauração de procedimento de controle administrativo, com o objetivo de ver declarada sua elegibilidade para o cargo de presidente do TRT-3.

j) O c. CNJ, indevidamente, definiu que a regra de inelegibilidade da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não poderia ser imposta aos que ocuparam cargos de direção antes do julgamento do PAC 20/2005.

k) "A manutenção da decisão do Conselho Nacional de Justiça terá *repercussão geral* sobre todos os Tribunais do país, abrindo a possibilidade de ex-ocupantes de cargos de direção por mais de quatro anos sejam elegíveis."

Em seguida, a petição passa a descrever elementos fáticos relacionados ao conteúdo da lide deduzida em juízo:

l) A desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias* foi eleita para o cargo de vice-corregedora do e. TRT-3 em 2-5-2001 e tomou posse em 2-5-2001, findando seu exercício em dezembro de 2003, tendo ocorrido prorrogação de mandato por seis meses, para fins de adequação ao ano fiscal. O Regimento Interno do TRT-3, à época, em seu art. 6º, considerava que o cargo de vice-corregedor era de *direção do Tribunal*.

Nos termos do art. 49 do Regimento Interno, a Corregedoria do TRT-3 dividia suas atribuições em dois grupos, definindo funções idênticas para o corregedor e o vice-corregedor. Em síntese, "as funções do Corregedor e do Vice-Corregedor eram exercidas de forma *idêntica e concomitante, como aliás previa o art. 44 do Regimento Interno vigente à época*".

m) Foi aprovado, em 18-9-2002, novo Regimento Interno do TRT-3, no qual se definiu que os cargos de direção seriam o de presidente e de corregedor, sendo "cargos de substituição" os de vice-presidente e de vice-corregedor.

n) A litisconsorte passiva foi eleita, em 20-11-2003, para o cargo de vice-presidente, com mandato de 1º-1-2004 a 31-12-2005. Nesse período, aprovou-se alteração regimental, que deu nova redação ao art. 6º e incluiu o art. 210-A, nos seguintes termos:

> Art. 6º Constituem cargos de direção do Tribunal os de Presidente, de Vice-Presidente, de Corregedor e o de Vice-Corregedor.
>
> Parágrafo único. Os Juízes do Tribunal somente poderão ser eleitos para dois cargos de direção.
>
> Art. 210-A. Os efeitos do art. 6º do Regimento Interno não atingirão os Juízes que, na data da sua alteração, ocuparam ou estejam exercendo cargos de direção ou anteriormente considerados de substituição, cujos mandatos não serão computados para as vedações do art. 102 da Lei Complementar n. 35/79, que só poderão ser eleitos para mais 2 (dois) cargos ou mandatos.

Na inicial, requereu-se fosse concedida liminar para *"obstar a posse da Desembargadora Deoclécia Amorelli Dias como Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no dia 16-12-2009, bem como para reconhecer como Presidente eleito o Desembargador Eduardo Augusto Lobato para o biênio 2010/2011"* (fl. 39 – Grifado no original).

Por decisão do eminente ministro **Cezar Peluso**, foi concedida parcialmente a medida cautelar, para obstar a posse da desembargadora Deoclécia Amorelli Dias no cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tendo o impetrante assumido, provisoriamente, tal cargo, até final decisão do *mandamus*.

Tal decisão assim dispôs, em sua fundamentação:

> O caso é de deferimento parcial da liminar.
>
> No caso, o pleito realizado no dia 15 de outubro p.p., elegeu para presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região para o biênio 2010/2011, desembargadora que já exercera naquele Tribunal os cargos de Vice-Corregedora e Vice-Presidente em dois biênios (2003/2004 e 2004/2005 – fl. 476). Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça, ao autorizar, com fundamento no "PCA n. 20" (fls. 720/723), que concorresse à Presidência daquele Tribunal desembargadora em tais condições, acabou por contrariar o entendimento desta Corte, fixado no julgamento da ADI 3.566, segundo o qual as matérias atinentes à definição do universo dos desembargadores elegíveis e às condições de sua elegibilidade são tipicamente institucionais e, portanto, reservadas constitucionalmente à competência material do Estatuto da Magistratura (CF, art. 93, *caput*) – hoje, objeto da Lei Orgânica da

Magistratura Nacional –, apto a estabelecer disciplina de alcance nacional e caráter uniforme àqueles temas.

Nesse mesmo sentido substancial encontram-se, aliás, outros velhos precedentes desta Corte, também formalizados no exercício de controle concentrado de constitucionalidade: ADI 2.370-MC, rel. min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 9-3-2001; ADI 841, rel. min. *Carlos Velloso*, *DJ* de 21-10-1994; ADI 1.422, rel. min. *Ilmar Galvão*, *DJ* de 12-11-1999; ADI 1.385-MC, rel. min. *Néri da Silveira*, *DJ* de 16-2-1996; ADI 1.152-MC, rel. min. *Celso de Mello*, *DJ* de 3-2-1995. Neste último julgado, observou o ministro relator:

> O processo de escolha, a estipulação das condições de elegibilidade e a definição temporal do mandato referente aos cargos diretivos da administração superior dos tribunais – presidente, vice-presidente e corregedor – configuram matérias que se subsumem ao âmbito de incidência da lei complementar, pois traduzem categorias temáticas que se revelam sujeitas, nos termos do que prescreve a própria Constituição, ao domínio normativo do Estatuto da Magistratura.
>
> (...)
>
> Esses aspectos concernentes ao procedimento de escolha e às exigências de elegibilidade, devendo submeter-se a específicos critérios de valoração política fixados pelo próprio legislador, só podem ser disciplinados em sede formalmente legislativa, não parecendo revelar-se lícito, por via de consequência, o tratamento regimental autônomo do tema, sob pena de frontal desrespeito ao comando constitucional que, inscrito no art. 93, *caput*, da Constituição, reservou a veiculação da matéria à lei complementar.

Vê-se, pois, que tais matérias, relativas à eleição do corpo dirigente dos tribunais, tem, no ordenamento em vigor, sede normativa na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. E, de acordo com seu art. 102, "Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade". Na interpretação deste texto legal, é clara, firme e incisiva a jurisprudência do Supremo:

> Se os cargos de direção da Corte estadual são três: presidente, vice-presidente e corregedor-geral da Justiça, o Tribunal deve eleger os respectivos titulares, dentre seus três desembargadores mais antigos, observada a segunda parte do aludido dispositivo, qual seja, quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. De acordo com a parte final do art. 102, da Loman, é obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição. Não são elegíveis, para presidente, vice-presidente ou corregedor-geral da Justiça, desembargadores, não situados entre os três mais antigos da Corte, que ainda não exerceram a Presidência. Hipótese em que os eleitos, para vice-presidente e corregedor-geral da Justiça, não se encontravam nessa situação. Violação ao art. 102 da Loman. (RE 105.082, rel. min. *Néri da Silveira*, in *RTJ* 124/304. Grifos nossos. Nesse exato sentido, confiram-se ainda: RE 101.354, rel. min. *Néri da Silveira*, *DJ* de 1º-6-1984; ADI 1.385-MC, rel. min. *Néri da Silveira*, *DJ* de 16-2-1996).

Ora, a desembargadora eleita para o cargo de Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região estava impedida de concorrer, por força do art. 102 da LC 35, de 1979, de modo que sua eleição afrontou a autoridade do entendimento da Corte, reafirmado na ADI 3.566. Em seu lugar, deveria, portanto, ter sido eleito

o corregedor do TRT da 3ª Região, o ora impetrante, segundo mais votado para o posto e único membro do grupo restrito dos magistrados elegíveis (fl. 81).

3. Do exposto, defiro a medida liminar, somente para suspender a posse da desembargadora Deoclécia Amorelli Dias no cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cujas funções devem passar a ser desempenhadas provisoriamente pelo desembargador Eduardo Augusto Lobato, até o julgamento final deste mandado de segurança. [Fls. 753 a 755.]

Depois de prestadas as informações (fls. 771 a 782), o desembargador Antonio Fernando Guimarães postulou seu ingresso no feito, como litisconsorte, narrando, ainda, que:

a) O impetrante não seria elegível para cargos de direção do Tribunal Regional do Trabalho nas eleições impugnadas, pois não figura entre os mais antigos da Corte trabalhista.

b) Foi desrespeitada a norma da Loman relativa à ocupação de cargos diretivos dos Tribunais.

c) É necessária a sustação da posse do impetrante no cargo de presidente do Tribunal, assumindo interinamente tais funções o vice-presidente então eleito ou o decano da Corte (fls. 784 a 802).

Em decisão de fl. 830, o ministro **Cezar Peluso** determinou a imediata suspensão da anunciada posse, porém manteve o impetrante como presidente interino da Corte.

Na sequência, o impetrante impugnou o pedido de ingresso de litisconsorte (fls. 853 a 861) e a litisconsorte passiva manifestou-se nos autos, arguindo a ilegitimidade ativa do impetrante para o ajuizamento deste *mandamus*, por não integrar o quadro dos elegíveis, defendendo a decisão do CNJ, atacada por meio desta impetração, e postulando a revogação da liminar concedida (fls. 911 a 927).

O parecer da douta Procuradoria-Geral da República foi pela concessão da ordem (fls. 958 a 969).

Nos termos da decisão de fls. 971/972, o ministro **Gilmar Mendes** postulou a redistribuição do processo a outro relator, o que foi deferido pela decisão de fl. 975.

Designado como relator, o ministro **Celso de Mello**, por razões de foro íntimo, declinou da relatoria do feito, a qual, por derradeiro, foi a mim atribuída.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator):

1. O objeto da controvérsia

O mandado de segurança tem por objeto o problema da ocupação sucessiva de cargos diretivos em tribunais, o que já foi objeto de exame na Corte em ocasiões anteriores.

Trata-se, por conseguinte, de se apreciarem **os limites dos poderes normativos (ou normogenéticos, para ser mais preciso) dos tribunais** – o que se radica no papel dos regimentos internos –, de se **interpretar o art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional**, à luz do texto constitucional.

2. A situação fático-jurídica do impetrante: a moldura da impetração

Como descrito detalhadamente no relatório, o impetrante concorreu ao cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e foi derrotado pela desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, apesar de sua oponente estar, segundo ele, em situação contrária aos ditames do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

A participação da desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias* foi amparada por acórdão do CNJ.

Qual a situação jurídica da referida magistrada?

Ela foi eleita para o cargo de vice-corregedora do e. TRT-3 em 2-5-2001 e tomou posse em 2-5-2001, findando seu exercício em dezembro de 2003, tendo ocorrido prorrogação de mandato por seis meses, para fins de adequação ao ano fiscal. O Regimento Interno do TRT-3, à época, em seu art. 6º, **considerava o cargo de vice-corregedor como de direção do Tribunal**.

Há, nesse sentido, uma peculiaridade de alguns dos tribunais trabalhistas, que possuem, por exemplo, um vice-presidente administrativo e um vice-presidente com funções jurisdicionais. O TRT-3 apresentava em sua estrutura regimental um corregedor e um vice-corregedor, com funções idênticas.

Posteriormente, em 18-9-2002, o novo Regimento Interno do TRT-3 foi aprovado e redefiniu os cargos de direção. Seriam esses apenas o de presidente e de corregedor. Criaram-se, ainda, os chamados "cargos de substituição" de vice-presidente e de vice-corregedor.

Em 20-11-2003, a desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, aqui litisconsorte, elegeu-se para o cargo de **vice-presidente**, com mandato de 1º-1-2004 a 31-12-2005.

No curso de seu mandato, aprovou-se emenda regimental que definiu como cargos de direção do TRT-3 os de presidente, vice-presidente, corregedor e vice-corregedor. Note-se aqui a mudança redacional que **ampliou para quatro o número de cargos diretivos do Tribunal.**

Deu-se, porém, a inserção de uma ressalva no art. 210-A:

> Art. 210-A. Os efeitos do art. 6º do Regimento Interno não atingirão os Juízes que, na data da sua alteração, ocuparam ou estejam exercendo cargos de direção ou anteriormente considerados de substituição, cujos mandatos não serão computados para as vedações do art. 102 da Lei Complementar n. 35/79, que só poderão ser eleitos para mais 02 (dois) cargos ou mandatos.

É precisamente essa moldura da impetração. Cumpre agora fazer o exame subsuntivo em face do ordenamento jurídico, o que se fará após o exame de duas questões prejudiciais: a legitimidade ativa do impetrante e o ingresso do litisconsorte passivo.

3. Legitimidade ativa do impetrante

Quanto à legitimidade ativa do imperante, permito-me fazer remissão ao que já asseverei, quando da apreciação de medida cautelar, em processo similar, no qual se debatia o problema da legalidade da eleição do atual presidente do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do MS 30.389/DF, conforme *DJE* de 2-3-2011:

> Recorde-se que a matéria atinente à interpretação do art. 102 da Loman, já foi trazida ao conhecimento do STF em sede de reclamação constitucional, pela candidata ao cargo de presidente de tribunal federal, o que demonstra a aderência do interesse de impugnar o pleito à condição subjetiva do postulante. [Rcl 8.025, rel. min. **Eros Grau**, Tribunal Pleno, *DJE* 145 de 6-8-2010.]

É incontestável que o autor possui legitimidade ativa. Sua condição de candidato elegível para o cargo de presidente do TRT confere-lhe a pretensão a ser deduzida em juízo e abre as portas desta Corte para a apreciação de seu alegado direito.

Nessa conformidade, verifica-se que o impetrante teve deferido seu pedido de inscrição para concorrer ao cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e efetivamente disputou a eleição que ocorreu naquela Corte, fato necessário e suficiente para admitir seu interesse e sua legitimidade para a propositura deste *mandamus,* ressaltando-se que sua candidatura não foi objeto de específica e oportuna impugnação, de nenhuma espécie.

Nesse ponto, homenageio o pensamento de **Enrico Tullio Liebman** (O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, p. 216-226, out. 1945), grande codificador do processo civil brasileiro do Século XX, quando ele afirma que há interesse de agir "quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa".

E prossegue o jurista italiano:

> É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar essa resistência. Por isso, brota diretamente do conflito de interesses surto entre as partes, quando uma delas procura vencer a resistência encontrada, apresentando ao Juiz um pedido adequado. A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao Juiz uma providência capaz de o resolver. Se não existe o conflito, ou se o pedido do autor não é

adequado para resolvê-lo, o Juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo.

É notória a existência do conflito de interesses e a necessidade de recurso ao Poder Judiciário para compô-lo ou solvê-lo.

4. Ingresso do litisconsorte

Rejeito o ingresso do desembargador *Antonio Fernando Guimarães* na qualidade de litisconsorte, não tendo havido indicação de em qual polo da demanda pretenderia atuar.

Assim o entendo porque o simples fato de ele haver também concorrido ao cargo de presidente da Corte, na referida eleição, não autoriza o acolhimento de tal pedido. Some-se a isso a circunstância de que ele não obteve um único voto naquele escrutínio.

5. O âmbito de liberdade nomogenética dos tribunais na definição de sua economia interna e a interpretação da Loman

Quanto ao mérito da impetração, reitero que a matéria aqui deduzida efetivamente não é nova no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, em cuja jurisprudência há diversas manifestações sobre o tema.

Uma vez mais, permito-me transcrever parte do que constou de despacho por mim proferido quando da apreciação da medida cautelar nos autos do MS 30.389/DF:

> A regra da Loman, art. 102, é muito explícita ao predicar que o exercício de quatro anos de cargos de direção superior é o máximo a que se pode almejar, **salvo a exceção de não haver outros aptos a esse fim ou se existir antecipada recusa** (...)
>
> Não é outra a orientação da Corte, especialmente após o julgamento da Rcl 8.025, rel. min. Eros Grau, cuja ementa é abaixo reproduzida:
>
> > *Reclamação. Impugnação. Ato do Tribunal Regional Federal da 3ª região. Eleição para o cargo de presidente. Alegação de nulidade decorrente da não observância do universo dos elegíveis. Alegação de descumprimento da decisão da ADI 3.566. Fraude à lei. Fraude à Constituição. Normas definidoras do universo de magistrados elegivéis para os órgãos diretivos dos tribunais. Necessidade de renovação dos quadros administrativos dos tribunais. Determinação contida na segunda parte do art. 102 da Loman. Condição de elegibilidade e causa de inegibilidade. Reclamação julgada procedente.* 1. Impugnação de ato do Tribunal Regional Federal da 3ª Região concernente à eleição para o cargo de presidente daquele Tribunal. 2. Discussão a propósito da possibilidade de desembargador que anteriormente ocupou cargo diretivo por dois biênios no TRF da 3ª Região ser eleito presidente. 3. Afronta à decisão proferida na ADI 3.566 – recepção e vigência do art. 102 da Lei Complementar federal 35 – Loman. 4. Desembargador que exerceu cargo de corregedor-geral no biênio 2003-2005 e eleito vice-presidente para o biênio 2005-2007. Situação de inelegibilidade decorrente da vedação do

art. 102 da Loman, segunda parte. 5. A incidência do preceito da Loman resulta frustrada. A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, frustração da Constituição. Consubstanciada a autêntica *fraus legis*. 6. A fraude é consumada mediante renúncia, de modo a ilidir-se a incidência do preceito. 7. A renovação dos quadros administrativos de tribunais, mediante a inelegibilidade decorrente do exercício, por quatro anos, de cargo de direção, há de ser acatada. 8. À hipótese aplica-se a proibição prevista na segunda parte do art. 102 da Loman. 9. O art. 102 da Loman traça o universo de magistrados elegíveis para esses cargos, fixando condição de elegibilidade (critério de antiguidade) e causa de inelegibilidade (quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de presidente). O universo de elegíveis é delimitado pela presença da condição de elegibilidade e, concomitantemente, pela ausência da causa de inelegibilidade. Normas regimentais de tribunais que, de alguma forma, alterem esses critérios violam o comando veiculado pelo art. 102 da Loman. Pedido julgado procedente. [Rcl 8.025, rel. min. *Eros Grau*, Tribunal Pleno, julgado em 9-12-2009, *DJE* 145, de 6-8-2010.]

O cerne da decisão, no que se refere ao caso dos autos, está na seguinte passagem do voto do relator:

> A necessidade de renovação dos quadros administrativos de tribunais por meio do reconhecimento da inelegibilidade decorrente do exercício, por quatro anos, de cargo de direção, cumpre seja acatada. No caso, embora o cargo de direção não tenha sido exercido por quatro anos, vez que a renúncia deu-se cinco dias antes do término do mandato de vice-presidente, o bem jurídico tutelado pela lei seria afrontado.

E, quanto ao argumento da boa-fé, no mesmo julgamento, assim se pronunciou o ministro Cezar Peluso:

> Noutras palavras, a decisão do Conselho Nacional de Justiça mandou aplicar ao Tribunal da 3ª Região uma norma costumeira. Se norma regimental ofende à Constituição, segundo o que foi declarado na ação direta de inconstitucionalidade, *ipso jure* uma norma costumeira, *a fortiori* ofende a Constituição.
>
> E foi o que se deu no caso. Houve apenas a observância de um costume do tribunal e, com base nesse costume, o Conselho teria reconhecido suposto direito adquirido dos magistrados que estavam de boa-fé. Evidentemente todos estavam de boa-fé; não questiono a boa-fé dos eminentes juízes do Tribunal da 3ª Região. O fato, porém, é que a eleição para cargo de direção, sem observância do art. 102 da Loman, cuja constitucionalidade foi, a contrário, reconhecida na ação direta de inconstitucionalidade, ofende, a meu ver, com o devido respeito, a autoridade da decisão da Corte e proferida na mesma ação direta de inconstitucionalidade. Até porque não se pode reconhecer nenhuma força normativa a uma tradição que só por eufemismo se pode dizer que seria norma costumeira.
>
> (...)

O art. 102 da Loman tem a mesma redação desde 14-3-1979. Não houve mudança legislativa. A interpretação do STF conferida ao art. 102 da Loman afastou a ação derrogatória de normas regimentais em face dessa norma. E, posteriormente, na Rcl 8.025/SP, o Pretório Excelso definiu que:

a) Eventual renúncia ao exercício de cargo de direção, antes do término do mandato, não invalida a noção de que se implementou condição de inelegibilidade, caso se somem quatro anos em tais circunstâncias.

b) Os acordos, o costume e a praxe reiterada dos Tribunais não se podem sobrepor ao conteúdo do art. 102 da Loman.

Não concluiu o STF, porém, que se não houver candidato elegível ou se todos declararem que não pretendem participar da disputa, por meio de renúncia prévia e antecipada, a norma impedirá *ipso iure* a candidatura de quem já exerceu dois biênios de mandato como dirigente de tribunal. Assim sendo, a exceção do art. 102 da Loman, continua – como sempre esteve – em pleno vigor.

Rigorosamente, temos de resolver o primeiro problema, que se conecta ao espaço normativo dos regimentos internos dos tribunais. Dito de outro modo, qual o âmbito de criação normativa, a nomogênese, e qual seu alcance, os limites desse poder?

O exame do art. 96, I, *a*, da CF/1988, revela a competência privativa dos tribunais para "elaborar seus regimentos internos".

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Saraiva, 1968, t. III, p. 559), com seu peculiar estilo, afirma que "é de tradição venerável e sempre justa que o tribunal vote o seu regimento interno. É um dos elementos da sua independência, porque, se assim não acontecesse, poderiam os legisladores, com a aparência de reorganizar a Justiça, alterar a ordem dos julgamentos e atingir a vida interna dos tribunais". Como salienta o ilustre jusprivatista, que tanto contribuiu para o direito constitucional brasileiro, é da própria natureza dos *regimentos internos* não haver um conceito rígido, de modo a que seja possível dissolver dúvidas que surgem em sua aplicação, o que resulta da "sábia orientação" portuguesa, que neles guardou "estilos antigos".

O que nos interessa é, em relação aos regimentos internos, sua normatividade, no âmbito da economia interna, no que se refere ao aspecto "institucional-administrativo", como denomina **José Levi Mello do Amaral Júnior** (arts. 93, X, ao 99. In. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BILAC PINTO FILHO, Francisco. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1210). E, em relação a esse ponto, afirma o autor citado que "os regimentos internos disciplinam quais e quantos são os órgãos diretivos das cortes: presidência, uma ou mais vice-presidências, corregedoria, direção da escola judiciária e de revista de jurisprudência, órgão especial, órgãos fracionários, órgãos administrativos auxiliares etc.".

José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 589) qualifica a prerrogativa do art. 96, I, *a*, da CF/1988, como expressão da **garantia de autonomia orgânico-administrativa**, compreensiva da "independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos".

Se é certo que os tribunais possuem autonomia para dispor sobre sua economia interna, o art. 93, *caput*, da CF/1988, que comete ao STF a prerrogativa de elaborar o Estatuto da Magistratura, a vigente Lei Complementar 35, de 14-3-1979, tem uma função constritiva dessa liberdade nomogenética dos tribunais.

Em artigo intitulado Estatuto da Magistratura, publicado na *Revista de Processo 57/126*, o ministro **Sidney Sanches**, a esse propósito, anotou que:

> 4. O simples enunciado dos títulos e capítulos permite constatar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não tratou apenas de direitos e deveres dos magistrados, pois cuidou, também, da organização e funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário. Vale dizer, preocupou-se não apenas com os membros do Poder Judiciário, mas também com a própria organização e funcionamento da instituição, como determinara o parágrafo único do art. 112 da CF de 1967/1969, introduzido pela EC 7/1977.

Sobre o problema da compatibilidade entre o Estatuto da Magistratura e o poder de elaboração dos regimentos internos dos tribunais, aduziu o ministro **Sydney Sanches**:

> Esse entendimento permitirá que o Estatuto, além de regular direitos e deveres dos magistrados, cuide também da organização do Poder Judiciário nacional, no campo das normas gerais, ensejando-lhe uma certa uniformidade, em sua expressão global, o que não prejudicará o atendimento das peculiaridades setoriais, regionais, ou locais, que devem ser respeitadas, enquanto não se mostrem incompatíveis com a Constituição Federal e com o Estatuto nacional.
>
> (...)
>
> Devo acrescentar: não me parece aceitável que o Constituinte de 1988, ao se referir, no art. 93, logo em seguida ao elenco dos órgãos do Poder Judiciário (art. 92), ao Estatuto da Magistratura, quisesse aludir apenas ao regulamento dos direitos e deveres dos membros de uma corporação (a magistratura) e não ao que seria principal – a organização e o funcionamento do Poder Judiciário nacional, a que eles servem.

De certa forma, na passagem transcrita, indicou-se um critério para a solução desse problema: o estatuto giza os contornos dos limites materiais de atuação normativa local, os quais possuem validade até que se detectem extrapolações e contradições aos termos da Loman.

Transposta a questão para o plano jurisprudencial, creio que tem sido essa a orientação da Corte sobre o tema.

No caso específico, o debate é sobre a eleição de membros de órgãos diretivos dos tribunais. O art. 102 da Loman é textual quando predica que:

> Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.
>
> Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.

É, por conseguinte, limitada a participação nos processos eleitorais aos juízes que não exerceram "**quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de presidente**".

O que seriam esses cargos de direção? A Loman os indica em seu art. 99, ao menos em relação aos tribunais de Justiça, o que se estende aos tribunais regionais federais e aos tribunais regionais do trabalho, por equiparação superveniente:

> Art. 99. Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16 o Presidente, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os Desembargadores de maior antiguidade no cargo, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.
>
> § 1º Na composição do órgão especial observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as Câmaras, Turmas ou Seções especializadas.
>
> § 2º Os Desembargadores não integrantes do órgão especial, observada a ordem decrescente de antiguidade, poderão ser convocados pelo Presidente para substituir os que o componham, nos casos de afastamento ou impedimento.

A jurisprudência do STF, que não é rara nesse tema, oferece alguns balizamentos para **confirmar a adstrição a esses três cargos como espécie *numerus clausus* para caracterização dos *loci* diretivos.**

Primeiramente, fixe-se que a Corte **deixou evidente a existência de reserva constitucional para o domínio da lei complementar no que concerne ao processo eleitoral nos tribunais.** De modo elegante, assim predicou o ministro **Celso de Mello:**

> O processo de escolha para os cargos de direção superior nos tribunais judiciários e a definição das condições de elegibilidade pertinentes aos seus membros vitalícios e, onde houver órgão especial, aos magistrados togados que o integram e constituem matérias que, por dizerem respeito à organização e ao funcionamento do poder judiciário, acham-se sujeitas, por efeito de reserva constitucional, ao domínio normativo de lei complementar. [STF. ADI 1.152-MC/RJ, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 3-2-1995, p. 1022.]

A tanto, é necessário reconhecer que "os Regimentos Internos dos Tribunais podem explicitar os meios para a sua realização, desde que obedecidos os limites e parâmetros estabelecidos na lei. Neles é vedada, contudo, a inclusão de instruções sobre o processo eleitoral interno que ultrapassem as regras básicas da lei complementar" (ADI 1.503, rel. min. **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, julgado em 29-3-2001, *DJ* de 18-5-2001).

Na ADI 1.422, há uma menção ao que seriam esses cargos diretivos, a qual, ainda que *ad latere*, serve como elemento informador desse conceito. Transcrevo o excerto que é útil à formação de um juízo sobre o tema:

> Os dois dispositivos impugnados (§§ 1º e 2º do art. 18 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro), introduzidos pela Lei 2.432, de 6-9-1995, ao afrontarem o Estatuto da Magistratura, também ofenderam o art. 93 da Constituição: primeiramente, por haverem regulado matéria reservada à lei complementar federal; e, em segundo lugar, por haverem regulado a matéria de

forma diametralmente oposta ao estabelecido na Loman, ao permitirem a reeleição do presidente, dos vice-presidentes e do corregedor-geral da Justiça, e ao franquear a eleição, indistintamente, aos membros efetivos do Órgão Especial. [ADI 1.422, rel. min. **Ilmar Galvão**, Tribunal Pleno, julgado em 9-9-1999, *DJ* de 12-11-1999.]

É idêntica a interpretação que se pode extrair da passagem citada do voto do ministro **Celso de Mello** na ADI 1.152-MC/RJ, quando se alude a "processo de escolha, a estipulação das condições de exigibilidade e a definição temporal do mandato referente aos cargos diretivos da administração superior dos tribunais – presidente, vice-presidente e corregedor – configuram matérias que se subsumem ao âmbito de incidência da lei complementar (...)". Ali se indicaram os três cargos diretivos – presidente, vice-presidente e corregedor. De semelhante forma, verifica-se essa restrição triádica em julgamentos mais recentes, cujas ementas estão abaixo reproduzidas:

Magistratura. Tribunal. Membros dos órgãos diretivos. **Presidente, vice-presidente e corregedor-geral. Eleição. Universo dos magistrados elegíveis**. Previsão regimental de elegibilidade de todos os membros da Corte. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.566. Jurisprudência assente a respeito da incidência do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Elegibilidade restrita aos juízes mais antigos em número correspondente aos três cargos de direção. Pleito realizado em desacordo com tais decisões. Eleição de magistrado não elegível para o cargo de corregedor-geral de tribunal. Inadmissibilidade. Afronta patente à autoridade da decisão do Supremo. Liminar concedida em reclamação. Aparenta ofender a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.566, a eleição de membro não elegível de tribunal para o cargo de corregedor-geral da Justiça. [Rcl 5.158-MC/SP, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJE* de 24-8-2007.]

Magistratura. Tribunal. Membros dos órgãos diretivos. **Presidente, vice-presidente e corregedor-geral. Eleição. Universo dos magistrados elegíveis**. Previsão regimental de elegibilidade de todos os integrantes do Órgão Especial. Inadmissibilidade. Temática institucional. Matéria de competência legislativa reservada à Lei Orgânica da Magistratura e ao Estatuto da Magistratura. Ofensa ao art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal. Recepção e vigência do art. 102 da Lei Complementar federal 35, de 14 de março de 1979 – Loman. Ação direta de inconstitucionalidade julgada, por unanimidade, prejudicada quanto ao § 1º, e, improcedente quanto ao *caput*, ambos do art. 4º da Lei 7-727-1989. Ação julgada procedente, contra o voto do relator sorteado, quanto ao art. 3º, *caput*, e art. 11, I, *a*, do regimento interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São inconstitucionais as normas de Regimento Interno de tribunal que disponham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção. [ADI 3.566/DF, rel. p/ o ac. min. **Cezar Peluso**, *DJE* de 15-6-2007.]

A departição de funções, nomes jurídicos ou atribuições, como se dá com muita frequência nos regimentos internos dos tribunais do trabalho, não pode ter o efeito de macular o alcance do art. 99 da Loman. Assim como assim, os tribunais podem criar vice-corregedores, plúrimos vice-presidentes, ou mesmo

dar nomes mais exóticos. Todas essas manifestações nomogenéticas, contudo, seriam indiferentes para os efeitos do que se entende, na Loman, por **cargo diretivo** (art. 99) **para fins de elegibilidade** (art. 102).

Se não for assim, ter-se-ia de considerar como cargo diretivo para fins de controle de elegibilidade a presidência de câmaras, turmas ou órgãos fracionários, a direção de revistas, escolas superiores e de outros plexos administrativos dos tribunais.

É notório que essa interpretação timbra-se pela falta de razoabilidade. A pensar assim, dever-se-ia recordar o célebre exemplo de **Luís Recasens Siches**, que comentava sobre um aviso em uma certa gare com os dizeres "é proibida a entrada de cães". Então, chegava um homem com um urso e insistia em entrar no comboio estacionado porque a proibição se referia a cães, e não a ursos. Se todos esses cargos forem diretivos para efeitos eleitorais, rigorosamente nenhum deles o será.

É, ainda, de ser desprezada a tese de que a relevância não é do *nomen iuris,* e sim da divisão material de atribuições administrativas. Ressalto esse aspecto, por ser de extrema importância: sob essa óptica, o fato de existirem dois corregedores (um corregedor ou um vice-corregedor), com funções idênticas, mas com exercício diferenciado por critérios geográficos (correição para juízes da capital e outra para juízes do interior, *verbi gratia*) ou técnicos (vice-presidência para assuntos administrativos e outra para assuntos judiciais). Trata-se de técnica normativa discutível, até porque, eventualmente, se poderia entender que se quebrou a simetria terminológica com a Loman. A despeito desse problema, que não é posto em causa nesse momento, seria resolúvel a matéria pelo simples apelo à unicidade dos cargos.

Dito de outro modo, apenas o **corregedor** que seria atingido pelas limitações de elegibilidade. O vice-corregedor, ou qualquer nome que se lhe atribua, não restaria alcançado pelas regras dos arts. 99 e 102 da Loman.

E parece ser esse o caso dos autos.

Qualquer *nomen iuris*, ainda que materialmente haja divisão de funções, alheio à nomenclatura formal da Loman não será alcançado por essas restrições.

Esse critério é ditado pela natureza da coisa (*Natur der Sache*)*, fator de correção externo ao direito*, utilizado em muitas decisões da Corte Constitucional alemã entre os anos cinquenta e oitenta do século passado. Essa construção pretoriana foi largamente usada nos casos que envolviam o princípio da isonomia. Quando se violava esse padrão de igualdade, para fins de paridade de situações jurídicas, e isso era feito sem fundamento razoável (*vernünftig*), advindo da natureza da coisa ou ao menos por critério objetivo e de caráter evidente (*sachlich einleuchtend*), ter-se-ia de reconhecer o efeito arbitrário ou abusivo desse ato.

Assim sendo, pode-se falar em uma **fórmula de Leibholz** como limite à atuação da Corte Constitucional. E, na espécie, o arbítrio da distinção é que se conteria pela invocação da natureza da coisa. Daí ser a diferenciação entre cargos diretivos **precisamente baseada nesse critério e, por assim, preservadora da**

noção de isonomia. Como já definiu o Tribunal Constitucional da Alemanha, a proposição jurídica (também traduzível por mandamento ou princípio) da igualdade é violada quando não há um fundamento razoável ou que se possa encontrar na natureza da coisa, bem assim quando não seja possível encontrar outra razão factualmente sustentável para justificar a diferenciação ou a igualdade jurídica, e, finalmente, se o critério diferenciador possa ser tido como arbitrário (*Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß. BVerfGE* 1, 14 [52]).

Não há como se excogitar como critério diferenciador razoável e susceptível de quebra da isonomia entre os postulantes ao cargo de presidente do TRT-3 o mero exercício de cargo que não se insira nos limites objetivos do art. 99 da Loman.

Não se encarta no poder nomogenético dos tribunais e em seus limites dispor além do que o previsto no art. 102 da Loman, no que se conecta aos requisitos de elegibilidade, conforme pacífica jurisprudência do STF.

Aquilo que o regimento interno do TRT-3, em suas diferentes redações, haja disposto para restringir e diferenciar as condições de elegibilidade para os cargos diretivos, tomando-se por base cargos outros que não os indicados no art. 99 da Loman, é írrito e não eficaz, em face dos ditames dessa lei orgânica.

Por essa razão (e não pelos motivos que o CNJ aduziu para tanto), não poderia a litisconsorte ter sido considerada inelegível para o cargo que pretendeu disputar, no tribunal em que tem assento, no mês de dezembro de 2009.

É de rigor, portanto, reconhecer-se sua perfeita elegibilidade para o cargo de presidente do tribunal.

Ante o exposto, ausente o direito líquido e certo a amparar a pretensão deduzida pelo impetrante, denego a segurança, ficando cassada a liminar.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes que assumiram à tribuna, estou votando, exatamente, no sentido de manter a liminar de Vossa Excelência, porque, à época em que a desembargadora exerceu essas atividades, o Regimento do Tribunal considerava estes cargos de direção – presidente, vice-presidente, corregedor e vice-corregedor. Por isso é que essa alteração do Regimento Interno se deu em contravenção do art. 102 da Lei Complementar 35/1979, que dispõe o seguinte:

> Os tribunais, pela maioria de seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a

> reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.

A regra do dispositivo legal, a meu ver, não deixa qualquer dúvida, inclusive, quando da liminar deferida pelo ministro presidente, para que o impetrante assumisse as funções de presidente, mas não tomasse posse. Sua Excelência o ministro Peluso, inclusive, entendeu que a decisão de permitir que a desembargadora, pelo CNJ, pudesse exercer a presidência, afrontava a decisão deste Plenário na ADI 3.566, que exatamente se refere a esta impossibilidade de exercício dos cargos de direção.

Aqui o ministro Toffoli, por gentileza, deixou inequívoco que a referida litisconsorte, desembargadora Deoclécia, exerceu o cargo de vice-corregedora do TRT de 2002 a 2003, depois esse cargo foi extinto, mas ela exerceu esse cargo, e foi vice-presidente do TRT de 2004 a 2005. Então, entendo que, com base nessa letra expressa do art. 102 da Loman, não exsurgiu para ela esse fundamento, no qual se baseou também o CNJ, da confiança legítima, porque não houve nenhum ato estatal capaz de legitimar a manutenção de uma suposta expectativa legítima da desembargadora, que já exercera dois mandatos de direção.

Diante, então, da ausência da base da confiança, no meu modo de ver, não é possível manter a ilegibilidade da desembargadora, com ofensa ao art. 102 da Loman, com o alicerce da boa-fé objetiva e a segurança jurídica. No meu modo de ver, *data maxima venia*, decidiu equivocadamente o CNJ.

Sob outro enfoque, eu anoto aqui, senhor presidente, que considerar uma desembargadora, que não poderia se eleger a cargo de direção de tribunal como elegível, é algo que ofende ao princípio da segurança jurídica na sua dimensão objetiva, aspecto que demanda previsibilidade e certeza das regras do ordenamento jurídico, como é certa esta regra do art. 102 da Loman.

O art. 210, *a* – aqui, há um aspecto interessante –, do Regimento Interno do TRT da 3ª Região, dispositivo legal que permitia que magistrado do referido Tribunal exercesse, na prática, mais de quatro anos de mandato, em ofensa à Loman, não pode ser considerado uma base de confiança, porque a regra da Lei Orgânica da Magistratura é deveras conhecida e a regra do Regimento Interno, que a ofende, não pode servir de supedâneo para invocar-se o princípio da segurança jurídica.

Há dados práticos, inclusive, interessantes. Assim é que o CNJ já havia decidido o Pedido de Providência 2008.00001265, da relatoria do Conselheiro Mairan Gonçalves Maia Júnior, que o art. 210, *a*, do Regimento Interno do TRT da 3ª Região, que era aquele que não considerava esse cargo como de direção, afrontava a Loman. O CNJ chegou a determinar que o TRT adequasse o seu regimento à própria Lei Orgânica da Magistratura. Em razão disso, o TRT da 3ª Região revogou o art. 210, *a*, do Regimento Interno.

Considerando que o impetrante e a desembargadora Deoclécia participaram do segundo escrutínio – e isso é importante para talvez esclarecer as preliminares –, em primeiro lugar, só os dois participaram do segundo escrutínio, os outros não se interessaram. Por essa razão é que não procede, evidentemente, o pedido do terceiro interessado, na qualidade de suposto litisconsorte passivo.

Também concordo com o ministro Toffoli em relação à ilegitimidade, porque abstratamente, se a parte pretende exercer o direito, pelo que está narrado na petição, ela tem legitimidade. Se ela não tem direito, isso é uma questão de mérito, não é uma questão de legitimidade.

Por fim, o CNJ reconheceu no PCA 20/2005, já em março de 2006, que o cargo de corregedor do TRT da 3ª Região deveria ser considerado como cargo de direção, e, nesse sentido, nós temos vários precedentes, precedente citado por Vossa Excelência para deferir a liminar, que foi deferida em 2009, para o exercício das funções até o final de 2011. Por isso é que o impetrante está no exercício da função, muito embora o ministro presidente não tenha dado direito a tomar posse formalmente.

Aqui há um julgado do nosso Tribunal, independentemente da ADI 3.566, que embasou a liminar de Sua Excelência o ministro presidente Cezar Peluso, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, recente, julgamento de 1º de julho de 2010. Neste aresto, Sua Excelência o ministro Ricardo Lewandowski assenta que o art. 102 da Loman, ao se referir à inelegibilidade daqueles que exerceram o cargo de direção por quatro anos, deve ser entendido como por dois mandatos – inciso I da ementa de Vossa Excelência –, assim o exercício de dois mandatos em cargo de direção – que é o caso – no Tribunal, torna o desembargador inelegível, salvo se não houver outros desembargadores elegíveis ou que aceitem o cargo.

Por essas razões, senhor presidente – o ministro Toffoli foi exaustivo não só no relatório como também na abordagem da matéria técnica –, peço vênia a Sua Excelência para propor a votação no sentido da manutenção da liminar, que foi deferida e determinou que o impetrante exercesse provisoriamente a função de presidente do TRT da 3ª Região, exercício que perdura até então e termina no final do presente ano. E, por fim, para tornar definitiva a liminar de Vossa Excelência, pela concessão da segurança a fim de reconhecer a inelegibilidade da desembargadora referida, tendo em vista o disposto no art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura, sendo certo que a nulidade do que restou decidido pelo CNJ, no PCA, e o direito do impetrante à sua nomeação e posse no cargo do TRT são consectários exatamente do acolhimento do pedido que ora se defere.

De resto, acompanho o ministro Toffoli, com relação às preliminares que foram rejeitadas anteriormente.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Antes de colher o voto de Vossa Excelência, gostaria de só fazer uma ponderação.

Quem lê rapidamente o art. 99, *caput*, da Loman, tem a impressão de que os cargos de direção se reduziriam ao de presidente, vice-presidente e corregedor. Sucede que o art. 103, § 2º, contém disposição que permite a criação de vice-corregedor ou de outros corregedores, dois corregedores, o que significa que é possível haver outro corregedor, ainda que com o título de vice, o qual seja considerado cargo de direção, para todos os efeitos legais.

O art. 103, § 2º, permite mais de um corregedor. Então, é importante saber, nos termos do art. 27 do Regimento Interno, se, de fato, como argumentou a douta Procuradoria, o cargo dela não era de mera substituição, porque, segundo tal art. 27, ao vice-corregedor compete: I – substituir; mas há os incisos II, III e IV.

Noutras palavras, pode ser que esse cargo seja considerado, nos termos do art. 103, II, como cargo de direção.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: De que data é esse art. 6º do Regimento Interno?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A data em que ela foi eleita vice-corregedora, alegadamente como cargo de substituição. Não era só de substituição, era de substituição também.

A sra. ministra Cármen Lúcia: 2002.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Era só para o Tribunal considerar esses dados.

PEDIDO DE VISTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, em face dos votos contrários – rigorosamente e frontalmente contrários –, eu peço vista. Porém, em face até do período, porque o impetrante está exercendo as funções inerentes ao cargo praticamente há quase dois anos.

O sr. ministro Marco Aurélio: A rigor, terá praticamente cumprido o mandato.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Já terá cumprido. Faço, também, um pedido que não é comum: de eu poder voltar com ele, em pauta, já na próxima semana.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Fica assentado que o feito entrará em pauta, na próxima semana, independentemente de inscrição.

A sra. ministra Cármen Lúcia: De tal maneira que não alonguemos esse pedido de vista.

EXTRATO DA ATA

MS 28.447/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Impetrante: Eduardo Augusto Lobato (Advogados: Marco Aurélio Gonçalves Dornas de Almeida e outros). Impetrados: Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Advogado:

Advogado-geral da União), Deoclécia Amorelli Dias e Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Decisão: Após o voto do ministro Dias Toffoli (relator), denegando a segurança e cassando a liminar, e o voto do ministro Luiz Fux, que concedia a segurança, pediu vista dos autos a ministra Cármen Lúcia. Impedido o ministro Celso de Mello. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo impetrante, o dr. Marco Aurélio Gonçalves Dornas de Almeida e, pela litisconsorte passiva, o dr. Érico Bonfim de Carvalho. Presidência do ministro Cezar Peluso.

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

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

VOTO-VISTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Eduardo Augusto Lobato impetrou mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional de Justiça[1] (Procedimento de Controle Administrativo – PCA 200910000036491) que reconheceu ser elegível a desembargadora Deoclécia Amorelli Dias para o cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mesmo reconhecendo que sua participação no pleito contrariaria o ordenamento jurídico, com fundamento nos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

2. Os fatos, conforme narrados pelo ministro Dias Toffoli, relator, são os seguintes:

> (...) o impetrante concorreu ao cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e foi derrotado pela desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, apesar de sua oponente estar, segundo ele, em situação contrária aos ditames do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
>
> A participação da desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias* foi amparada por acórdão do CNJ.
>
> Qual a situação jurídica da referida magistrada?
>
> Ela foi eleita para o cargo de vice-corregedora do e. TRT-3 em 2-5-2001 e tomou posse em 2-5-2001, findando seu exercício em dezembro de 2003, tendo ocorrido prorrogação de mandato por seis meses para fins de adequação ao ano fiscal. O Regimento Interno do TRT-3, à época, em seu art. 6º, considerava que o cargo de vice-corregedor era de direção do Tribunal.

---

[1] "Pr*ocedimento de controle administrativo. TRT da 3ª Região. Desembargadora que exerceu cargos de vice-presidente e vice-corregedora. Pretensão de ver declarada sua condição de elegibilidade para o cargo de presidente do tribunal.* 'Aplica-se ao presente caso a modulação de efeitos do julgado estabelecida de forma justa no PCA n. 20. Pode concorrer ao cargo de presidente o desembargador que tenha exercido cargos de direção em período anterior ao julgamento do PCA n. 20, porque foi apanhado de surpresa pela nova interpretação, ou seja, sem qualquer possibilidade de optar por apenas 2 dos 3 cargos de direção do Tribunal. Prestígio aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.'"

Há, nesse sentido, uma peculiaridade de alguns dos tribunais trabalhistas, que possuem, por exemplo, um vice-presidente administrativo e um vice-presidente com funções jurisdicionais. O TRT-3 apresentava em sua estrutura regimental um corregedor e um vice-corregedor, com funções idênticas.

Posteriormente, em 18-9-2002, o novo Regimento Interno do TRT-3 foi aprovado e redefiniu os cargos de direção. Seriam esses apenas o de presidente e de corregedor. Criaram-se, ainda, os chamados "cargos de substituição" de vice-presidente e de vice-corregedor.

Em 20-11-2003, a desembargadora *Deoclécia Amorelli Dias*, aqui litisconsorte, elegeu-se para o cargo de vice-presidente, com mandato de 1º-1-2004 a 31-12-2005.

No curso de seu mandato, aprovou-se emenda regimental que definiu como cargos de direção do TRT-3 os de presidente, vice-presidente, corregedor e vice-corregedor. Note-se aqui a mudança redacional que ampliou para quatro o número de cargos diretivos do Tribunal.

Deu-se, porém, a inserção de uma ressalva no art. 210-A:

> Art. 210-A. Os efeitos do art. 6º do Regimento Interno não atingirão os Juízes que, na data da sua alteração, ocuparam ou estejam exercendo cargos de direção ou anteriormente considerados de substituição, cujos mandatos não serão computados para as vedações do art. 102 da Lei Complementar n. 35/79, que só poderão ser eleitos para mais 02 (dois) cargos ou mandatos.

É precisamente essa moldura da impetração.

3. A medida liminar foi deferida pelo então relator, ministro Cezar Peluso, "para suspender a posse da desembargadora Deoclécia Amorelli Dias no cargo de presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cujas funções devem passar a ser desempenhadas provisoriamente pelo desembargador Eduardo Augusto Lobato, até o julgamento final deste mandado de segurança".

O principal fundamento para o deferimento da medida liminar foram as decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI 841, 1.422, 1.152, 1.385, 2.370 e 3.566.

4. O relator votou pela denegação da ordem por considerar que o art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura – Loman[2] (Lei Complementar 35/1979) indica que seriam apenas três os cargos de direção dos tribunais, quais sejam, o presidente, o vice-presidente e o corregedor de justiça.

Além do art. 99 da Loman, entendeu também o ministro relator que alguns precedentes deste Supremo Tribunal Federal (ADI 1.152, 1.422, 1.503 e 3.566)

---

[2] "Art. 99. Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16 o Presidente, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor de Justiça, que exercerão nele iguais funções, os Desembargadores de maior antiguidade no cargo, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.

§ 1º Na composição do órgão especial observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as Câmaras, Turmas ou Seções especializadas.

§ 2º Os Desembargadores não integrantes do órgão especial, observada a ordem decrescente de antiguidade, poderão ser convocados pelo Presidente para substituir os que o compunham, nos casos de afastamento ou impedimento."

confirmariam que apenas os cargos de presidente, vice-presidente e corregedor comporiam a direção dos tribunais.

Segundo o ministro Dias Toffoli:

> A departição de funções, nomes jurídicos ou atribuições, como se dá com muita frequência nos regimentos internos dos Tribunais do Trabalho, não pode ter o efeito de macular o alcance do art. 99 da Loman. Assim como assim, os tribunais podem criar vice-corregedores, plúrimos vice-presidentes, ou mesmo dar nomes mais exóticos. Todas essas manifestações nomogenéticas, contudo, seriam indiferentes para os efeitos do que se entende, na Loman, por cargo diretivo (art. 99) para fins de elegibilidade (art. 102).
>
> Se não for assim, ter-se-ia de considerar como cargo diretivo para fins de controle de elegibilidade a presidência de câmaras, turmas ou órgãos fracionários, a direção de revistas, escolas superiores e de outros plexos administrativos dos tribunais.
>
> É notório que essa interpretação timbra-se pela falta de razoabilidade. (...)
>
> É, ainda, de ser desprezada a tese de que a relevância não é do *nomen iuris,* e sim da divisão material de atribuições administrativas. Ressalto esse aspecto, por ser de extrema importância: sob essa óptica, o fato de existirem dois corregedores (um corregedor ou um vice-corregedor), com funções idênticas, mas com exercício diferenciado por critérios geográficos (correição para juízes da capital e outra para juízes do interior, *verbi gratia*) ou técnicos (vice-presidência para assuntos administrativos e outra para assuntos judiciais). Trata-se de técnica normativa discutível, até porque, eventualmente, se poderia entender que se quebrou a simetria terminológica com a Loman. A despeito desse problema, que não é posto em causa nesse momento, seria resolúvel a matéria pelo simples apelo à unicidade dos cargos.
>
> Dito de outro modo, apenas o corregedor que seria atingido pelas limitações de elegibilidade. O vice-corredor, ou qualquer nome que se lhe atribua, não restaria alcançado pelas regras dos arts. 99 e 102, Loman.

5. O ministro Luiz Fux, dissentindo do relator, votou pela concessão da ordem, pois não estariam configuradas as bases para "uma suposta expetativa" da desembargadora Deoclécia quanto ao direito de concorrer à Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Disse o ministro Luiz Fux que:

> diante, então, da ausência da base da confiança, no meu modo de ver, não é possível manter a elegibilidade da desembargadora, com ofensa ao art. 102 da Loman, com o alicerce da boa-fé objetiva e a segurança jurídica. No meu modo de ver, data *maxima venia*, decidiu equivocadamente o CNJ.
>
> Sob outro enfoque, eu anoto aqui, senhor presidente, que considerar uma desembargadora, que não poderia se eleger a cargo de direção de tribunal como elegível, é algo que ofende o princípio da segurança jurídica na sua dimensão objetiva, aspecto que demanda previsibilidade e certeza das regras do ordenamento jurídico, como é certa esta regra do art. 102 da Loman.
>
> O art. 210-A do Regimento Interno do TRT da 3ª Região, dispositivo legal que permitia que magistrado do referido Tribunal exercesse, na prática, mais de quatro anos de mandato, em ofensa à Loman, não pode ser considerado uma base de confiança, porque a regra da Lei Orgânica da Magistratura é deveras conhecida

e a regra do Regimento Interno, que a ofende, não pode servir de supedâneo para invocar-se o princípio da segurança jurídica.

Dada a diversidade de fundamentos e a divergência entre os dois votos proferidos, pedi vista dos autos.

6. Ao menos um ponto os votos proferidos pelos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux têm em comum: a insustentabilidade dos fundamentos do Conselho Nacional de Justiça para declarar elegível a desembargadora Deoclécia Amorelli Dias.

No voto do conselheiro Marcelo Nobre, vencedor no Procedimento de Controle Administrativo ora atacado, consta o seguinte:

> A Requerente de fato exerceu os cargos de Vice-Presidente e Vice-Corregedora exatamente como todos os seus antecessores que além de 02 cargos de direção também ocuparam a presidência do Tribunal durante a vigência da mesma lei que agora serve, com nova interpretação e aplicação, para impossibilitar que o magistrado que se encontra neste período de transição e, portanto, possuindo legítima expectativa de concorrer aos outros cargos diretivos que ainda não exerceu, seja injustamente impedido.
>
> Esta a interpretação e a orientação dada no PCA n. 20. Ressalte-se, que este período atingido pela modulação dos efeitos, é pequeno e visa garantir uma transição tranquila a fim de se evitar que prevaleça a injustiça e a afronta aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, àqueles que não tiveram a possibilidade/escolha de fazer a opção por 2 dos 3 cargos de direção do tribunal. Estes Desembargadores, repita-se, pegos de surpresa pela nova interpretação e imediata aplicação, serão os únicos prejudicados de forma definitiva, já que seus antecessores e sucessores não foram e não serão atingidos.

Tal fundamento não se sustenta.

As decisões sobre o tema objeto deste mandado de segurança têm sido proferidas por este Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido desde 16 de março de 1983, quando, no julgamento da Rp 1.143, rel. min. Rafael Mayer, foi afirmado que "o exercício da competência atribuída aos tribunais pelo art. 115, I, da [Carta de 1969] para eleger seus presidentes e os titulares dos demais cargos de direção, está subordinado à observância do disposto na Lei Orgânica da Magistratura, a qual, em seu art. 102, limita o quadro de elegibilidade dos cargos de direção a preencher. Norma outra que disponha diversamente da lei complementar está usurpando competência constitucional e infringindo o preceito do mesmo art. 115, I, da [Carta de 1969]".

No julgamento do MS 20.911, rel. min. Octavio Gallotti, em 10-5-1989, este Supremo Tribunal afirmou que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional foi recepcionada pela Constituição de 1988, o que passou a ser repetido em diversos outros julgamentos, como na ADI 841, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 21-10-1994, proferido nos seguintes termos:

> *Constitucional. Tribunais. Órgãos diretivos. Mandato: período. Inconstitucionalidade de norma regimental que fixa período de mandato em desacordo com*

a lei orgânica da magistratura. Matéria própria do Estatuto da Magistratura. CF, arts. 93 e 96, I, a. Lei Complementar 35, de 1979, art. 102.

I – O art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que disciplina a eleição dos cargos de direção dos tribunais e fixa o período do mandato em dois anos, foi recebido pela Constituição de 1988. Precedente do STF: MS 20.911/PA, rel. min. Octavio Gallotti, *RTJ* 128/1141. A matéria é, portanto, própria do Estatuto da Magistratura. CF, art. 93.

II – Inconstitucionalidade do § 2º do art. 10 e das expressões "no curso do triênio" do § 9º do referido art. 10 do Regimento Interno do TRT/1ª Região, na redação da Emenda Regimental 1/1992, de 26-11-1992.

III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.

E:

Magistratura. Tribunal. Membros dos órgãos diretivos. Presidente, vice-presidente e corregedor-geral. Eleição. Universo dos magistrados elegíveis. Previsão regimental de elegibilidade de todos os integrantes do Órgão Especial. Inadmissibilidade. Temática institucional. Matéria de competência legislativa reservada à Lei Orgânica da Magistratura e ao Estatuto da Magistratura. Ofensa ao art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal. Recepção e vigência do art. 102 da Lei Complementar federal 35, de 14 de março de 1979 – Loman. Ação direta de inconstitucionalidade julgada, por unanimidade, prejudicada quanto ao § 1º, e, improcedente quanto *caput*, ambos do art. 4º da Lei 7-727-1989. Ação julgada procedente, contra o voto do relator sorteado, quanto ao art. 3º, *caput*, e art. 11, I, *a*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São inconstitucionais as normas de Regimento Interno de tribunal que disponham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção. [ADI 3.566, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, *DJ* de 15-6-2007.]

Reclamação. Impugnação. Ato do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Eleição para o cargo de presidente. Alegação de nulidade decorrente da não observância do universo dos elegíveis. Alegação de descumprimento da decisão da ADI 3.566. Fraude à lei. Fraude à Constituição. Normas definidoras do universo de magistrados elegíveis para os órgãos diretivos dos tribunais. Necessidade de renovação dos quadros administrativos dos tribunais. Determinação contida na segunda parte do art. 102 da Loman. Condição de elegibilidade e causa de inelegibilidade. Reclamação julgada procedente.

1. Impugnação de ato do Tribunal Regional Federal da 3ª Região concernente à eleição para o cargo de presidente daquele Tribunal.

2. Discussão a propósito da possibilidade de desembargador que anteriormente ocupou cargo diretivo por dois biênios no TRF da 3ª Região ser eleito presidente.

3. Afronta à decisão proferida na ADI 3.566 – recepção e vigência do art. 102 da Lei Complementar federal 35 – Loman.

4. Desembargador que exerceu cargo de corregedor-geral no biênio 2003-2005 e eleito vice-presidente para o biênio 2005-2007. Situação de inelegibilidade decorrente da vedação do art. 102 da Loman, segunda parte.

5. A incidência do preceito da Loman resulta frustrada. A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, frustração da Constituição. Consubstanciada a autêntica *fraus legis*.

6. A fraude é consumada mediante renúncia, de modo a ilidir-se a incidência do preceito.

7. A renovação dos quadros administrativos de tribunais, mediante a inelegibilidade decorrente do exercício, por quatro anos, de cargo de direção, há de ser acatada.

8. À hipótese aplica-se a proibição prevista na segunda parte do art. 102 da Loman.

9. O art. 102 da Loman traça o universo de magistrados elegíveis para esses cargos, fixando condição de elegibilidade (critério de antiguidade) e causa de inelegibilidade (quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de presidente). O universo de elegíveis é delimitado pela presença da condição de elegibilidade e, concomitantemente, pela ausência da causa de inelegibilidade. Normas regimentais de tribunais que, de alguma forma, alterem esses critérios violam o comando veiculado pelo art. 102 da Loman.

Pedido julgado procedente. [Rcl 8.025, rel. min. Eros Grau, *DJE* de 6-8-2010.]

No mesmo sentido: RE 101.354, rel. min. Néri da Silveira, Plenário, *DJ* de 1º-6-1984; ADI 1.503, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 18-5-2001; ADI 1.385-MC, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 16-2-1996; Rcl 195, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 1º-7-1988; ADI 2.370-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 9-3-2001; ADI 4.108-REF-MC, rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 6-3-2009; Rcl 5.158-MC, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 24-8-2007; ADI 1.422, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 12-11-1999; ADI 1.152-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 3-2-1995.

Quanto à existência de expectativa de direito da desembargadora Deoclécia de se candidatar ao cargo de presidente do Tribunal Regional, em nome da "segurança jurídica", tanto o relator quanto o ministro Luiz Fux votaram no mesmo sentido: a segurança jurídica está justamente na observância dos diversos precedentes deste Supremo Tribunal pela inelegibilidade daqueles que tiverem ocupado cargos de direção por dois mandatos consecutivos.

7. Todavia, o ministro Dias Toffoli trouxe fundamentação nova para denegar a ordem.

Considerou o relator que os tribunais não têm "liberdade para criar cargos de direção", pois, à luz da Lei Complementar 35/1979, estes só poderiam ser os cargos de presidente, vice-presidente e corregedor. Desse modo, o período no qual a desembargadora Deoclécia Amorelli Dias exerceu a vice-corregedoria deveria ser desconsiderado, o que a tornaria elegível.

Além da prática reiterada daquela aceitação do cargo como mera substituição, não haveria outros cargos a serem desdobrados para criarem impedimentos.

Ponho-me em inteiro acordo com o embasamento jurídico e com a conclusão do relator.

A criação de outros cargos nomeados ou considerados pelos tribunais como de direção, como são os de vice (exceção feita à vice-presidência, expressamente nomeada pela Lei Complementar 35/1979) não tem o condão de alargar o leque daqueles assim considerados pela Loman, de modo a que se pudessem considerar situações, sem base legal, em óbices à legítima postulação de cargos

pelos demais membros dos órgãos judiciais colegiados apenas pela ajuda dada aos que têm a direção para melhor eficiência em sua administração.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional possibilita a criação de outros que não apenas aqueles cargos indicados para facilitar a gestão de grandes estruturas judiciárias, conforme os §§ 1º e 2º do art. 103:

> Art. 103. O Presidente e o Corregedor da Justiça não integrarão as Câmaras ou Turmas. A Lei estadual poderá estender a mesma proibição também aos Vice-Presidentes.
>
> § 1º Nos Tribunais com mais de trinta Desembargadores a lei de organização judiciária poderá prever a existência de mais de um Vice-Presidente, com as funções que a lei e o Regimento Interno determinarem, observado quanto a eles, inclusive, o disposto no *caput* deste artigo.
>
> § 2º Nos Estados com mais de cem Comarcas e duzentas Varas, poderá haver até dois Corregedores, com as funções que a lei e o Regimento Interno determinarem.

A ocupação desses cargos, sem funções de direção efetiva, porque as atribuições decisórias definitivas são dos titulares, criariam óbices a que os magistrados concorressem a outros cargos de direção, nos termos do art. 102 da Lei Orgânica, sem terem podido exercer a direção efetiva em outras funções.

8. Ressalte-se que, tal como enfatizado pelo ministro Dias Toffoli, outros cargos como o de presidente de turmas, câmaras ou outros órgãos fracionários, e a direção de revistas e escolas superiores não podem ser considerados como cargos de direção administrativa. E a se considerar que cada órgão judicial pudesse escolher o que é ou não de direção poder-se-ia criar modelo múltiplo de organização judiciária em detrimento da razoabilidade da gestão e da garantia da alternância impessoal nos cargos de poder dos tribunais.

9. Pelo exposto, pedindo vênia ao ministro Luiz Fux, que divergiu do ministro relator, **voto para denegar a ordem e manter a decisão do Conselho Nacional de Justiça, permitindo que, elegível como é, a litisconsorte possa exercer os seus direitos na condição de candidata ao cargo de presidente daquele órgão**.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro presidente, com a vênia de Vossa Excelência, apenas para recordar, porque é pedido de vista, Vossa Excelência, quando deferiu essa liminar, entendeu que, à luz do próprio regimento interno do tribunal, o cargo que ela ocupava era de direção. Tanto assim o é que o Conselho Nacional de Justiça determinou que se podasse essa possibilidade de exercer mais cargos de direção do que os previstos no art. 102 da Loman. Vossa Excelência deferiu exatamente com base nesse enfoque.

De outra maneira, dando-se um *nomem iuris* diferente ao cargo, ela poderia exercer cargo de direção por mais de quatro anos; era só trocar o nome do

cargo que ela exerceu. Então, exerceu o cargo, a primeira vez, de vice-presidente e, depois, de vice-corregedor, que eram considerados cargos de direção. Então, foi esse o fundamento da decisão de Vossa Excelência.

Há um aspecto fático que talvez seja importante: o mandato termina agora em 2011.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peço vênia ao eminente ministro Luis Fux para acompanhar o relator e, agora, também a ministra Cármen Lúcia.

Entendo, tal como fez Sua Excelência, que o art. 99 da Loman estabelece o *numerus clausus* no que diz respeito a cargos de direção.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se Vossa Excelência me permite, já fiz essa observação. O 103 permite a criação de mais um cargo de direção, de outro corregedor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: De qualquer maneira, no caso concreto, pela análise dos autos e pela exposição que fez o eminente ministro relator, Dias Toffoli, na verdade este cargo destinava-se apenas a uma substituição eventual do corregedor. Não era um cargo de direção; efetivamente era um cargo em que as funções eram exercidas de forma circunstancial e efêmera.

Acompanho o relator na interpretação que deu à matéria, no que entendeu que, se fosse possível estendermos – digamos assim – essas condições de elegibilidade ou de inelegibilidade para além daquilo que está previsto no art. 99, qualquer cargo previsto nos regimentos internos dos distintos tribunais do País – a exemplo da presidência de câmaras, turmas ou órgãos fracionários, direção de revistas, escolas superiores e outros da mesma natureza, de cunho administrativo nos tribunais – ensejaria um impedimento de seus ocupantes no sentido de concorrerem para a presidência dos respectivos tribunais.

Coincidentemente, senhor presidente, eminentes pares, ao fazer menção no voto anterior a uma medida cautelar numa ação direta de inconstitucionalidade relatada pela ministra Ellen Gracie – apenas para abonar o meu argumento no sentido do conhecimento daquela ação que acabamos de julgar, porque se tratava de um ataque a um dispositivo do Regimento Interno da Assembleia Legislativa de Goiás –, ADI 4.108-MC, este Tribunal assentou o seguinte, deferindo a cautelar:

> 2. Como visto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais adotou, em seu regimento interno, um critério particular de especificação do número de membros aptos a concorrerem, no processo eletivo, aos cargos de direção daquela Casa de Justiça. Particular porque destoou do modelo previsto no art. 102 da legislação nacional vigente, a Lei Complementar 35/1979 (Loman).

E, aí, o que importa, porque as hipóteses são um pouco divergentes, uma vez que aqui se trata do art. 99 e lá tratava-se do art. 102, é esse o argumento, a meu ver, e o Plenário do Tribunal assentou isso com muita solidez:

> O Plenário desta Corte já teve oportunidade de apreciar caso em tudo semelhante (ADI 3.566, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, *DJ* de 15-6-2007) no qual prevaleceu o entendimento de que o regramento relativo à escolha dos ocupantes dos cargos de diretivos dos tribunais brasileiros, por tratar de tema eminentemente institucional, situa-se como matéria própria de estatuto da magistratura, dependendo, portanto, para uma nova regulamentação, da edição de lei complementar federal, segundo o que dispõe o art. 93 da Constituição Federal.

Penso que, ao se alargar o universo dos inelegíveis, se estaria vulnerando um direito fundamental de um membro do tribunal, o direito de participar das eleições para o órgão máximo da corte à qual pertence.

Portanto, com a devida vênia, acompanho o relator.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também eu, com a devida vênia do ministro Luiz Fux, acompanho o eminente relator.

Entendo que a Loman, pelos seus arts. 99 e 102, deixa claro que órgãos de direção nos tribunais são três: presidente, vice-presidente e corregedor. Isso, de modo rigorosamente recepcionado, recebido pela atual Constituição, que também fala de presidente, vice-presidente e corregedor em várias passagens. Corregedor, por exemplo, no âmbito do CNJ e no âmbito da Justiça Eleitoral, expressamente.

A figura do vice-corregedor não consta da Constituição Federal em nenhum momento. Claro que a Loman, bem lembrou o ministro Cezar Peluso, no § 2º do art. 103, admite a figura da duplicidade – ou até mais de dois corregedores, mas aí são corregedores em igualdade de condições; ambos exercem direção, não há hierarquia. É possível até admitir que cada um desses dois corregedores tenha vice-corregedor. Parece que isso não invalida o raciocínio de que só há três cargos de direção.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, como é que vamos distinguir um corregedor de um vice?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Pelas funções que são atribuídas, não, presidente?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O regimento interno tem funções autônomas de corregedoria para o vice: basta ler o art. 31, que foi transcrito pelo procurador-geral.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Este é um caso clássico de fraude. É quase que uma fraude infantil ao comando da Loman; quer dizer, aceitar isso, apenas

a mudança de denominação como uma forma de descumprir a lei, parece-me realmente um convite à fraude.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É textual; quer dizer, deram o nome de vice para outro corregedor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Minha preocupação é engessar os tribunais. Os tribunais não vão poder criar mais nenhum cargo.

O sr. ministro Ayres Britto: Não. A função do vice-corregedor é de substituição, não é de direção.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, ministro, perdão. Essa é apenas uma das competências. Está aqui no art. 31:

> Art. 31. Compete ao Vice-Corregedor:
> I – substituir o Corregedor nos casos de ausência, impedimento ou suspeição;
> II – conhecer as correições parciais e sobre elas decidir, em razão de distribuição alternada, ressalvada a hipótese de matéria correlata já decidida pela Corregedoria;
> III – determinar a realização de sindicância nos casos de sua competência;

E mais:

> IV – exercer outras atribuições que lhe forem delegadas, de comum acordo, com o Presidente do Tribunal ou pelo Corregedor.

Noutras palavras, ela tinha atribuições substanciais de corregedor; não era de mero substituto, não.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, por essa leitura, percebe-se nitidamente que há hierarquia entre o corregedor e o vice-corregedor – a figura da delegação deixa isso bem claro –, ao passo que não há hierarquia entre presidente, vice-presidente e corregedor.

A Constituição Federal – me parece – é o grande espelho, o grande parâmetro. Para a Constituição Federal há três cargos de direção. A Loman me parece compatível com a Constituição, verticalmente; por isso que estou dizendo que ela foi recepcionada.

As razões que levam a Constituição a criar esses três cargos e falar nominalmente deles são compreensíveis. O que subjaz a isso? É a possibilidade de influência, num processo eleitoral, por parte de quem efetivamente tem cargo de direção. Então, à luz da Constituição, não há essa figura do vice-corregedor.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A Constituição não trata desse tema; delega-o à Loman.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas a Constituição trata de corregedor, presidente e vice-presidente. Trata em várias passagens. E essas três figuras se inscrevem no âmbito do autogoverno e da autoadministração do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é dotado da prerrogativa de autogoverno, de autoadministração e, para tanto, se vale dessas três figuras diretivas: o presidente,

o vice-presidente e o corregedor. Parece-me que a Constituição – acho que o ministro Ricardo Lewandowski pensa assim também – foi exaustiva nesse ponto.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então, nós temos que declarar inconstitucional qualquer criação de outras funções. Se é esse o caminho, presidente, essas invencionices todas de corregedor, subcorregedor e vice têm que ser declaradas inconstitucionais, senão é um convite à fraude da norma constante do dispositivo. Quer dizer, das duas, uma: realmente tem que se tratar com um mínimo de eficácia a norma constante da Loman, e essa tem sido a jurisprudência. Se, de fato, existe essa situação, então nós estamos obrigados a declarar a inconstitucionalidade de todas essas invencionices institucionais.

O sr. ministro Ayres Britto: Devido tempo, sim.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O ministro Dias Toffoli, no voto dele – eu me lembro –, aludiu a uma expressão alemã muito interessante que teria sido utilizada – e foi efetivamente utilizada – pela Corte alemã constitucional entre os anos 1950 a 1980.

E Vossa Excelência, que é um eminente germanista, sabe muito bem, conhece a expressão: *natur der sache*, a natureza da coisa: uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. O *nomem juris* não importa. O que é importante é verificar se o cargo que está previsto no regimento tem ou não natureza diretiva, tal como estabelece a Loman no art. 99 e no art. 102, os impedimentos. Se tiverem, serão e terão que ser julgados inconstitucionais; senão, é uma função meramente administrativa, e não diretiva.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite um aparte?

O argumento de Vossa Excelência até prova demais, porque uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. Então, na verdade, essa coisa estava prevista no regimento do tribunal, tanto que o Conselho Nacional de Justiça determinou que o regimento se adaptasse à Loman, porquanto a Loman estabelece que:

> Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, [quer dizer, admite outros cargos de direção que não o de presidente, *a fortiori* também não só esses que foram mencionados] não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem da antiguidade.

E tanto isso se deu que o próprio Conselho Nacional de Justiça determinou que esse regimento fosse adaptado à Loman. Mas a eminente desembargadora exerceu os cargos de vice-presidente e vice-corregedora sob a égide de um diploma que considerava os cargos exercidos como cargos de direção. É o que o ministro Gilmar Mendes está aludindo.

Quer dizer, basta então modificar o nome hoje para burlar essa proibição da Loman? No plano fático, ela exerceu durante quatro anos dois cargos de direção, com esse acréscimo, inclusive, que o ministro Cezar Peluso lançou, que é o das atribuições notórias de quem exerce cargo de direção.

Agora, ainda que assim não bastasse, nós temos que analisar o resultado dessa jurisprudência. Tem um presidente lá que já tomou decisões até 2011, e o mandato dele termina agora. Então, tudo isso tem que ser considerado sob o enfoque interdisciplinar que o caso recomenda. Vamos ver o que acontece com os atos praticados por esse presidente.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu concluo. Embora louvando o posicionamento do ministro Cezar Peluso, que me parece ser uma antecipação de voto – o que é perfeitamente compreensível –, dos ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, eu mantenho o voto no sentido da denegação da segurança.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, a questão, tal como posta, a mim me parece, está bem colocada no parecer da Procuradoria da República.

Desde logo, vamos esclarecer que a Constituição não contempla as funções aqui referidas. A remissão está no texto de lei complementar que o Supremo, numa vastíssima, tranquila, pacífica jurisprudência trata como uma matéria integrante desse chamado direito constitucional material.

Isso vale para essas funções, como vale também para aquelas gratificações que se pagam. Então, o texto da lei complementar é claro ao dizer que:

> Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos (...) [tal como já foi colocado pelo ministro Fux] (…) por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade.

Então, é essa a norma que está posta.

Como relata a Procuradoria:

> Em 6 de maio de 2005, o Pleno do TRT/3ª Região aprovou nova proposta de modificação de seu Regimento, que alterava a redação do artigo 6º e incluía o artigo 210-A (Resolução n. 180/06), do seguinte modo:
>
> Art. 6º Constituem cargos de direção do Tribunal os de Presidente, de Vice-Presidente, de Corregedor e o de Vice-Corregedor.
>
> Parágrafo único. Os Juízes do Tribunal somente poderão ser eleitos para dois cargos de direção.
>
> Art. 210-A. Os efeitos do art. 6º do Regimento Interno não atingirão os Juízes que, na data da sua alteração, ocuparam ou estejam exercendo cargos de direção ou anteriormente considerados de substituição, cujos mandatos não serão computados para as vedações do art. 102 da Lei Complementar n. 35/79, que só poderão ser eleitos para mais 02 (dois) cargos ou mandatos.
>
> Então, diz a Procuradoria:

> Voltavam a ser de direção, assim, os cargos de Vice-Presidente e Vice-Corregedor da Corte e excepcionava-se a situação daqueles que, no período compreendido entre a primeira alteração, pela Resolução n. 127/02, e essa última, houvessem exercido os cargos antes denominados de substituição.

O Conselho Nacional de Justiça foi, então, provocado para examinar a legalidade da exceção regimental, em vista do que dispõe o art. 102 da Loman, ocasião em que determinou – fazendo análise do caso específico dos desembargadores do TRT/3ª Região por ela beneficiados, devidamente intimados – a adequação de seus termos ao preceito da Loman, por concluir ser ilegal a ampliação do rol de magistrados elegíveis a cargos de direção (Pedido de Providências 200810000001265).

O dispositivo questionado foi revogado pela Resolução Administrativa 107/2008, em cumprimento à deliberação do CNJ.

Em agosto de 2009, já perto da realização do pleito eleitoral para os cargos de direção – biênio 2010/2011 –, apresentou a desembargadora Deoclécia Amorelli pedido de instauração de procedimento de controle administrativo para a apuração do descumprimento, pelo TRT/3ª Região, da deliberação do Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça, por sete votos a cinco, concluiu pela elegibilidade da desembargadora, sem adentrar, todavia, as questões trazidas pela então requerente, permitindo que concorresse ao cargo de presidente do TRT/3ª Região.

Aí a questão assume relevância, que é o art. 102 da Loman:

> O cargo de Vice-Presidente sempre foi considerado, pela legislação e jurisprudência pátrias, como de direção – à exceção daquele período previsto no Regimento Interno do Tribunal, já considerado sem efeito para os fins desejados pela magistrada.
>
> A natureza do cargo de Vice-Corregedor ocupado pela Desembargadora Deoclécia Amorelli, por sua vez, qualquer que seja a nomenclatura que se lhe conferiu, era também de direção, ainda quando denominado cargo de substituição, diante de suas atribuições regimentais:

E isso está claro no próprio regimento. Vejam:

> *Capítulo VII – Da Corregedoria*
>
> Art. 27. Compete à Corregedoria, por intermédio do Corregedor, exercer as funções de inspeção e correição permanentes com relação aos Juízos de primeira instância e serviços judiciários.
>
> Seção II – Da competência do Corregedor e do Vice-Corregedor
>
> Art. 30. Compete ao Corregedor:

E vem a definição:

> Art. 31. Compete ao Vice-Corregedor:
>
> I – substituir o Corregedor nos casos de ausência, impedimento ou suspeição;

> II – conhecer as correições parciais e sobre elas decidir, em razão de distribuição alternada, ressalvada a hipótese de matéria correlata já decidida pelo Corregedor;

Veja, competência originária. Achar que mudar o nome ou dar um outro nome mudou a natureza das coisas realmente é quase que um ensinamento para fraudar a Constituição, mas de maneira evidentemente gratuita.

> III – determinar a realização de sindicância nos casos de sua competência;
> IV – exercer outras atribuições que lhe forem delegadas, de comum acordo, pelo Presidente do Tribunal ou pelo Corregedor.

Veja, tem competências específicas.

Aí, vem a questão posta no art. 103:

> Art. 103. O Presidente e o Corregedor da Justiça não integrarão as câmaras ou turmas. A lei estadual poderá estender a mesma proibição também aos Vice-Presidentes.

E diz o § 1º:

> § 1º Nos Tribunais com mais de trinta desembargadores a lei de organização judiciária poderá prever a existência de mais de um Vice-Presidente, com as funções que a lei e o Regimento Interno determinarem, observado quanto a eles, inclusive, o disposto no *caput* deste artigo.
> § 2º Nos Estados com mais de cem comarcas e duzentas varas poderá haver até dois Corregedores, com as funções que a lei e o Regimento Interno determinarem.

Veja, portanto, que não estamos a falar de nenhuma novidade. O próprio texto da Loman trata da matéria no art. 103.

Então, presidente, não vejo como mudar a natureza das coisas a partir de um puro nominalismo, de um puro *nomen juris*.

O sr. ministro Ayres Britto: Qual o artigo da Loman que Vossa Excelência leu, por obséquio?

O sr. ministro Gilmar Mendes: O art. 103. O ministro Peluso já o tinha citado.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, mas aí é a figura – e eu também já comentei – do outro corregedor, ambos sem hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas não há hierarquia aqui, no caso, ministro.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não há hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não há hierarquia nenhuma.

O sr. ministro Ayres Britto: São dois corregedores com a mesma dignidade funcional, a mesma hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, há mais. Lerei para Vossa Excelência o art. 44 do Regimento, que diz o seguinte:

> Art. 44. A corregedoria regional é exercida pelo corregedor e pelo vice-corregedor.

Estatui que a corregedoria é dividida entre o corregedor e o vice, sem hierarquia nenhuma. É o art. 44 do Regimento deles mesmo!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Esse é um caso quase que de inconstitucionalidade aritmética. É um daqueles casos em que a fraude à Constituição é tão evidente que constrange.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se Vossa Excelência me permite, o que me preocupa, além de tudo, é esse risco de fraude.

Veja, Vossa Excelência, que o vice-presidente pode não ter nenhuma competência específica senão a de substituição do presidente; é cargo de direção. Mas o que tem a qualificação de vice-corregedor, com as competências importantes em termos de direção do tribunal, não será considerado de direção.

E mais: há tribunais, hoje, nós sabemos, que, na composição do Conselho Superior da Magistratura, que é o Conselho diretor dos tribunais, incluem até presidentes de sessões. Noutras palavras: os presidentes de sessões, embora não sejam vice-presidentes, não sejam corregedores, não sejam nada, participam do Conselho Superior da Magistratura e, portanto, decidem o destino da magistratura local. Como podemos dizer que esses cargos, não obstante não sejam de corregedor, de presidente ou de vice, não seriam de direção? Eles dirigem, na verdade, o tribunal.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Especialmente nos tribunais, hoje, com composição alargada, como temos em São Paulo ou no Rio.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Aí nós estaríamos interpretando a Lei Orgânica da Magistratura a partir do Regimento do Tribunal Regional do Trabalho.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não, ao contrário: estaríamos dando um tipo de lição de como fraudar a Loman.

O sr. ministro Ayres Britto: Para mim, a regra de interpretação que prevalece é muito simples: a Loman somente cuida de três cargos de direção. Ela é anterior à Constituição, pois é de 1979, e a Constituição é de 1988. A Constituição, ao falar dos três cargos referidos na Loman – presidente, vice-presidente e corregedor –, não agregou nada, não acrescentou nada.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Também não proibiu nada, ministro.

O sr. ministro Ayres Britto: Então, recepcionou a Loman tal como posta. É por isso que estou dizendo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se a autonomia dos tribunais, que se sustenta em vários níveis, continua sendo verdadeira à luz da Constituição, nada impede que, diante da omissão ou do silêncio eloquente do constituinte, os tribunais possam prover cargos de direção, diante do tamanho do tribunal, das dificuldades e das complexidades das funções, etc. repartindo a direção entre outros órgãos.

Na verdade, a Lei Orgânica foi pensada em uma época em que o Tribunal de São Paulo tinha 36 desembargadores; hoje ele tem 360.

E digo mais a Vossa Excelência: naquele tempo, o corregedor de São Paulo, que era único, tinha três juízes auxiliares – eu fui um deles –; hoje há mais de vinte juízes auxiliares. Noutras palavras: é impossível, dependendo da dimensão do tribunal e da complexidade das funções, que ele possa ser dirigido – e muito bem – por apenas três.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Poder-se-ia até dizer que essa norma que foi recepcionada – que nós temos afirmado como recepcionada – já não está mais compatível com esta nova realidade. Agora, que nós estamos diante de um caso clássico de fraude ao que está disposto na Loman, parece evidente.

Veja, presidente, que nós temos repudiado isso; nós temos uma vastíssima jurisprudência. Eu me lembro de que o ministro Rezek falava da inconstitucionalidade aritmética quando começaram a surgir aqueles casos de inúmeros membros de tribunais de contas: inicialmente se aumentava o número a despeito do texto constitucional; depois, passou-se a trabalhar com o quê? Com a história do auditor que, na verdade, tinha todas as características de um conselheiro: era indicado segundo os mesmos padrões, mas era chamado de auditor.

Nós devemos tomar todo o cuidado para, a partir de um modelo de nominalismo jurídico, nós pensarmos que estamos mudando a *natur der sache*. Não, não estamos mudando! Ao revés, nós estamos, na verdade, é ensinando a fraudar o modelo que se pretende. Pode-se dizer que não se concorda com ele; agora, o texto é claro ao dizer: quem tiver exercício...

Veja, isto é antirrepublicano até. É a forma de se eternizar no poder a partir dessa fragmentação. Basta colocar asterisco dizendo que esses e tais cargos não se enquadram no modelo da Loman.

Presidente, tendo em vista não só este caso, mas o tipo de padrão hermenêutico que pode afetar os outros casos, a partir de um simples nominalismo, eu me manifesto, tal como já fez o ministro Fux, no sentido do deferimento da segurança e na linha do despacho proferido por Vossa Excelência.

VOTO

O sr. minsitro Marco Aurélio: Presidente, a litisconsorte passiva foi eleita, mas não exerceu o mandato. Aquele que não obteve votos suficientes para chegar à Presidência no Regional do Trabalho – o impetrante – está prestes a completar o biênio no exercício do cargo.

Não consigo deixar de emprestar ao art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman interpretação que assente no razoável. A parte final do preceito prevê a aceitação obrigatória do cargo. Ao mesmo tempo, tem-se algo que conduziria a um vício na manifestação de vontade, a renúncia, para integrante do tribunal não ser alcançado pela inelegibilidade. Refiro-me à cláusula segundo a qual aqueles que tenham exercido cargo de direção por quatro anos não podem se candidatar ao cargo máximo do tribunal.

Tem-se geralmente nos tribunais os cargos de corregedor, de vice-presidente e de presidente. Então, alguém que caminhe e observe essa gradação, chegando aos cargos de direção no exercício do ofício judicante, caso não deixe o último cargo que precede o de maior importância antes de completados os quatro anos, estará alijado da clientela para chegar à Presidência.

Há mais. O art. 102 da Constituição Federal foi recepcionado – e ele vem da Carta pretérita, da Carta de 1967 com a Emenda de 1969 – pela Carta de 1988, que sinaliza a independência administrativa e financeira dos tribunais? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Porque, se formos à Carta decaída – para utilizar expressão do ministro Sepúlveda Pertence –, veremos que o art. 115, I, previa que a Loman disciplinaria a eleição do presidente e dos demais dirigentes do tribunal.

O que se verifica na Carta de 1988? O art. 93, no que dispõe acerca dos princípios que deverão ser observados pela nova Loman, não repete esse preceito porque essa Constituição encerra novos ares constitucionais e democráticos, homenageia – em que pese às vezes o Conselho Nacional de Justiça assim não pensar – a independência administrativa dos tribunais. Não existe, no art. 93, inciso que se aproxime, em termos de conteúdo, do inciso I do art. 115 da Carta de 1967.

Ainda há mais, presidente. Atuou – e não posso presumir fraude, muito menos partindo de colega, não posso presumir o excepcional, o extravagante, o teratológico; devo presumir o ordinário – a litisconsorte passiva de boa-fé. Por quê? Porque, em 1996, o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a Instrução Normativa 8, versou que certos cargos seriam de substituição – e, claramente, revelou como tal o de vice-presidente.

Vossa Excelência, ministro Ayres Britto, penso que, atuando como vice-presidente do Supremo, o faz em substituição do titular!

O sr. ministro Ayres Britto: Sem dúvida.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aludiu-se à vice-presidência e aos vice-corregedores. A litisconsorte passiva foi, durante dois anos, vice-corregedora, e outros dois anos, vice-presidente, completando quatro anos.

Ainda que admitamos – fechando a Carta de 1988 e abrindo a de 1967 – em pleno vigor o art. 102 da Loman, veremos que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de forma categórica, de forma até mesmo repetida, revela, para aqueles que a amam – não é o meu caso –, os cargos que são de direção, e entre eles não é dado encontrar o de vice-corregedor.

Aduz o 103 da Loman:

> O Presidente e o Corregedor [não é o vice-corregedor] não integrarão as Câmaras ou Turmas [ficam, portanto, na área não judicante propriamente dita, na área administrativa]. A Lei estadual poderá estender a mesma proibição [de não integrar órgão julgador] ao Vice-Presidente. [Não há referência ao vice-corregedor].

O § 2º revela que, nos Estados com mais de cem comarcas e duzentas varas, poderá haver até dois corregedores.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Dois corregedores.

O sr. ministro Marco Aurélio: Corregedores ombreando.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Com a mesma hierarquia?

O sr. ministro Marco Aurélio: Não. Corregedores de categorias diversas. O corregedor propriamente dito, tal como previsto na Loman – que, para mim, não está em vigor –, e o denominado vice-corregedor.

E vem o art. 104:

> Haverá nos Tribunais de Justiça um Conselho da Magistratura com função disciplinar [administração gênero] do qual serão membros natos o Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor.

Termina o preceito. A Loman não cuida da figura do vice-corregedor que, para mim, pela nomenclatura, sinaliza substituição.

A litisconsorte acreditou nesse contexto, acreditou nos ares democráticos da Carta de 1988 e cumpriu os mandatos, alcançando os quatro anos, que gerariam – para mim não geram, porque não está em vigor o art. 102 da Loman – a inelegibilidade. E o fez calcada não só em instrução normativa do órgão máximo do Judiciário trabalhista – o Tribunal Superior do Trabalho –, como também no próprio Regimento do Tribunal ao qual integrada.

Evidentemente, quando se incluiu a vice-corregedoria como cargo de direção, mediante norma regimental – e o tribunal poderia fazê-lo, acionando a autonomia administrativa a que me referi, consagrada pela Carta de 1988, para não apunhalar, não surpreender aqueles que atuaram de boa-fé –, ressalvou as situações existentes. No campo da aplicação da norma no tempo, dispôs a respeito para não surpreender, principalmente, o tribunal.

Presidente, precisamos refletir – porque estamos para encaminhar ao Congresso o projeto de Loman – se, ante o silêncio eloquente da Carta de 1988 – não bem silêncio, porque versa a autonomia administrativa dos tribunais –, ante a não repetição do art. 115, I, da Carta anterior, no que realmente deixava à Loman a disciplina da mesa diretiva dos tribunais, se esse artigo – que, a ser considerado o teor literal, não é inteligente quanto aos quatro anos de exercício, inviabilizando a chegada à Presidência – foi ou não recebido.

Para mim, não foi. A menos que possa – e há quem diga que o Supremo tudo pode, porque depois que bate o martelo, não se tem a quem recorrer, e não

acho assim porque a nossa atuação também é vinculada – aditar a Carta de 1988 para inserir a remessa da disciplina da direção dos tribunais à Loman, tenho que assentar a autonomia dos tribunais. E, ainda por cima, como acabei de ressaltar, a atuação da litisconsorte passiva, eleita pelos pares democraticamente, em escrutínio, foi plena, de boa-fé. Acreditou na ordem jurídica constitucional, na resolução do Tribunal Superior do Trabalho quanto aos cargos de substituição e acreditou no Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho, permanecendo dois anos na Vice-Corregedoria e dois anos na Vice-Presidência. Não pode agora ser apenada com um veto à chegada – repito –, mediante a vontade de seus pares, à Presidência.

No Eleitoral, ouvi muito que alguns políticos perdiam a eleição no voto e acabavam ganhando no tapetão, que seria o próprio Tribunal. Aqui o impetrante, parece, creio que Vossa Excelência atribuiu a ele a Presidência, porque seria ele o mais antigo...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Porque alguém precisava exercer.

O sr. ministro Marco Aurélio: Com a demora no julgamento, algo natural ante a sobrecarga de processos, a avalanche de processos no Supremo, virá, no tapetão, a completar o biênio de exercício do mandato de presidente.

Peço vênia, presidente, para – ressaltando mais uma vez que hoje está a cargo dos tribunais a regência da escolha de seus dirigentes –, não tendo sido recepcionado o art. 102, acompanhar os ministros Luiz Fux e Ayres Britto, indeferindo a ordem.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, apenas para deixar claro, não faz muito, este Tribunal – creio que em um caso da relatoria do ministro Eros Grau, Rcl 8.025, de São Paulo – afirmou a recepção do art. 102 da Loman e, a rigor, nós não extraímos do texto constitucional qualquer vedação a essa disciplina no que concerne à composição dos órgãos diretivos.

À época, eu me lembro – preciso inclusive rememorar os votos –, falou-se, inclusive, que essa alternância era condizente com o princípio democrático e republicano. É preciso que nós tenhamos, então, essa visão. Por outro lado, se o argumento fosse apenas o de segurança jurídica, não poderia ser discutido.

Mas, vamos ser francos e sinceros, eu não estou falando aqui de dolo, no sentido da intencionalidade, mas, no caso, de fraude evidente ao texto constitucional, que se pretende a partir desse tipo de autorização, inclusive praticada, se for o caso, pelo próprio órgão superior da magistratura trabalhista. É um caso de fraude evidente. Por quê? Porque este Tribunal nunca se afastou da jurisprudência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, Vossa Excelência me permite? Se essa fraude fosse tão evidente, não teríamos cinco votos reconhecendo que não houve fraude.

O sr. ministro Marco Aurélio: Devo consertar, presidente, porque, tão acostumado a ficar com a minoria, disse que estaria acompanhando o ministro Luiz Fux, mas agora estou do lado da maioria, acompanhando o relator.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quem sabe, inconscientemente, Vossa Excelência não quisesse acompanhar o ministro Luz Fux?

O sr. ministro Marco Aurélio: A diagonal na bancada fez um efeito maior!

O sr. ministro Luiz Fux: Por ato falho, eu sou aprendiz de feiticeiro.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, presidente, que aqui nós temos dois núcleos básicos. Um é este: criação de novos cargos de direção, sem que se dê esse nome. Este é um caso. E o segundo é a hipótese de remuneração. Daqui a pouco basta dizer que estamos dando uma outra denominação, que vencimentos não são vencimentos, que gratificação não é gratificação, para que não se enquadre. Então, é evidente que isso é burla à jurisprudência do Tribunal, assente há muitos anos. E o Tribunal, diga-se de passagem, certo ou errado, nunca se afastou dessa jurisprudência.

Essa resolução também não dá base, mas eu até aceitaria. Na época, quando nós discutimos o caso de São Paulo, esse argumento da segurança jurídica também foi invocado no caso do TRF. Por quê? O que se dizia lá? Eleito o presidente – dizia isso –, mas até então aceitaram isso sem reclamar. Por quê? Porque todos compactuaram. No momento em que alguém trouxe o tema para o Supremo, este se posicionou como se posicionaram, não havia sequer nenhuma novidade em relação a isso.

Como invocar, então, neste caso, o argumento de segurança jurídica se sempre se soube qual era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por enquanto, é o intérprete natural nessas questões? Então, por isso que o argumento de segurança jurídica não transita. Lembro-me daquele caso, que continua sendo o *leading case*, a Rcl 8.025. Veja que aqui nós estamos diante de uma situação: "Ah, mas essas eleições se repetiram!" É um caso, então, de costume inconstitucional.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, ministro, não há fraude, se me permite. Tudo foi feito à luz do dia, ostensivamente, com a maior clareza possível.

O art. 6º do Regimento Interno do TRT da 3ª Região diz:

> Art. 6º Constituem cargos de direção do Tribunal o de Presidente, o de Vice-Presidente Judicial, o de Vice-Presidente Administrativo e o de Corregedor.

Deixou o vice-corregedor de fora.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, isso numa versão; noutra versão, ele incluiu o vice-corregedor como cargo de direção. Está aqui nos autos.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas fez isso. Agora, em 1996, a Instrução Normativa 8 do TST...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, não importa a data.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas é claríssima.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Importa que o Tribunal local se achou com autonomia para definir quais os cargos de direção.

O sr. ministro Ayres Britto: Olha o que diz o TST na Instrução Normativa 8:

> 3. Os cargos de direção e de substituição serão preenchidos por eleição mediante escrutínio secreto e por dois anos, dentre os juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos, proibida a reeleição.

E diz:

> 4. Quem tiver exercido os cargos de direção por quatro anos [já depois de haver excluído o de vice-corregedor], ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até se esgotarem todos os nomes, na ordem de antiguidade.

Essa Instrução Normativa é sintomática:

> *Instrução Normativa n. 8*
> Uniformiza a interpretação das normas legais aplicáveis às eleições para os cargos de direção e de substituição dos Tribunais do Trabalho.

Então, nada foi feito senão à luz do dia, ostensivamente. Quando a juíza aqui sob julgamento concorreu, vigoravam essas normas de clareza boreal. Então, ela não estava impedida, ela não era inelegível. Então, o argumento da boa-fé, de um lado, do lado da juíza, e o argumento da lealdade, do lado da administração judiciária, favoreciam a postulação da juíza, que veio a ser eleita. Então, não houve fraude, não houve dissimulação.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): E aí temos – se me permitem o ministro Gilmar, que estava fazendo a manifestação, e o ministro Ayres Britto – a seguinte situação: ela também tinha um provimento no CNJ – embora com esse fundamento do CNJ eu não concorde, discordei dele no meu voto, foi por outro motivo que indeferi a ordem –, e ela era a 4ª na lista de antiguidade. Ela se apresentou como candidata com um título no CNJ que lhe autorizava a candidatura. Só disputou com ela o impetrante, que era o 14º na lista de antiguidade. E, se qualquer outro destes, entre ela, que era a 4ª, e o 14º, quisesse concorrer?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, quem defere a ordem não a defere para nomeação do impetrante. Anula a eleição. Só isso. O pedido vai além; não postula o cargo para o impetrante.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Então, veja a situação: se ela fosse inelegível – e ela estava autorizada pelo CNJ – poderia ter outro na ordem de antiguidade disputando na frente do impetrante.

O sr. ministro Luiz Fux: No momento da eleição ela tinha um outro provimento no CNJ dizendo que ela era inelegível.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, com o devido respeito, a questão da eleição é questão posterior. Nós estamos discutindo aqui apenas

a legalidade da eleição, a condição de quem era ou não era elegível naquele momento. Só isso. Quem deve ser eleito, quem não deve, é outra questão.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É só isso. E foi objeto da nossa discussão naquele caso de São Paulo a que me referi. Inclusive o argumento de segurança jurídica ali foi invocado porque aquela pessoa que fora eleita para a presidência também lá tinha a justa – se dizia – expectativa de que o critério até então adotado seria respeitado, porque naquele Tribunal a norma regimental assim estabelecera, contra a Loman, tal como nós assentamos. Tanto é que esse debate sobre a segurança jurídica veio à baila.

Agora veja, presidente, quando nós temos uma situação de inconstitucionalidade notória dimanada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se pode invocar segurança jurídica com base em norma regimental. É como se nós disséssemos aqui que se louvou numa norma. Se ela estivesse cumprindo já o mandato, se ela já estivesse no final do mandato, provavelmente, em nome da segurança jurídica, dever-se-ia cumprir. Mas veja, nós estamos estabelecendo premissa que não é de segurança jurídica; nós estamos admitindo a criação regimental de novas funções de vice-corregedor.

Veja, presidente, o que é interessante aqui é que nem a letra do Regimento ajuda. O art. 31 diz que compete ao vice-corregedor substituir o corregedor. E, em seguida, conhecer das correições parciais, portanto, competência originária do vice-corregedor. Poderia ser o corregedor de que trata a Loman.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas há três regimentos. Tem condições de dizer qual é esse que Vossa Excelência está lendo? Se é o último deles?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É o que estava em vigor durante o mandato dela.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Durante o mandato. É. Veja, é o que está citado inclusive no parecer da Procuradoria: "Conhecer as correições parciais e sobre elas decidir em razão de distribuição alternada." Alternada em quem? Não tem hierarquia aqui.

Já se disse que a hipocrisia é a última homenagem que o vício presta à virtude. Aqui nem hipocrisia houve, porque o texto é claro dizendo que vice-corregedor é corregedor, com distribuição alternada.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, é subcorregedor.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não. Compete ao vice-corregedor conhecer as correições parciais e sobre elas decidir em razão de distribuição alternada, ressalvada a hipótese de matéria correlata já decidida pelo corregedor.

Veja, portanto, não há nenhuma dúvida quanto a isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Dividiu a função com o corregedor.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Funções próprias. Não há nenhuma dúvida em relação a isso.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): No meu voto, ministro Gilmar Mendes, eu fui bastante leal e correto com relação a esse fundamento. Vou fazer a leitura do trecho pertinente:

> Ela foi eleita para o cargo de vice-corregedora do e. TRT-3 em 2-5-2001 e tomou posse em 2-5-2001, findando seu exercício em dezembro de 2003, tendo ocorrido prorrogação de mandato por seis meses para fins de adequação ao ano fiscal. O Regimento Interno do TRT-3, à época, em seu art. 6º, considerava o cargo de vice-corregedor como de direção do Tribunal.

Eu disse isso em meu voto, lido na semana passada.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Na época em que ela foi eleita.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): E eu disse mais:

> Há, nesse sentido, uma peculiaridade de alguns dos tribunais trabalhistas que possuem, por exemplo, um vice-presidente administrativo e um vice-presidente com funções jurisdicionais. O TRT-3 apresentava em sua estrutura regimental um corregedor e um vice-corregedor com funções idênticas.

Eu li e disse isso em meu voto na semana passada.

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Dias Toffoli, foi exatamente por isso que eu divergi. Em primeiro lugar, porque ela não tinha o menor direito a uma expectativa legítima. Ela exercia um cargo de direção; era denominado como cargo de direção; as atribuições eram inerentes ao cargo de atribuição; e, como conhecedora do direito, não poderia desconhecer o que está disposto no art. 102 da Loman. Então, ela tinha confiança legítima em quê?

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): (Cancelado)

O sr. Carlos Velloso (advogado): Senhor presidente, pela ordem. Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pois não.

O sr. Carlos Velloso (advogado): Em 2002, o TRT da 3ª Região ajustou o seu Regimento Interno à Instrução 8 do TST. Em 2002.

Muito obrigado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Então, só para encerrar, a mim me parece que a questão é relevante, não por conta desse caso do TRT, mas porque nós podemos estar abrindo portas para essa clara, flagrante violação da orientação que, até então, nós defendemos em relação à Loman. Vossa Excelência, inclusive, ressaltou a necessidade de se evitar o excesso, ao argumento de que o ministro Celso de Mello, à época, trouxe quanto à reclamação e quanto ao modelo excessivamente angusto da Loman. Vossa Excelência disse que, por outro lado, há a possibilidade da excessiva politização. Então, veja que é essa simplesmente a preocupação.

No caso, o TRT de Minas aqui é uma areia nesse vasto oceano. Sem nenhum desapreço, não tem nenhuma relevância para essa questão. Não valeria a missa que nós estamos celebrando. Não é disso que se trata.

Nós estamos discutindo aqui que modelo institucional se quer para o Poder Judiciário em termos de discussão, de definição de responsabilidade quanto aos órgãos. E fica uma lição, um convite a uma manipulação muito fácil. Basta alterar o regimento e dizer – até pode-se fazer de maneira muito clara – que tais e tais cargos, embora de direção, não são de direção, por quê? Porque o intérprete está assim dizendo. Neste caso, nem a letra ajuda, porque chamou-se de vice-corregedor, mas se deu distribuição alternada.

Então, é disso que se cuida. Não é a preocupação com a dra. Deoclécia ou seja lá quem for. Não é disso que se cuida. É que modelo institucional nós vamos definir a partir de agora. É este o problema. Até aqui, a jurisprudência do Tribunal era pacífica no sentido de que a Loman era vinculativa. E, agora, deixa de sê-lo.

A mim, presidente, preocupa-me exatamente que o nominalismo possa permitir fazer-se, eleger-se, elevar-se a critério de hermenêutica constitucional, fraquejando a força normativa da Constituição e a jurisprudência deste Tribunal.

Portanto, eu acompanho o ministro Fux.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Bem, antes de pedir vênia à douta maioria que já se formou, eu queria só tranquilizar o ministro Marco Aurélio, porque, se fosse o caso de o discutir aqui – e não era, ainda, a oportunidade –, eu reconheceria ao impetrante que ele já exerceu, por quase dois anos, cargo de direção!

O sr. ministro Marco Aurélio: De presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ainda que Vossa Excelência tenha feito essa observação final, acho que ele está exercendo cargo de direção. Para mim, não há dúvida nisso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Cargo maior.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ainda que por ordem judicial.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Independentemente do título jurídico que lhe deu essa posse.

Eu gostaria de fazer duas observações preliminares, pois me parece que este tema é de alta relevância para a magistratura. Em primeiro lugar, com o devido respeito aos votos vencedores – que respeito como sempre –, acho que certa liberalidade ou certa generosidade do tribunal na interpretação das normas legais e regimentais que dizem respeito à eleição para cargos diretivos em tribunal, designadamente os chamados cargos de direção do tribunal, pode incentivar ou estimular essa guerra intestina, que é muito própria da condição humana e que, exercida dentro dos tribunais, é de um dano – eu diria – inqualificável em relação ao funcionamento das cortes e ao prestígio do Poder Judiciário.

Não foi por outra razão que a Lei Orgânica da Magistratura, que está em vigor, nasceu das sugestões e, sobretudo, da experiência de um homem que desempenhou, antes de chegar ao Supremo Tribunal Federal, a corregedoria

do então maior tribunal do País, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E foi ele que, assistindo à verdadeira guerra intestina na disputa de cargos de um tribunal que, então, só tinha 36 membros, aventou a circunscrição, a delimitação do universo dos elegíveis, baseado no quê? Exatamente na experiência desta Suprema Corte, na tradição desta Suprema Corte, que nunca permitiu que disputa dos cargos de direção pudesse conduzir a uma situação que – e Vossa Excelência se lembra muito bem – levou o Ministério Público de um Estado a ser tido, por prestigioso jornal, como uma instituição em frangalhos.

Acho que uma das preocupações que deve orientar o tribunal na interpretação dessas normas legais e regimentais é não permitir que haja dúvidas, é não permitir que haja instabilidade na sua inteligência e, sobretudo, que não haja – vamos dizer – pretextos para que, sob tais ou quais argumentos, sob tais ou quais interpretações, se criem condições para desenvolvimento dessa luta intestina, extremamente nociva e funesta ao Poder Judiciário.

Em segundo lugar – e isto é importante dizer –, a palavra "fraude" em direito tem vários significados, mas particularmente dois são muito distintos. No campo do direito civil e no campo do direito criminal, a palavra "fraude", quando se refere a fraude contra credores, a modalidade típica de crime etc, envolve sempre presunção ou ideia de má-fé, de malícia.

Não, porém, no campo da teoria geral do direito, onde a famosa "fraude à lei", a *fraus legis,* que é instituto que deita raízes no direito romano, nada tem de indagação subjetiva. Não se trata, no exame desse instituto, de verificar se a pessoa agiu, ou não, com propósito de vulnerar a lei, com propósito de causar dano a outrem, com propósito, enfim, de falsear alguma coisa. A "fraude à lei" significa postura tendente a evitar que uma norma cogente, que incidiu, seja aplicada e, como diz Pontes de Miranda, mediante expediente de invocar-se outra norma, cuidando que o juiz se engane na aplicação das normas. Noutras palavras, a "fraude à lei" pode ocorrer sem que as pessoas envolvidas tenham um mínimo ânimo de malícia, de má-fé, de dolo. Trata-se de colher dado objetivo, isto é, de verificar se há, ou não, expediente tendente a contornar a aplicação de norma cogente que incidiu, mas que não foi aplicada. Por quê? Porque se levou ou poderia levar o juiz aplicador a um engano. É disso que se trata no caso.

Quando o ministro Gilmar Mendes fala em fraude – penso eu –, não se trata de imputar à litisconsorte qualquer comportamento censurável do ponto de vista ético, do ponto de vista moral. Não.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Claro que não.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Trata-se simplesmente de apurar, diante dos fatos, se há, ou não, risco de não aplicação de norma cogente da Lei Orgânica da Magistratura, que, a meu ver, com o devido respeito, incidiu, mas que, a meu ver e com o mesmo respeito, não vai ser aplicada.

E não vai sê-lo por vários motivos. O primeiro deles: partimos do equívoco de que o art. 99 da Loman define quais são os cargos de direção. O art. 99 não diz quais são os cargos de direção. Antes, confrontado com o art. 102, segunda

parte, o que se pode tirar é que a própria Lei Orgânica admite outros cargos de direção, para além do presidente.

O sr. ministro Luiz Fux: Exatamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por razão óbvia: o de presidente é o único cargo que, por definição, é sempre de direção. Não é possível conceber-se presidente que não dirija. Então, o cargo de presidente é sempre de direção.

E por que a Lei Orgânica admite a possibilidade – portanto, como coisa lícita – de criação de outros cargos de direção? Porque, além de não o dizer no art. 99, do art. 102 se tira exatamente o contrário. Porque, se fossem apenas de direção os do art. 99, a dicção do art. 102, segunda parte, seria inútil, porque se refere a quaisquer cargos de direção ou de presidente. Está significando que, tirando o de presidente, que é sempre de direção, é possível existam quaisquer outros cargos de direção. Criados por quem? Ou por lei estadual ou por norma regimental. E foi o que se deu no caso, quando o próprio regimento interno do Tribunal local de que se trata dispôs textualmente – não obstante depois o tivesse modificado por força de uma decisão do Conselho Nacional –, estabeleceu:

> Art. 6º Constituem cargos de direção do tribunal os de Presidente, de Vice-Presidente, de Corregedor e de Vice-Corregedor.

O sr. ministro Ayres Britto: Só quero saber a data desse regimento, porque não consegui aqui.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Para mim é irrelevante isso. Eu só estou mostrando a Vossa Excelência que o próprio Tribunal, que era composto pela litisconsorte, a qual não consta tenha votado contra a edição dessa norma regimental – não consta que se tenha oposto a essa norma regimental –, entendeu que o cargo de vice-corregedor poderia ser considerado de direção, o que está absolutamente de acordo com a leitura que faço das normas da Lei Orgânica da Magistratura.

A tese que sustento, com o devido respeito aos votos de Vossas Excelências, é que é lícito, sim, que o regimento interno ou a lei local criem outros cargos de direção. Isso, para mim, é fora de dúvida.

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Esse é o cerne da nossa divergência.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso. Acho que é lícito, sim. E, especificamente em relação ao de corregedor, para mim não há dúvida nenhuma.

Por que é que se considera o cargo de corregedor como de direção do tribunal? Pela importância da competência específica que desempenha em matéria disciplinar. Não é o fato de exercer poderes análogos ao de presidente que torna o cargo de corregedor cargo de direção; é, sim, a competência singular ligada à disciplina da magistratura!

Noutras palavras, para saber por que é que o corregedor é cargo de direção é preciso atentar para as suas funções, para a sua competência.

Ora, o que se deu no caso? Deu-se aquilo que a própria Lei Orgânica prevê; isto é, em tribunais que corresponde a seções, comarcas etc., com o número tal, é possível que, pela largueza dos problemas, haja dois ou mais corregedores. Ora, se pode haver dois ou mais corregedores, isso significa que as funções de corregedoria podem ser divididas. Agora, o fato de chamar alguém que compartilha as funções de corregedor pelo nome de vice-corregedor, de ouvidor, de auditor, de qualquer coisa, não altera a substância das coisas. As coisas são o que são.

O ministro Ricardo Lewandowski, nesse ponto, tem razão. O que é que, no caso, a "coisa" tem de singular? É a natureza das funções. É pela natureza das funções que, com o devido respeito, sou capaz de identificar, sem sombra de dúvida, que as funções atribuídas pelo regimento interno do Tribunal local à vice-corregedora eram de corregedor. Tanto o eram, que os processos típicos da corregedoria eram distribuídos alternadamente. E não se distribuem alternadamente processos senão entre órgãos que tenham o mesmo nível. Isto é, não se trata de um órgão que é subalterno ao outro.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite? O *caput* do dispositivo que trata dessa alternância disse que a vice-corregedora exerce funções delegadas. Quem exerce funções delegadas, a qualquer momento, pode ter seus atos revistos. Ela está numa situação de subalternidade com relação ao corregedor-geral. Tanto é que o art. 103, § 2º, da Loman, fala em corregedores. É preciso que haja dois corregedores, com a mesma hierarquia, para que incida o impedimento do art. 102 da Loman.

No caso da vice-corregedora, não. Ela exerce funções subalternas, hierarquicamente submetidas ao corregedor. Portanto, os seus atos podem ser revistos. Ela não tem, digamos assim, uma autonomia plena e não integra uma função de direção de pleno direito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu vou ler para esclarecer Vossa Excelência quais eram as funções dela.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não precisa, eu vi. Aliás, quanto a esta expressão "correição geral", eu tenho dúvida se se trata de uma correição parcial ou daquele instituto processual que permite que se desfaçam atos processuais de natureza tumultuária. E nós – Vossa Excelência, no Tribunal de Justiça de São Paulo, tanto quanto eu – julgamos muitas correições parciais, que, hoje, é um instituto, de certa maneira, equiparado à reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, isso não altera o fato de que, fossem processos ou recursos, eram distribuídos alternadamente!

O sr. ministro Luiz Fux: Pelo contrário, as correições parciais de diversão dos atos tumultuários dos processos sempre foram da competência exclusiva do corregedor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu, como relator, no Tribunal de Justiça, julguei centenas de correições parciais.

O sr. ministro Ayres Britto: Em relação ao vice-corregedor, quem é o órgão recursal? Recorre-se para quem? Certamente para o corregedor.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, não. O que é isso, ministro? Imagine!

O sr. ministro Ayres Britto: Eu quero crer.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu só quero esclarecer a dúvida do ministro Ricardo Lewandowski, que disse que as funções eram delegadas. Eu vou mostrar que não o eram:

> Art. 31. Compete ao Vice-Corregedor:
> I – substituir o Corregedor (...);
> II – conhecer (...);
> III – determinar a realização de sindicância (...);
> IV – exercer outras atribuições que lhe forem delegadas (...).

Está claro que ela poderia receber funções delegadas; mas as outras, essas não eram delegadas, não tinham nada de delegadas.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu quero dizer que Vossa Excelência tem razão, se me permite. Vossa Excelência tem toda razão, porque isso também é elementar em regra de hermenêutica; é o beabá da hermenêutica jurídica. Os institutos jurídicos não se definem pelo seu nome.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Claro.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso seria reduzir o direito a uma questão – diria Geraldo Ataliba – de taxinomia. É evidente que não é nominalismo interpretativo. Isso chega a ser palmar.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não somos entomólogos, não é?

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito. Agora, Vossa Excelência tem toda razão: a natureza das atribuições de corregedoria é definitiva.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Típica de corregedoria.

O sr. ministro Ayres Britto: Estou de pleno acordo. Agora, nesse contexto dos autos é que as coisas estão muito complicadas, Excelência, porque sempre tudo vem precedido de uma regra; pelo menos atualmente é assim e, na Resolução 8 do TST, também é assim: não constituem cargos de direção. Aí vem.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu acho que tudo isso é mais um episódio dessa luta constante pelo poder. Tudo são episódios da luta pelo poder. É sempre possível criar normas que tendem a conturbar a interpretação daquilo que devia ser claro e estável para que a vida da magistratura se desenvolva com tranquilidade.

Mas vou voltar. Estou na interpretação jurídica e vou dizer mais. A interpretação sistemática do art. 99 com o art. 102 tem que levar também à leitura do art. 104, que é muito interessante. Ele diz que haverá nos tribunais um conselho superior da magistratura, do qual serão membros natos o presidente, o vice-presidente e o corregedor.

Se há previsão, nalgum órgão, de membros natos, é porque há previsão de membros não natos, pois, se o órgão fosse só composto pelos três, a referência a membros natos seria de tal despropósito que não quero nem comentar.

Quando a lei diz que esses três são membros natos, é porque haverá outros que não o sejam, que não são natos. E tanto não o são, que o próprio artigo diz:

> A composição, a competência e o funcionamento desse Conselho, que terá como órgão superior o Tribunal Pleno ou o órgão especial, serão estabelecidos no Regimento Interno.

Noutras palavras, o próprio regimento interno pode criar outros membros do Conselho Superior da Magistratura. E aqui está a resposta para a indagação de Vossa Excelência. A quem estavam subordinados os atos de corregedoria praticados pelo vice-corregedor? Ao Tribunal Pleno, ao órgão especial, não ao corregedor. Isto é, o corregedor não era órgão hierarquicamente superior ao de vice-corregedor; antes, era órgão paritário e fracionário do tribunal.

Noutras palavras, a eminente litisconsorte exerceu, na verdade, atividade de direção. Do meu ponto de vista, acho que deveria estar satisfeita essa natural e justa ambição de ocupar um cargo de direção no tribunal. Ela já o fez por quatro anos e, a meu ver, isso seria o suficiente.

Em todo caso, eu me curvo, como não posso deixar de fazer – sobretudo pelo respeito que tenho a Vossas Excelências que formaram essa doutíssima maioria. Eu vou ficar, desta feita, vencido, porque me pesa muito não poder acompanhá-los.

EXTRATO DA ATA

MS 28.447/DF — Relator: Ministro Dias Toffoli. Impetrante: Eduardo Augusto Lobato (Advogados: Marco Aurélio Gonçalves Dornas de Almeida e outros). Impetrados: Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Advogado: Advogado-geral da União), Deoclécia Amorelli Dias e Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, denegou a ordem, cassada a liminar concedida, contra os votos dos ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e presidente, ministro Cezar Peluso. Impedido o ministro Celso de Mello. Ausente, licenciado, 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, 25 de agosto de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 30.672 — DF

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Alberto de Oliveira Piovesan — Agravado: Presidente do Senado Federal — Litisconsorte passivo: Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Agravo regimental. Mandado de segurança. Constitucional. *Impeachment*. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Recebimento de denúncia. Mesa do Senado Federal. Competência.

I – Na linha da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, a competência do presidente da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal para recebimento, ou não, de denúncia no processo de *impeachment* não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhes, inclusive, a faculdade de rejeitá-la, de plano, acaso entendam ser patentemente inepta ou despida de justa causa.

II – Previsão que guarda consonância com as disposições previstas tanto nos Regimentos Internos de ambas as Casas Legislativas, quanto na Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

III – O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia.

IV – Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias.

V – Agravo regimental 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 de agravo. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Brasília, 15 de setembro de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra decisão em que neguei seguimento a este *mandamus*, impetrado por Alberto de Oliveira Piovesan, contra ato do presidente do Senado Federal.

O impetrante sustentou, em suma, que, embora tenha apresentado petição devidamente instruída, dirigida à autoridade apontada como coatora, na qual requereu instauração de processo de *impeachment* do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, a autoridade impetrada, ao invés de conferir ao referido pleito curso conforme a Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o seu respectivo processo de julgamento,

> (...) ordenou fosse encaminhado à Assessoria Jurídica do Senado Federal, a qual, por sua vez, opinou pelo arquivamento do pedido, adentrando o mérito, usurpando as atribuições dos Senhores Senadores, que teriam de ser eleitos pela Casa para Compor Comissão Especial com atribuição de opinar sobre a denúncia.

Alegou, mais, que a assessoria jurídica da Câmara Alta somente poderia proceder à análise dos aspectos extrínsecos do requerimento apresentado, jamais seu mérito, uma vez que "cabe, e exclusivamente, ao Senado Federal deliberar, em analisando o mérito, pelo arquivamento ou não da denúncia", nos termos do art. 48 da Lei 1.079/1950.

Nessa linha, afirmou que o arquivamento da referida petição pela autoridade coatora em desacordo com o rito previsto na Lei dos Crimes de Responsabilidade e no Regimento Interno do Senado Federal violou "direito líquido e certo do cidadão brasileiro de ver pronunciamento dos Senhores Senadores da República sobre questão que, pela lei, só a eles cabe deliberar".

Aduziu, ainda, "que não lhe foi dada ciência, e nem conseguiu obter cópia do ato impugnado", razão pela qual pleiteou sua exibição.

Requereu, assim, a concessão da segurança para o fim de se decretar nula a decisão de arquivamento da petição apresentada ao Senado Federal, "determinando seja à referida petição dado curso nos termos dos artigos 44 e seguintes da Lei Federal n. 1079/1950 e Regimento Interno do Senado da República Federativa do Brasil".

Neguei seguimento à pretensão, com supedâneo em orientação jurisprudencial desta Corte que, em casos análogos, assentou que a competência do presidente da Câmara dos Deputados para recebimento, ou não, de denúncia no processo de *impeachment,* não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhe, inclusive, a faculdade de rejeitá-la imediatamente acaso entenda ser patentemente inepta ou despida de justa causa.

Dessa forma, com base em precedentes proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, verifiquei que o arquivamento da denúncia pela Mesa do Senado Federal, mediante aprovação de despacho proferido por seu presidente, foi efetuado por autoridade competente para tanto, em consonância com

as disposições previstas tanto no Regimento Interno do Senado Federal, quanto nas Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Irresignado, o impetrante interpõe este agravo regimental, em que reafirma os fundamentos expostos inicialmente e sustenta, ainda, que a decisão objurgada teve por base

> dois julgados já relativamente antigos, um deles em apertado escore e em composição desse Pretório Excelso totalmente diversa da atual, os quais, todavia, guardam sutil diferença com o onde (*sic*) proferida a r. Decisão agravada.

Alega, mais, que, muito embora os atos impugnados neste e naqueles *writs* guardem semelhanças, "os respectivos processos políticos onde proferidas as decisões questionadas envolvem personalidades de duas diferentes esferas de poder, com âmagos diversos", o que não ensejaria, no dizer do agravante, "o menor risco de crise institucional acaso deferida a segurança".

Discorre, ainda, sobre as diferentes acepções do termo "receber", previsto no art. 44 da Lei dos Crimes de Responsabilidade, o qual, afirma, comporta significados vulgar e jurídico, este último não aplicável ao caso em comento.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Reexaminados os autos, entendo que a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais transcrevo, *in verbis*:

> (...) Preliminarmente, cumpre ressaltar que a justificativa do comando inserto no § 1º do art. 6º da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, como se depreende da simples leitura do dispositivo, é a recusa no fornecimento de documento que esteja em poder da autoridade impetrada ou de outrem, em repartição ou estabelecimento público, indispensável à prova do alegado. Como se percebe, cuida o dispositivo de documentos eventualmente retidos.
>
> Assim, a meu ver, não há falar, *in casu*, em determinação de exibição ou encaminhamento de cópia do ato impugnado, consistente na decisão de arquivamento da petição de *impeachment*, já referida, uma vez que seu conteúdo é publicado no *Diário do Senado Federal*, disponível, inclusive, mediante acesso ao sítio eletrônico dessa Casa Legislativa.
>
> Dessa forma, após consulta ao referido sítio, verifiquei constar na publicação do *Diário do Senado Federal* do dia 8-6-2011, à fl. 22436, a aprovação, pela Mesa daquela Casa, do despacho de seu presidente, no qual arquivou, no uso de suas atribuições, à fl. 22446, por inépcia e improcedência, a petição inicial de instauração de processo de *impeachment* contra o ministro Gilmar Mendes, deste Supremo Tribunal Federal.
>
> Consta da publicação, ainda, a Informação 51/2001, elaborada pela advocacia do Senado Federal, às fls. 22447-22450.
>
> Ademais, não prospera a alegação do impetrante de que a assessoria jurídica do Senado Federal somente poderia proceder à análise dos aspectos extrínsecos do

requerimento apresentado, por competir exclusivamente àquela Casa a deliberação sobre o arquivamento ou não da denúncia.

Isso porque, em primeiro lugar, a assessoria jurídica emite um mero parecer técnico, sem qualquer caráter vinculante, sobre os termos da inicial da denúncia por crimes de responsabilidade, visando fornecer uma opinião jurídica sobre a questão a ela submetida.

Outra não é a conclusão da própria Advocacia-Geral do Senado, que na ementa da já mencionada informação assim consignou:

> Ausência de justa causa para recebimento da presente denúncia. *Sugestão de arquivamento pela Mesa* do Senado federal. *Competência exclusiva da Mesa do Senado Federal para deliberar e decidir sobre o recebimento da denúncia* (art. 44 da Lei n. 1079/1950). (...) (Grifei).

Feitas essas breves considerações, tenho que esta impetração não merece seguimento.

O Plenário desta Corte, por ocasião do julgamento do MS 23.885/DF, rel. min. Carlos Velloso, reafirmou o entendimento no sentido de que a competência do presidente da Câmara dos Deputados para recebimento, ou não, de denúncia no processo de *impeachment*, não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhe, inclusive, a faculdade de rejeitá-la imediatamente acaso entenda ser patentemente inepta ou despida de justa causa.

Transcrevo, por oportuno, a ementa do referido julgado:

> *Constitucional. Impeachment: presidente da República: denúncia: Câmara dos Deputados. Presidente da Câmara: competência.*
>
> I – *Impeachment* do presidente da República: apresentação da denúncia à Câmara dos Deputados: competência do presidente desta para o exame liminar da idoneidade da denúncia popular, "*que não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciantes e denunciados, mas se pode estender (...) à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa*, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (...)" (MS 20.941/DF, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 31-8-1992).
>
> II – Mandado de segurança indeferido. (Grifei.)

Naquela assentada, o relator, ministro Carlos Velloso, destacou do parecer proferido pelo procurador-geral da República diversos trechos, dos quais destaco o seguinte:

> 9. Dessa forma, tem-se que a denúncia apenas será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita se recebida pelo presidente da Câmara dos Deputados. **Pela simples leitura das normas supramencionadas, nota-se que não cabe ao presidente da Casa submeter, de imediato, a denúncia ao Plenário, como quer fazer entender o impetrante**. Irrefutável, portanto, que o processo por crime de responsabilidade contempla um juízo preambular acerca da admissibilidade da denúncia. **Faz-se necessário reconhecer ao presidente da Câmara dos Deputados o poder de rejeitar a denúncia quando, de logo, se evidencie, por exemplo, ser a acusação abusiva, leviana, inepta, formal ou substancialmente. Afinal, cuida-se de abrir um processo de imensa gravidade, um processo cuja simples abertura, por si só, significa uma crise**.
>
> 10. Ademais, no tocante à questão de determinar quem é a autoridade competente para o recebimento da denúncia, se o presidente da Câmara, o

Plenário ou a Comissão própria para deliberar sobre isso, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, quando do julgamento do MS 20.941/DF, tendo como relator o ministro *Aldir Passarinho*, e relator para acórdão o ministro *Sepúlveda Pertence*, decisão publicada no *DJ* de 31 de agosto de 1992, sendo válido transcrever parte de sua ementa, vejamos: "Competência do presidente da Câmara dos Deputados, no processo do *impeachment*, para o exame liminar da idoneidade da denúncia popular, que não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciantes e denunciados, mas se pode estender, segundo os votos vencedores, à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso, não interposto no caso.

(...)

12. O eminente ministro *Paulo Brossard*, seguindo a mesma linha de raciocínio, entendeu que "À semelhança do juiz que pode rejeitar uma denúncia, ou uma inicial, o presidente da Câmara também pode. O presidente da Câmara não é um autômato. O presidente da Câmara tem uma autoridade que é inerente à sua própria investidura, tem o dever de cumprir a Constituição, as leis em geral, e o Regimento, em particular que é lei específica. Se bem ou mal entendeu ele de determinar o arquivamento (...). **A questão, para mim, está em saber se a autoridade que indeferiu, ou determinou o arquivamento da petição, tinha poder para fazê-lo. Minha resposta é afirmativa. (...) Ele exerce singular magistratura. Entendo que o Tribunal não poderia desarquivar o processo. No caso vertente, digo mais, não vejo direito líquido e certo a ser protegido**".

13. Com efeito, resta claro que o impetrante não possui o direito líquido e certo de ter determinado o prosseguimento da denúncia ora proposta perante a Câmara dos Deputados, uma vez que a decisão proferida pelo seu presidente encontra-se legalmente amparada (...). (Grifos meus.)

Ressalto, ainda, de forma a dirimir qualquer controvérsia, que os dispositivos da Lei 1.079/1950 que tratam do processo de recebimento da denúncia por crime de responsabilidade pela Câmara dos Deputados, são reproduzidos, em essência, na parte em que dispõe sobre o mesmo procedimento perante o Senado Federal, senão vejamos:

Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.

Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia.

§ 1º O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados.

§ 2º Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da Comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única.

(…)

Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.

Art. 45. A comissão a que alude o artigo anterior, reunir-se-á dentro de 48 horas e, depois de eleger o seu presidente e relator, emitirá parecer no prazo de 10 dias sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias.

Art. 46. O parecer da comissão, com a denúncia e os documentos que a instruírem, será lido no expediente de sessão do Senado, publicado no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos, que deverão ser distribuídos entre os senadores, e dado para ordem do dia da sessão seguinte.

Art. 47. O parecer será submetido a uma só discussão, e a votação nominal considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos.

O Regimento Interno do Senado Federal, por sua vez, no tocante ao processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, remete-o, no que couber, às disposições da Lei 1.079/1950. Senão vejamos:

Art. 377. Compete privativamente ao Senado Federal (Const., art. 52, I e II):

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o Senado funcionará sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 52, parágrafo único). (NR)

Art. 378. Em qualquer hipótese, a sentença condenatória só poderá ser proferida pelo voto de dois terços dos membros do Senado, e a condenação limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (Const., art. 52, parágrafo único).

Art. 379. Em todos os trâmites do processo e julgamento serão observadas as normas prescritas na lei reguladora da espécie.

Art. 380. Para julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades indicadas no art. 377, obedecer-se-ão as seguintes normas:

I – recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, nos casos previstos no art. 377, I, ou a denúncia do crime, nos demais casos, será o documento lido no Período do Expediente da sessão seguinte;

II – na mesma sessão em que se fizer a leitura, será eleita comissão, constituída por um quarto da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade das representações partidárias ou dos blocos parlamentares, e que ficará responsável pelo processo;

III – a comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado Federal, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento;

IV – o Primeiro Secretário enviará ao acusado cópia autenticada de todas as peças do processo, inclusive do libelo, intimando-o do dia e hora em que deverá comparecer ao Senado para o julgamento;

V – estando o acusado ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pelo Presidente do Senado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que ele se encontre;

VI – servirá de escrivão um funcionário da Secretaria do Senado designado pelo Presidente do Senado. (NR)

Art. 381. Instaurado o processo, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções (Const., art. 86, § 1º, II).

Parágrafo único. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (Const., art. 86, § 2º).

Art. 382. No processo e julgamento a que se referem os arts. 377 a 381 aplicar-se-á, no que couber, o disposto na Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950.

Observo, assim, que a sutil distinção reside apenas no fato de que o juízo prévio acerca do recebimento da denúncia na Câmara dos Deputados se dá por ato de seu presidente e no Senado Federal por sua Mesa. Diferença essa que, a meu juízo, não possui o condão de subverter o entendimento assentado por este Tribunal nos julgamentos dos MS 23.885/DF e 20.941/DF.

Verifico, dessa forma, que o arquivamento da denúncia pela Mesa do Senado Federal, mediante aprovação de despacho proferido por seu presidente, na linha do entendimento desta Casa, foi efetuado por autoridade competente para tanto, em consonância com as disposições previstas tanto no Regimento Interno do Senado Federal, quanto nas Lei dos Crimes de Responsabilidade.

O direito a ser amparado nesta via mandamental, *in casu*, refere-se à observância do regular processamento legal da denúncia por crime de responsabilidade apresentada à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal.

Já no que se refere ao exame da conveniência de seu prosseguimento, o juízo é eminentemente de caráter político, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao Legislativo na análise que envolva o mérito dessas denúncias.

Valho-me mais uma vez, por oportuno, de trecho do voto proferido pelo ministro Carlos Velloso no MS 23.885/DF:

> (...) também já restou decidido por essa Colenda Corte que o mérito dessa decisão de recebimento ou não da denúncia pelo presidente da Câmara dos Deputados não pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário, na medida em que tal decisão possui natureza predominantemente política.
>
> (…)
>
> Nota-se, pois, que o *impeachment* é um processo estranho ao Poder Judiciário, que começa e termina no âmbito parlamentar, por expressa disposição constitucional.

O impetrante, ao sustentar a violação de seu direito líquido e certo de, "como cidadão brasileiro, ver pronunciamento dos Senhores Senadores da República sobre questão que, pela lei, só a eles cabe deliberar", confundiu a fase de recebimento

> da denúncia, a qual compete, nos termos da primeira parte do art. 44 da Lei 1.079/1950 e do art. 380, I, do RISF, à Mesa do Senado, com a fase subsequente a essa, qual seja a da deliberação acerca de seu mérito, prevista nos dispositivos seguintes aos mencionados.
>
> Assim, a meu juízo, ausente a indispensável demonstração da certeza e liquidez do direito pleiteado nesta via mandamental, incognoscível o *writ*.

Verifico, outrossim, que melhor sorte não assiste à alegação feita pelo agravante de que haveria diferenças, ainda que sutis, entre o caso concreto e os julgados citados, quanto às autoridades envolvidas nos pedidos de *impeachment,* ao argumento de que

> (...) aqueles envolviam ocupantes de cargos eletivos, e por nomeação, mas transitórios todos; no presente envolve autoridade ocupante de cargo por nomeação e vitalício, com dever de obediência a regulamentos próprios, e com obrigações, direitos e deveres diversos e ampliados em vários pontos, dos daqueles outros.

Isso porque, conforme também assentado na decisão agravada, nas circunstâncias descritas nos autos, o direito que se busca resguardar no *writ* refere-se à observância do regular processamento legal das denúncias por crime de responsabilidade apresentadas à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal.

Questões referentes à conveniência ou ao mérito dessas denúncias, na esteira dos pronunciamentos deste Tribunal, não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias.

Isso posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

MS 30.672-AgR/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Alberto de Oliveira Piovesan (Advogado: Alberto de Oliveira Piovesan). Agravado: Presidente do Senado Federal. Litisconsorte passivo: Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Decisão: Após o voto do ministro Ricardo Lewandowski (relator), que negava provimento ao recurso de agravo, pediu vista dos autos o ministro Marco Aurélio. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Impedido o ministro Gilmar Mendes. Presidência do ministro Cezar Peluso.

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

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

VOTO-VISTA

O sr. ministro Marco Aurélio: O impetrante narrou haver apresentado, em 12 de maio de 2011, perante o presidente do Senado Federal, com base no art. 41 da Lei 1.079/1950, pedido de *impeachment* do ministro Gilmar Mendes. Asseverou ter protocolado petição com todas as formalidades versadas na lei mencionada. Segundo afirmou, o impetrado, em vez de dar curso ao processo, determinou a manifestação preliminar da Assessoria Jurídica, a qual opinou pelo arquivamento, consideradas razões de mérito, usurpando, consoante entende, atribuição dos senadores.

Sustentou que o pronunciamento da Assessoria deveria limitar-se aos aspectos extrínsecos do pleito, pois a matéria de mérito submete-se à deliberação do Senado Federal, a teor do art. 48 da Lei 1.079/1950. Aludiu à previsão dos arts. 379 e 380 do Regimento Interno daquela Casa Legislativa, apontando-os violados. Informou que o pedido decorreu de diversas notícias veiculadas na mídia, as quais indicam ter o ministro recebido benesses de certo advogado. Alegou ser o Senado o foro adequado para investigar tais denúncias, a fim de afastar qualquer dúvida sobre a isenção dos ministros do Supremo.

Buscando fosse solicitada ao impetrado a juntada da decisão de arquivamento, requereu a decretação de nulidade do ato, determinando-se o prosseguimento da petição, nos termos do art. 44 da Lei 1.079/1950.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo, à luz do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo, negou seguimento à impetração. Inicialmente, consignou o descabimento do pedido de juntada do pronunciamento impugnado, ante o disposto no § 1º do art. 6º da Lei 12.016/2009. Não se encontraria presente a prova da recusa da autoridade coatora em fornecer o documento. Apontou ter verificado, no *Diário do Senado Federal*, a publicação da decisão por meio da qual o presidente determinou o arquivamento, por inépcia e improcedência, da petição inicial concernente ao processo de *impeachment*, do ato de aprovação da Mesa e da Informação 51/2001, elaborada pela Advocacia do Senado Federal.

Disse da insubsistência da alegação de não poder a Assessoria emitir parecer sobre questões de mérito, porquanto a peça tem natureza meramente opinativa, incumbindo exclusivamente à Casa Legislativa deliberar sobre o tema arguido. Relembrou que o Supremo, no julgamento do MS 23.885/DF, da relatoria do ministro Carlos Velloso, reafirmou a óptica no sentido de que a atribuição da Presidência da Câmara dos Deputados para recebimento, ou não, da denúncia no processo de *impeachment* não se restringe a uma admissão meramente burocrática, mas se estende também à análise referente à inépcia ou à justa causa do pedido formulado.

Ressaltou que os dispositivos da Lei 1.079/1950 a respeito do processo de recebimento da denúncia, por crime de responsabilidade, pela Câmara dos Deputados são reproduzidos, em essência, na parte em que dispõe sobre o mesmo procedimento perante o Senado. Já o Regimento Interno deste último

remeteria à disciplina da mencionada lei, conforme o art. 379. Anotou estar a distinção apenas no fato de o crivo acerca do recebimento, na Câmara, caber ao presidente e, no Senado, à Mesa, o que não seria suficiente para afastar o entendimento do Tribunal nos julgamentos dos MS 23.885/DF e 20.941/DF.

No tocante ao juízo de conveniência do prosseguimento, asseverou ser de caráter político, não podendo o Judiciário substituir-se ao Legislativo. Consignou que o impetrante confundiu a fase de recebimento da denúncia, a qual compete, nos termos do art. 44 da Lei 1.079/1950 e do art. 380, I, do Regimento, à Mesa do Senado, com a de apreciação do mérito.

No agravo interposto contra esse pronunciamento, o impetrante aponta a antiguidade da jurisprudência evocada, argumentando ainda que a decisão foi tomada com escore apertado. Faz referência aos votos vencidos de quatro ministros. Salienta haver diferença entre este caso e os dos precedentes citados, porquanto o investigado é ministro do Supremo, ocupante de cargo vitalício, com obrigações próprias, e, nos outros, os envolvidos eram o presidente da República, ministros de Estado e o consultor-geral da República. Afirma descaber o julgamento de mérito pelo presidente ou pela Mesa da Casa Legislativa, porque, segundo o art. 52, II, da Constituição Federal e o art. 48 da Lei 1.079/1950, trata-se de atribuição do Plenário.

Assevera que o exame sumário obstou a apuração dos fatos, impedindo a revelação da verdade. Quanto ao art. 44 da Lei 1.079/1950, sustenta que a expressão "recebimento" não está empregada no sentido jurídico, mas apenas físico de alguma coisa. Consoante entende, nos órgãos colegiados, a decisão é coletiva, nunca singular.

Na sessão de 17 de agosto de 2011, o ministro Ricardo Lewandowski votou pela manutenção do ato monocrático pelos próprios fundamentos nele lançados. Em seguida, e considerada a dinâmica atinente à apreciação de agravos regimentais – vejam notas taquigráficas –, antecipei o pedido de vista para analisar a matéria.

Consoante o § 1º do art. 6º da Lei 12.016/2009, se o documento necessário à prova do alegado estiver em repartição ou estabelecimento público ou em poder de terceiro ou de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, deverá o magistrado determinar, preliminarmente, a apresentação da peça em original ou em cópia autenticada. É benefício processual favorável ao impetrante, fundamentado na cláusula geral de acesso à Justiça.

Em obra sobre o tema, atualizada pelo ministro Gilmar Mendes, Hely Lopes Meirelles afirma que o conhecimento posterior das premissas do ato impugnado enseja ao impetrante a oportunidade de alterar o pedido formalizado (*Mandado de segurança e ações constitucionais*, 2010, p. 139), o que bem denota o espírito presente na legislação processual. Portanto, a ausência de cópia do ato coator não é obstáculo à sequência do mandado de segurança, ante a possibilidade de juntada posterior pela autoridade impetrada. Entender de forma diversa

seria olvidar o alcance da lei e do inciso XXXV do art. 5º da Diploma Maior. Há precedente do Supremo – RMS 22.792/DF, rel. min. Maurício Corrêa.

O ministro Ricardo Lewandowski fez referência à publicação da decisão impugnada e do parecer elaborado pela Assessoria Jurídica do órgão em 8 de junho de 2011, no *Diário Eletrônico do Senado*, dois dias antes da impetração deste mandado de segurança, ocorrida em 10 de junho de 2011. No mais, mostrando-se suficientes os elementos contidos no processo para a análise de viabilidade, passo ao exame do mérito do agravo.

O agravante busca afirmar a competência exclusiva do Plenário do Senado Federal para o julgamento das denúncias relativas a crimes de responsabilidade praticados por ministros do Supremo, fazendo-o, com alegado fundamento no art. 52, II, da Constituição Federal, mediante interpretação do art. 44 da Lei 1.079/1950. Sustenta a insubsistência do que consignado, no parecer da Assessoria Jurídica do Senado, quanto à ausência de justa causa e de inépcia da peça reveladora da denúncia. Assim dispõem as normas mencionadas:

> **Constituição Federal de 1988**
> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
> (...)
> II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

> **Lei 1.079/1950**
> Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.

A discussão reaviva o debate travado pelo Supremo no julgamento dos MS 23.885/DF – da relatoria do ministro Carlos Velloso – e 20.941/DF – relatado pelo ministro Aldir Passarinho, designado para redigir o acórdão o ministro Sepúlveda Pertence. Discutiu-se a possibilidade, ou não, de realização de juízo de admissibilidade concernente a denúncias de prática de crime de responsabilidade encaminhadas ao órgão político, obstando-se a submissão ao colegiado.

Nos precedentes, estava em jogo o recebimento de denúncias formalizadas contra o presidente da República e ministros de Estado, cuja competência para autorizar a instauração de processo é da Câmara dos Deputados, consoante disposto no art. 51, II, da Carta de 1988. O Tribunal assentou que o ato de recebimento da denúncia não é puramente burocrático, mostrando-se adequada a apreciação alusiva à forma e ao fundo, de modo a impedir a tramitação de denúncias que não merecem prosperar. No julgamento do MS 20.941/DF, o ministro Sepúlveda Pertence fez ver:

> De outro lado, esse recebimento da denúncia, ato liminar do procedimento, não se reduz a uma tarefa material de protocolo: importa decisão, como o reconhecem os impetrantes, ainda que lhe pretendam reduzir o alcance à verificação dos requisitos puramente formais dos arts. 15 e 16 daquela mesma lei, ao passo que a autoridade coatora se sentiu autorizada a avançar até o endosso da afirmação do parecer da assessoria legislativa, que reputou inepta a acusação.

Os casos se assemelham no essencial. No primeiro julgamento – do MS 20.941/DF –, ainda não integrava o Supremo. No segundo, de reafirmação da jurisprudência, estive ausente justificadamente, mas saliento ter indeferido a liminar pleiteada pelo impetrante, quando ainda era relator do processo, o qual passou à relatoria do ministro Carlos Velloso em razão de minha assunção à Presidência do Supremo.

A distribuição de atribuições entre os órgãos pertencentes à estrutura de um poder político, ressalvadas as hipóteses em que os instrumentos normativos, em especial a Constituição, definem-na de maneira peremptória, é matéria de cunho interno. Conforme preceitua a Lei Maior, compete ao Senado elaborar o respectivo Regimento Interno – art. 52, XII. Descabe, nessa linha, pressupor que todas as atividades desenvolvidas serão exercidas pelo Plenário, sob pena de se consagrar o princípio da ineficiência e de inviabilizar o funcionamento do Senado da República.

No direito administrativo, a divisão de tarefas entre órgãos hierárquicos chama-se desconcentração. A técnica visa exatamente impedir o acúmulo de tarefas considerado órgão específico, normalmente de grau superior. As Comissões e as Mesas das Casas Legislativas, constitucionalmente previstas, existem para facilitar o exercício das competências do Poder Legislativo. Assim, ao editar o Regimento Interno, o Senado, no art. 379, remeteu à legislação de regência, e o art. 44 da Lei 1.079/1950 prevê caber à Mesa o recebimento da denúncia. Tais dispositivos mostram-se perfeitamente compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

Observem a organicidade do direito. No campo jurídico, os vocábulos possuem sentido próprio, distinto, ao contrário do sustentado pelo agravante, daquele de uso coloquial. O recebimento – de denúncia, de recurso – revela ato a implicar juízo de admissibilidade. Se assim não fosse, a lei faria alusão ao serviço de protocolo do Senado, e não à Mesa. A tramitação da denúncia por crime de responsabilidade pressupõe o recebimento pela Mesa da Casa Legislativa, sendo essa uma fase do procedimento atinente à aplicação das punições previstas na Lei 1.079/1950. Caso recebida, será criada a comissão especial à qual alude o art. 45 do mesmo diploma.

Atentem para a importância das decisões das Mesas das Casas Legislativas. O § 1º do art. 58 da Lei Maior prevê, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares na composição das Mesas. O art. 103, II e III, a elas atribui a prerrogativa de iniciar o controle concentrado de constitucionalidade. O § 2º do art. 50 confere-lhes a possibilidade de encaminhar pedidos escritos de informações aos ministros de Estado e

subordinados, resultando em crime de responsabilidade a recusa ou a ausência de resposta no prazo de trinta dias. Isso tudo demonstra o papel relevante que exercem no sistema político brasileiro.

A tal conclusão também chego em razão da gravidade do processo de *impeachment*. Uma vez instaurado, traz incerteza quanto à investidura de autoridade da República – fazendo pesar o risco iminente da perda do cargo –, normalmente em grave prejuízo à estabilidade necessária ao funcionamento regular das instituições democráticas. Em obra sobre o tema, o ministro Paulo Brossard veio a consignar:

> A natureza das infrações que o motivam, o relevo das personagens envolvidas na querela e o vulto dos interesses atingidos, fazem ver, a toda evidência, que o *impeachment*, desde que proposto, traz um formidável traumatismo que não seria de tão nocivas proporções se lograsse ser vencido em breves dias; mas, estendendo-se por meses, observados que sejam os trâmites legais, fácil é compreender que não há estrutura social capaz de suportar o cataclisma político que significa um processo desta natureza contra a autoridade que concentra em suas mãos a maior soma de poderes na República; de tais proporções que será o abalo e tais suas repercussões que chega a ser temerário o simples apelo à solução que a lei estabelece. [*O impeachment*, 1965, p. 192 e 193.]

Tão importante é o ato de recebimento do pedido de *impeachment* que o Supremo, interpretando o art. 15 da Lei 1.079/1950, chegou a proclamar, certo ou errado, que a renúncia da autoridade ou a cessação do mandato não fazem interromper o prosseguimento do processo – MS 21.689/DF, da relatoria do ministro Carlos Velloso.

As consequências severas às quais alude o ministro Paulo Brossard, também explicitadas no texto constitucional, bem como o papel ímpar ocupado pela Mesa no cenário político justificam o alargamento do juízo de admissibilidade que exerce. Em outras palavras, ao receber fisicamente a denúncia objetivando a instauração de processo de *impeachment*, a Mesa do Senado não está limitada à análise dos aspectos extrínsecos do pedido. Pode examinar, desde logo, os fatos narrados, a fim de impedir o processamento de denúncias evidentemente inidôneas.

Quanto à apreciação do conjunto probatório e dos elementos constantes do pedido de *impeachment*, trata-se de matéria eminentemente política, de competência do Poder Legislativo. É centenária a jurisprudência do Supremo nesse sentido. Avaliar, em mandado de segurança, se o conjunto fático-probatório é ou não suficiente à instauração do pedido de *impeachment* extrapola as atribuições relativas ao Poder Judiciário, extravasando, inclusive, o campo próprio ao mandado de segurança, por haver necessidade de produção de provas além das reportagens juntadas pelo impetrante.

Ante o quadro, aderindo ao voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, desprovejo o agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

MS 30.672-AgR/DF — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Alberto de Oliveira Piovesan (Advogado: Alberto de Oliveira Piovesan). Agravado: Presidente do Senado Federal. Litisconsorte passivo: Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso de agravo. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e 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, 15 de setembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

HABEAS CORPUS 91.613 — MG

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Paciente: Vicente de Paulo Loffi — Impetrante: Érico Andrade — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. Gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Precedentes. Ordem denegada.**

1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso.

O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais.

A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas.

No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do Ministério Público: crime de tráfico de influência praticado por vereador.

2. Gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova.

Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas.

O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada "gravação telefônica" ou "gravação clandestina".

Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ).

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Brasília, 15 de maio de 2012 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Vicente de Paulo Loffi contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 19.136/MG.

Colhe-se dos documentos que – diante de representação do presidente da 137ª Subseção, Ribeirão das Neves, Seccional Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil, do noticiário veiculado na imprensa do Estado de Minas Gerais dando conta do envolvimento de seis vereadores em atos ilícitos relativos ao desembargo e à liberação pelo Poder Executivo municipal do empreendimento denominado "Cemitério Portal da Paz", e do conteúdo degravado de fita cassete encaminhada pela Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais – a Primeira Promotoria de Justiça de Ribeirão das Neves, com fundamento no art. 26, I, da Lei 8.625/1993, e 67, I, da LC 34/1994, instaurou, em 13 de março de 2003, procedimento administrativo investigatório (fls. 20-23).

À época, o paciente, então vereador, ter-se-ia utilizado de sua função no Poder Legislativo municipal para facilitar a construção do "Cemitério Parque Portal da Paz", empreendimento que seria realizado pela empresa Minas Terra Empreendimentos Imobiliários Ltda., por meio de seu sócio-gerente, José Antônio Pereira Bitarães. Em troca dessa facilitação, teria solicitado o pagamento de R$ 12.000,00 – a ser dividido entre o paciente e cinco outros vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves.

Diante desse contexto, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o paciente imputando-lhe a suposta prática do crime previsto no art. 332 do CP (tráfico de influência).

Notificado da referida denúncia, o acusado apresentou defesa preliminar, em que alegou, em síntese: I – a impossibilidade de recebimento da denúncia fundada em prova ilícita ou em provas dela derivadas; II – ilegitimidade da instauração de inquérito criminal pelo Ministério Público; e, por fim, III – a atipicidade da conduta do vereador em relação ao crime previsto no art. 332 do Código Penal.

A juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão das Neves rejeitou as preliminares suscitadas pela defesa e, diante da presunção de possibilidade de existência de prática delitiva, recebeu a exordial acusatória.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem.

Irresignada, interpôs recurso ordinário em *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma do STJ negou-lhe provimento.

Daí, o presente *habeas corpus* neste Supremo Tribunal Federal, no qual suscita a nulidade de ação penal fundada em inquérito criminal instaurado pelo Ministério Público e o vício da ilicitude das provas colhidas durante o processo.

Em relação à possibilidade de instauração de inquérito inquisitivo pelo Ministério Público, alega que, por conta do quanto disposto nos arts. 4º e 5º do CPP, bem como no art. 129, VIII, da CF, o *Parquet* pode atuar na fase investigativa do processo penal nas hipóteses expressamente estabelecidas em lei, mas jamais instaurar o inquérito criminal.

Quanto à licitude das provas que serviram de base para a ação penal, aduz que nenhum dos interlocutores teriam autorizado a gravação das conversas telefônicas, tampouco teriam ciência de que essas conversas estavam sendo gravadas. Assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso teria ofendido, a uma só vez, os incisos XII e LVI da Constituição Federal.

Nesses termos, pleiteia o trancamento desta ação penal.

O ministro Cezar Peluso, em 24 de fevereiro de 2010, determinou o sobrestamento do presente feito até a decisão final dos seguintes processos: HC 84.548/SP, ADI 3.806/DF, ADI 3.836/DF.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a nulidade da ação penal instaurada em desfavor do paciente, sob os seguintes argumentos: 1) ilegitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público e 2) impossibilidade de recebimento da denúncia fundada em prova ilícita ou em provas dela derivadas.

Em 24 de fevereiro de 2010, o ministro Cezar Peluso, então relator, determinou o sobrestamento do presente feito até a decisão final dos seguintes processos: HC 84.548/SP, ADI 3.806/DF, ADI 3.836/DF.

Incomoda-me, porém, o perverso efeito que o tempo impõe ao processo inconcluso, quer na apuração dos graves fatos noticiados, quer na sujeição indefinida dos denunciados. É por isso que trago o caso a julgamento desta Segunda Turma.

1. Poder de investigação do Ministério Público

A questão ora submetida a julgamento não é nova, é polêmica, apresenta posições bem-delineadas e em sentidos diametralmente opostos.

Uma primeira corrente, contrariamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimentos administrativos investigatórios, aduz, em síntese, que:

a) a atividade investigatória, consoante o art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, é exclusiva da polícia judiciária.

b) a investigação procedida pelo *Parquet* viola o sistema acusatório, porquanto promove um desequilíbrio entre acusação e defesa.

c) o *Parquet* tem o poder de requisitar diligências ou a instauração de inquéritos policiais, mas jamais de presidi-los, nos termos do art. 129, III, da CF.

d) a inexistência de previsão legal de instrumento hábil a permitir e demarcar os limites das investigações.

Desse grupo, destaco o seguinte excerto da obra "Ministério Público e Investigação Criminal", de Rogério Lauria Tucci:

> É de ser anotada, a tal propósito, desde logo, a asserção de que o poder investigatório seria concedido, ao Ministério Público, pela própria Constituição Federal, nos incs. I, VI, VIII e IX do art. 129; e, portanto, seria um contrassenso negá-lo ao titular da ação penal, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado.
>
> Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar.
>
> Dúvida alguma pode haver acerca dessa realidade, de sorte a restar ilusório o alvitre de uma investigação escorreita, pelo órgão ministerial, assim orientado, por amor à obra então realizada, a um desfecho exitoso do procedimento inquisitorial a seu cargo.
>
> Ademais, o fato de ser possível a verificação da prática de infração penal, em autos de inquérito civil, a cargo do Ministério Público, não obsta a que, com os elementos eventualmente colhidos, se proceda, em sequência, à apuração regular da materialidade do fato e respectiva autoria: até mesmo o órgão jurisdicional, por força do disposto no art. 40 do CPP, ao invés de proceder, diretamente, a investigação, deve remeter os respectivos autos ou papéis ao Ministério Público, para que este, se for o caso, requisite a instauração de inquérito policial.
>
> De outra banda, e como, igualmente, salientado, as outras espécies de investigação, que não a policial, em voga, ostentam respaldo constitucional inquestionável, determinante da atribuição deferida a outras autoridades, tanto administrativas, como dos Poderes Judiciário e Legislativo.
>
> E nem se venha dizer, por fim, que a negação desse tão almejado poder ministerial importaria em sobrelevação das atribuições conferidas à Polícia Judiciária, cuja atuação estaria comprometida em variadas circunstâncias, *e.g.* em relação à apuração de infrações penais cometidas por agentes policiais.
>
> Tendo-se, necessariamente, presente que as autoridades policiais, assim como os membros do Ministério Público, atuam, normalmente, com zelo e diligência, bem é de ver que a repartição das atribuições estabelecidas para os agentes

> da persecução penal, presta-se à determinação dos lindes das respectivas atuações, ambas igualmente importantes e necessariamente conjugadas, em prol do resultado visado pelo legislador constituinte, ao diversificá-las. [TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004. p. 85-86.]

Em sentido contrário, negando as premissas anteriores, o entendimento favorável ao poder de investigação do Ministério Público:

a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária.

c) teoria dos poderes implícitos.

d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo *Parquet*.

Nesse sentido concluem Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens:

> Parece não restar qualquer dúvida que a Constituição de 1988 representa uma ruptura paradigmática em nosso País. Trata-se de uma Constituição que se alinha na contemporânea tradição das constituições dirigentes e compromissárias, estabelecendo em seu texto – e em sua principiologia – os mecanismos aptos ao resgate das promessas da modernidade insculpidas no seu núcleo político essencial, que aponta para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito. É desses mecanismos que o Estado – e as Instituições encarregadas constitucionalmente da consecução desse desiderato – não pode abrir mão, sob pena de "demitir-se de sua função precípua", para recorrer às palavras de *Baptista Machado* referidas anteriormente.
>
> Entretanto, textos jurídicos, considerados em si mesmos, pouco ou nada significam. Textos descontextualizados historicamente nada (as)seguram. A experiência ensina – diz *Ferrajoli* – que "nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada". Contrariamente, escreveu *Vittorio Emanuele Orlando*, "nenhuma pessoa de bom senso crerá que uma simples mudança de uma ou mais leis poderia bastar para que o cidadão inglês do século XX venha a encontrar-se, em face de seu soberano, na mesma condição dos súditos do imperador de Uganda".
>
> Assim, de nada adianta todo o arcabouço jurídico-constitucional, forjado a partir do processo constituinte de 1986-88, apontar para um Estado Democrático de Direito, que traz ínsito um *plus* normativo, superador das concepções anteriores de Direito e de Estado (Liberal e Social), se, no conjunto das práticas dos juristas, não se constituir um substrato político, material e cultural, apto a concretizar essa normatividade. Trata-se, pois, de uma questão recorrente, representada pela

discussão da crise de paradigmas: é preciso triunfar sobre a tradição sob pena de fracassarmos por causa dela!

É nesse contexto que entendemos que a decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do RHC 81.326-DF não se coaduna com o conjunto de princípios e normas que constituem o arcabouço constitucional brasileiro. Antes disso, parece atender a outras determinantes, mais aproximadas a razões de natureza política (em sentido lato).

Deveras, são conhecidos os conflitos gerados entre Polícia e Ministério Público a partir do reconhecimento normativo de que também este órgão teria poderes para efetuar diligências investigatórias. Chegou-se a falar em "invasão" de atribuições ou mesmo "usurpação" de funções da Polícia por parte do Ministério Público. Afastadas metáforas ou hipérboles que em nada contribuem ao alcance de uma solução racional – até porque problemas corporativos têm sede distinta, que não a judiciária, para sua resolução –, não podemos negar o óbvio: é possível que em determinados casos tenhamos, a partir da colegitimação de órgãos de Estado, uma duplicidade investigações.

Pois o problema reside exatamente neste ponto: consiste em estabelecermos um espaço teórico-discursivo dentro do qual possamos concluir se, da possibilidade de verificar-se tal situação, deveremos ter, como solução de gênero, a ab-rogação das prerrogativas investigatórias do Ministério Público (conclusão a que chega a decisão prolatada no RHC 81.326-DF) ou, diversamente, se eventual "excesso" por parte deste ou daquele órgão no exercício de suas atribuições não estaria a melhor comportar uma análise concreta (caso a caso) acerca de sua ocorrência, abrindo caminho, pois, a uma solução de espécie.

A lógica que impera sobre o sistema aponta para a segunda hipótese. Ora, existindo mecanismos ágeis e eficazes destinados à correção de abusos muitas vezes imputados aos agentes do Ministério Público – certamente não em maior número que aqueles imputados à própria Polícia –, e o *habeas corpus* e o mandado de segurança são os exemplos mais eloquentes, o que não parece razoável é abortar-se *ab initio* a investigação criminal, concluindo-se pela invalidação de diligências investigatórias pelo exclusivo fato de haverem sido realizadas pelo Ministério Público, nada obstante sua inquestionável base normativa e o interesse público despontante dessa atividade.

Considere-se, ainda, que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público não se consubstancia como uma regra geral. Melhor seria dizê-la confortada no plano da necessidade circunstancial. No mais das vezes, seu desencadeamento decorre ou da inconveniência casuística da instauração de um procedimento amplo como o inquérito policial ou mesmo da omissão da Polícia na investigação de determinados delitos, notadamente quando envolvidos agentes policiais.

O que aqui se preconiza, enfim, não é um "Ministério Público-policial", a dar ensejo à figura de um procurador/promotor "investigador por excelência"; quanto menos um Estado "*big brother*", panóptico ante os meios social e individual. Sustenta-se, isto sim, com substrato na Constituição e na legislação vigente (e válida), a destruição de dogmas que apenas servem para alimentar feudos corporativos há muito inexistentes no Direito comparado.

Nesse sentido, curioso notar-se que ao revés do que se passa no Brasil, na Europa processa-se fenômeno nitidamente distinto. Sofrida pelo terrorismo e – em alguns países mais que em outros – pela corrupção política, bem assim temerosa em relação à danosidade decorrente da criminalidade econômica (muito

especialmente em face do delito de "lavagem de dinheiro", a exigir tratamento uniforme no âmbito comunitário), já se fala, naquela ordem de domínio, em princípio da universalização da investigação, inclusive mediante a criação de organismos supranacionais ao desempenho de tal atividade, concêntricos e mais amplos em relação aos que já existem no âmbito interno de cada nação. Considerado o nível de democracia atingido pelo modelo político europeu, tudo o que não se poderia fazer seria acoimá-lo de retrógrado.

No caso do Brasil, rigorosamente nada – nem jurídica, nem política, nem pragmaticamente – justifica a concentração da atividade investigatória nas mãos de um só órgão de Estado, ainda que a este se atribua, com primazia, o exercício de tal função.

O essencial, repetimos, é que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público. Em existindo, como de fato existem, tais estruturas de controle – ressalte-se, com proeminência, o controle jurisdicional –, elevadas razões jurídicas (art. 129, I e IX, da CRFB, c/c arts. 8º, V, da LC n. 75/93, 26, da Lei n. 8.625/93, e 4º, parágrafo único, do CPP), bem como o interesse público inerente à atividade investigatória, estão a justificar a sua realização pelo Ministério Público.

Numa palavra: é preciso ter claro que a discussão acerca do alcance da dicção do comando constitucional que aponta para a legitimidade de o Ministério Público realizar diligências investigatórias em matéria criminal não prescinde de uma análise do conjunto principiológico da Constituição, compreendida a partir da revolução copernicana que atravessou o Direito Constitucional no segundo pós-guerra, e que deixou marcas indeléveis nas democracias contemporâneas. Todo Estado de Direito passa a ser compreendido como Estado Constitucional, isto porque este é mais do que aquele. A Constituição passa a ser o estatuto jurídico do político. Mais do que isto, a Constituição constitui-se em remédio contra maiorias eventuais. Nesse contexto, torna-se necessário ter presente as alterações ocorridas no perfil do Estado e – naquilo que mais nos interessa neste debate – do Direito Penal, questões que se refletem no Poder Judiciário e especialmente no Ministério Público.

A matéria merece, pois, um banho de imersão constitucional. E isto implica superar paradigmas. Não é mais possível sustentar uma tradição assentada nos modelos investigativos que remontam à década de 40 do século passado. Naquele modelo, estava-se diante de um Estado autoritário, em que o Poder Judiciário e o Ministério Público longe estavam de qualquer autonomia e independência frente aos demais poderes. Afinal, ao Estado interessava o combate aos delitos de índole interindividual, com nítida preponderância aos crimes contra o patrimônio privado. Esse quadro – agravado por mais de duas décadas de ditadura militar – somente recebe novos contornos em 1988, quando o Brasil ingressa no universo dos países que adotaram o modelo de Constituição dirigente e compromissária, plasmando, no seu texto, instituições e mecanismos aptos a implementar direitos historicamente sonegados à Sociedade.

Daí o alerta de *Canotilho*, que chama a atenção para o fato de que a iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece (ainda) de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio Direito Constitucional. Não é possível, por exemplo, discutir o conceito de Constituição sem se falar em "teorias da Constituição". Seria metodologicamente empobrecedora uma análise dos direitos fundamentais sem uma exposição das "teorias dos direitos fundamentais". No mesmo sentido, aduz o

mestre coimbrano, abordar o princípio democrático sem o suporte teórico das "teorias da democracia". Sem as teorias de *Newton* não se teria chegado à Lua – assim o diz e demonstra *Sagan*; sem o húmus teórico, o Direito Constitucional dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos "ventos", dos "muros" e da eficácia.

Do mesmo modo, não é possível analisar o texto constitucional – naquilo que diz respeito à atuação do Ministério Público no combate à criminalidade – sem recorrer às teorias do Estado e do Direito, ínsitas a qualquer teoria da Constituição. Consequentemente, toda e qualquer interpretação acerca da função investigatória do Ministério Público deve ser feita com os olhos voltados àquilo que o constitucionalismo contemporâneo nos legou: um Direito e um Estado com novos perfis.

Ou seja, os modelos de Estado e de Direito da década de 40, que forjaram a tradição de "legitimidade investigatória policial", são absolutamente discrepantes dos atuais modelos jurídico-estatais. O processo constituinte de 1986-88, que complementa a transição do regime autoritário ao regime democrático, passa a ser um marco interruptivo nesse modelo de investigação policial e de direito processual penal.

Por isto, a problemática relacionada à função investigativa do Ministério Público assume um viés nitidamente constitucional. Fazer o contrário é reduzir o problema ao plano (inferior) da infraconstitucionalidade. É como se, em vez de interpretarmos as leis em conformidade com a Constituição, passássemos a interpretar a Constituição em conformidade com as leis e, quiçá, com leis anteriores à Constituição, o que implicaria fazer uma leitura inconstitucional da própria Constituição! [STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 106-116.]

O próprio Supremo Tribunal Federal não logrou, ainda, firmar orientação dominante.

Ao analisar a controvérsia no âmbito do RE 205.473/AL, a Segunda Turma, em julgamento realizado em 15 de dezembro de 1998, reputou não caber ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, investigações tendentes à apuração de infrações penais, mas somente requisitá-las à autoridade policial, competente para tal, nos termos do art. 144, §§ 1º e 4º.

No julgamento do RHC 81.326/DF, de relatoria do ministro Nelson Jobim, a Segunda Turma voltou a afirmar que a *Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o Parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria* (RHC 81.326/DF, rel. min. Nelson Jobim, Segunda Turma, *DJ* de 1º-8-2003).

Em decisões mais recentes, todavia, é possível encontrar posicionamento diverso, permitindo ao Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

Em processo de relatoria da ministra Ellen Gracie (HC 91.661/PE), a Segunda Turma, à unanimidade, asseverou que o "art. 129, I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia".

Posteriormente, no julgamento do HC 89.837/DF, a Segunda Turma voltou a afirmar essa orientação. Por oportuno, transcrevo trecho do voto proferido pelo relator o ministro Celso de Mello:

> 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.

Por fim, cabe observar que o Tribunal reconheceu, no RE 593.727/MG, a repercussão geral da matéria.

Postas essas premissas, tenho para mim que, nesta quadra do direito constitucional, enquanto não sobrevier decisão do Supremo Tribunal Federal estabelecendo os exatos contornos e limites dessa atividade, é lícito ao Ministério Público investigar, obedecidos os limites e os controles ínsitos a essa atuação.

Não há controvérsia na doutrina ou na jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – civil e federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. E, como destaca o ministro Celso de Mello, *não obstante a presidência do inquérito policial incumba à autoridade policial (e não ao Ministério Público), nada impede que o órgão da acusação penal possa solicitar à Polícia Judiciária novos esclarecimentos, novos depoimentos ou novas diligências, sem prejuízo de poder acompanhar, ele próprio, os atos de investigação realizados pelos organismos policiais* (HC 89.837/DF).

A celeuma que se cria em torno da *exclusividade* do poder de investigação da polícia judiciária, sem adentrar o campo da argumentação não jurídica, perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para o ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente acentuado ser dispensável, ao oferecimento da denúncia, a prévia instauração de

inquérito policial, desde que evidente a materialidade do fato delituoso e presentes indícios de autoria (HC 63.213/SP, rel. min. Néri da Silveira, Primeira Turma, *DJ* de 26-2-1988; HC 63.213/SC, rel. min. Néri da Silveira, Segunda Turma, *DJ* de 3-3-2000).

Dessa forma, considerando o poder-dever conferido ao Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF), afigura-se-me indissociável às suas funções relativa autonomia para colheita de elementos de prova como, de fato, lhe confere a legislação infraconstitucional.

É ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o Estado Democrático de Direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses. E, nessa quadra, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica.

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. Essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior.

Importante mais uma vez advertir que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária. O próprio constituinte originário, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), pareceu encampar esse entendimento.

Raciocínio diverso – exclusividade das investigações efetuadas por organismos policiais – levaria à conclusão absurda de que também outras instituições, e não somente o Ministério Público, estariam impossibilitadas de exercer atos investigatórios, o que é de todo inconcebível.

Por outro lado, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

À guisa de exemplo, cito, entre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) (Lei 9.613/1998), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.

Na linha do entendimento que venho expor, convém destacar excerto do voto proferido pelo ministro Celso de Mello no HC 89.837/DF:

> Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a instituição policial, qualquer que seja a dimensão política em que se ache estruturada (quer no âmbito da União, quer no dos Estados-membros), não detém, em nosso sistema normativo, o monopólio da competência investigatória em matéria penal, pois – tal

como observa Bruno Calabrich (*Investigação criminal pelo Ministério Público*: fundamentos e limites constitucionais, p. 103/104, item n. 3.4, 2007, RT), apoiando-se, para tanto, em registro feito por Luciano Feldens e Lenio Streck – o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da Polícia, promovam, por direito próprio, em suas respectivas áreas de atribuição, atos de investigação destinados a viabilizar a apuração e a colheita de provas concernentes a determinado fato que atinja valores jurídicos postos sob a imediata tutela de referidos organismos públicos, independentemente de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo ou do Poder Legislativo:

(...) No âmbito do Poder Executivo, são citadas as investigações realizadas pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus ESPEI), pelo Bacen (Decif e COAF) e pela Corregedoria-Geral da União (hoje denominada Controladoria-Geral da União). No Poder Legislativo, destacam-se as apurações promovidas pelas CPI (art. 58, § 3º, da CF/1988), além do inquérito a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados ou do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados – art. 269 do Regimento Interno da Câmara). (...).

Podem ser acrescentados diversos outros exemplos não citados na referida obra: as investigações realizadas pelos órgãos estaduais ou municipais correlatos aos federais (Receitas, Corregedorias, Comissões Parlamentares), pelo INSS (crimes contra a previdência social), pelas Delegacias do Trabalho (crimes contra a organização do trabalho, especialmente o trabalho escravo), pelo Ibama e pelos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente (infrações penais ambientais).

Todo esse rol (...) não é exaustivo, nada impedindo, ademais, que outras leis prevejam a atribuição investigatória de outros órgãos, desde que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem. [HC 89.837/DF, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 19-11-2009.]

Porém, convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

Embora não esteja em causa neste *habeas corpus*, é salutar observar que não se justifica a existência de toda uma estrutura de controle para a realização de atos investigativos por parte da autoridade policial, sem que se fale em idêntica estrutura e procedimento para investigações conduzidas pelo Ministério Público.

Daí, o entendimento de que as investigações realizadas no seio daquela instituição devam ser, necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia.

Note-se que caberá, sempre, ao Ministério Público, o controle externo da atividade policial, o que implica a natural participação do *Parquet* no controle das investigações realizadas.

Nessa linha de argumentação, percebo que só se justifica constitucionalmente o exercício da função investigativa, por quem não possui essa função constitucional precípua, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário dessa atividade.

O mesmo diga-se da amplitude dessa atuação. Se à polícia não é dado realizar investigações sem que haja pertinência do sujeito investigador com a base territorial e com a natureza do fato investigado, também não é razoável admitir que qualquer órgão do Ministério Público possa, a seu talante, instaurar investigação contra quem quer que seja.

Uma central de investigações em cada Ministério Público, não apenas para controlar externamente a atividade policial, como também para realizar as investigações subsidiárias que se fizerem necessárias, é um consectário dessa diferenciação funcional que emana da Constituição Federal.

Por outro lado, veja-se que o pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Para tanto, é obrigatório que se emita um ato formal de instauração de procedimento administrativo penal no Ministério Público.

Não é razoável que se dê menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal.

Isso deve ser assim porque todas as regras que estão estabelecidas para o inquérito policial devem ser observadas para os processos administrativos que impliquem, no futuro, investigações de natureza penal ou ação penal propriamente dita.

Tal como ressaltado pelo eminente prof. Luís Roberto Barroso, em parecer encaminhado pela Secretaria de Direitos Humanos nos autos do Inq 1.968, fl. 21, *não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo?*

Compartilhando dessa mesma preocupação, o ministro Celso de Mello teve a oportunidade de aduzir as seguintes ponderações a respeito da questão (HC 89.837/DF):

> Também entendo, senhores ministros, na linha do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que se revela constitucionalmente lícito, ao Ministério Público, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, respeitadas – não obstante a unilateralidade desse procedimento investigatório – as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal.
>
> Isso significa que a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público – tanto quanto a própria Polícia Judiciária – a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados meros objetos de investigação.
>
> O indiciado é sujeito de direitos e dispõe, nessa condição, de garantias legais e constitucionais, cujo desrespeito, pelas autoridades do Estado (trate-se de agentes policiais ou de representantes do Ministério Público), além de eventualmente

> induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, revela-se apto a gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação penal.
>
> Note-se, portanto, analisando-se a questão sob tal aspecto, que o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público não interfere, nem afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua irrecusável condição de presidente do inquérito policial, de responsável pela condução das investigações penais na fase pré-processual da *persecutio criminis* e do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária. [HC 89.837/DF, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 19-11-2009.]

É certo, também, que a instalação de eventual concorrência entre os órgãos envolvidos pode comprometer a efetividade da apuração criminal, com sérios prejuízos para todos. A informalidade de um sistema investigatório, a criação de procedimentos informais podem acarretar, por seu turno, graves danos à proteção dos direitos individuais.

Transcrevo, no ponto, as severas críticas de Pacelli:

> O que deveria ser uma cooperação para o mais adequado exercício de funções públicas, como se esperaria dos poderes constituídos, tornou-se um imenso imbróglio, no qual os argumentos nem sempre conseguem escamotear o fato de tratar-se de pendengas de interesses meramente institucionais/corporativos. [OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.]

As previsões constitucionais que disciplinam a persecução penal não admitem uma atuação estatal arbitrária. Por isso, a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aquelas que definem critérios para a investigação pelo Ministério Público.

Nesse sentido, colho as ponderações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens que assentam que o essencial é *que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público. Em existindo, como de fato existem, tais estruturas de controle – ressalte-se, com proeminência, o controle jurisdicional –, elevadas razões jurídicas (art. 129, I e IX, da CRFB, c/c arts. 8º, V, da LC 75/1993, 26, da Lei 8.625/1993, e 4º, parágrafo único, do CPP), bem como o interesse público inerente à atividade investigatória, estão a justificar a sua realização pelo Ministério Público* (STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 106-116).

Lembro, nesse ponto, que o inquérito policial é concebido, também, como instrumento de garantia do acusado. Não obstante a ausência do contraditório, não deixa o inquérito policial de representar um procedimento legal de mediação entre o interesse do acusado e o direito de punir do Estado. Daí, a existência de garantias mínimas ao acusado, tais como a existência de prazos, a supervisão judicial, a ciência das partes e a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado.

Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.

Entendo que, em alguns casos, eventuais diligências poderiam ser admitidas. Se o Ministério Público recebe informações da Receita Federal ou do Banco Central, estaria impedido de requerer diligências complementares? Não me parece que a resposta seja, necessariamente, negativa. A ausência de uma disciplina normativa não invalida toda e qualquer atuação do Ministério Público, especialmente se ligada a elementos probatórios já existentes.

Não obstante, no modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente. Pela percuciente e judiciosa explanação, adiro ao já asseverado pelo ministro Celso de Mello no HC 89.837/DF:

> Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do *Parquet*, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por promotores e procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal. [HC 89.837/DF, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 19-11-2009.]

No caso concreto, constata-se situação excepcionalíssima que, a meu ver, justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposto crime cometido pelo paciente, então vereador, o qual se teria utilizado de sua função no Poder Legislativo municipal para facilitar a construção do "Cemitério Parque Portal da Paz", empreendimento que seria realizado pela empresa Minas Terra Empreendimentos Imobiliários Ltda. Em troca dessa facilitação, teria solicitado o pagamento de R$ 12.000,00 – a ser dividido entre o paciente e cinco outros vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves.

Colhe-se dos documentos que – diante de representação do presidente da 137ª Subseção, Ribeirão das Neves, Seccional Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil, do noticiário veiculado na imprensa escrita do Estado de Minas Gerais dando conta do envolvimento de seis vereadores em atos ilícitos relativos ao desembargo e à liberação pelo Poder Executivo municipal do citado empreendimento, e do conteúdo degravado de fita cassete encaminhada pela Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais – a Primeira Promotoria de Justiça

de Ribeirão das Neves, com fundamento no art. 26, I, da Lei 8.625/1993 e 67, I, da LC 34/1994, instaurou, ante a possibilidade de favorecimento aos investigados, em 13 de março de 2003, procedimento administrativo investigatório (fls. 20-23).

Friso, ainda, que, visando a proporcionar transparência e controle ao procedimento, quando da instauração, o promotor responsável notificou, para acompanhamento, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Ribeirão das Neves, e o presidente da Câmara de Vereadores.

Não é demais observar que essa atividade supletiva do Ministério Público vem sendo aceita em recentes pronunciamentos desta Corte, destacando-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa. Existência de suporte probatório mínimo. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Possiblidade de investigação pelo Ministério Público. Delitos praticados por policiais. Ordem denegada*. 1. A presente impetração visa ao trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 15-12-2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, I, da Constituição Federal atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus.* [HC 91.661/PE, Segunda Turma, rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 2-4-2009.]

Habeas corpus – Crime de tortura atribuído a policial civil – Possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referido agente policial – Validade jurídica dessa atividade investigatória – Condenação penal imposta ao policial torturador – Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público – Monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo Parquet – Teoria dos poderes implícitos – Caso "McCulloch v. Maryland" (1819) – Magistério da doutrina (Rui Barbosa, John Marshall, João Barbalho, Marcello Caetano, Castro Nunes, Oswaldo Trigueiro, v.g.) – Outorga, ao Ministério Público, pela própria Constituição da República, do poder de controle externo sobre a atividade policial – Limitações de ordem jurídica ao poder investigatório do Ministério Público – Habeas corpus indeferido.

Nas hipóteses de ação penal pública, o inquérito policial, que constitui um dos diversos instrumentos estatais de investigação penal, tem por destinatário precípuo o Ministério Público.

– O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes.

– A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

– A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A acusação penal, para ser formulada, não depende, necessariamente, de prévia instauração de inquérito policial.

– Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A questão da cláusula constitucional de exclusividade e a atividade investigatória.

– A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

– Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

– Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória.

– O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

Controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público: oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo Parquet, o poder de investigação penal.

– O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização 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. [HC 89.837/DF, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 19-11-2009.]

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha. Trancamento da ação penal. Alegada falta de justa causa para persecução penal, ao argumento de ilegalidade do procedimento administrativo investigatório procedido pelo Ministério Público e de não constituição definitiva do crédito tributário. Falta de justa causa não caracterizada. Ordem denegada.

1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso.

Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – civil e federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF.

A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes.

Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior.

O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) (Lei 9.613/1998), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.

Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo.

Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal.

Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.

No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: "situações de lesão ao patrimônio público, (...) excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos

policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal".

No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por dezesseis pessoas, sendo onze delas fiscais da Receita estadual, outros dois policiais militares, dois advogados e um empresário.

2. Ilegalidade da investigação criminal ante a falta de constituição definitiva do crédito tributário. Não ocorrência na espécie.

De fato, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, formou-se, nesta Corte, jurisprudência remansosa no sentido de que o crime de sonegação fiscal (art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo.

No entanto, o presente caso não versa, propriamente, sobre sonegação de tributos, mas, sim, de crimes supostamente praticados por servidores públicos em detrimento da administração tributária. Anoto que o procedimento investigatório foi instaurado pelo *Parquet* com o escopo de apurar o envolvimento de servidores públicos da Receita estadual na prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário. Daí, plenamente razoável concluir pela razoabilidade da instauração da persecução penal.

Insta lembrar que um dos argumentos que motivaram a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos.

3. *Ordem denegada*. [HC 84.965/MG, Segunda Turma, de minha relatoria, *DJ* de 10-4-2012.]

Dessa forma, não observo qualquer nulidade na atuação investigativa do Ministério Público, nos termos em que ela se deu no presente caso.

2. Impossibilidade de recebimento da denúncia fundada em prova ilícita ou em provas dela derivadas

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípuo de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos atingidos pela persecução penal.

A discussão sobre as provas, no campo do direito material, pode receber inúmeros subsídios do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais. Com efeito, as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal.

É que a garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita mantém estreito vínculo com outros direitos e garantias também constitucionais. À guisa de ilustração, cito aqui o direito à

intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV).

Em razão dessa estreita ligação, não raro ocorrerão situações a envolver a colisão entre esses direitos. Nesse ponto é que assume relevo singular a aplicação do princípio da proporcionalidade, como regra de ponderação de valores para a superação de eventuais conflitos. Assim, atento às situações peculiares do caso concreto, cabe ao intérprete sopesar os interesses em conflito, com o objetivo de estabelecer qual princípio deverá prevalecer, segundo um critério de justiça prática.

Cumpre observar que, por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. Daí, a advertência do ministro Celso de Mello nos autos do RHC 90.376/RJ:

> A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo poder público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. [RHC 90.376/RJ, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJE* de 17-5-2007.]

Na espécie, a fim de delimitar a controvérsia, colho trecho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do RHC 19.136/MG:

> Depreende-se dos autos que a conversa foi gravada por um dos interlocutores, como se constata do seguinte trecho da denúncia, *ipsis litteris*: "Consciente da ilegalidade do ato do acusado, o empresário passou a realizar a gravação das ligações telefônicas que recebia do acusado, de molde a ser proteger". [Apenso 2, fls. 344-345.]

Do excerto, depreende-se que o presente caso versa gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada "gravação telefônica" ou "gravação clandestina". Segundo a melhor doutrina:

> Existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação de conversa entre presentes (ambiental),

> por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes (ambiental) por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes (ambiental), por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s). [GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 208-209.]

Desse modo, importante distinguir interceptação e gravação. A interceptação é a captação de conversa realizada por um terceiro, com ou sem o conhecimento de um dos interlocutores. Por exemplo, o denominado grampo telefônico. Por outro lado, se a captação da conversa é feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, tem-se a gravação clandestina.

Nesse sentido, a referência constante do texto constitucional – art. 5º, XII – diz respeito à interceptação telefônica, com ou sem consentimento de um dos interlocutores, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Não se contempla aqui, em princípio, a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro (autogravação). Gravações essas muitas vezes realizadas com o propósito de autodefesa em face de situações como sequestro de familiares, extorsão ou outras práticas criminosas. Tal conduta parece não se situar no âmbito do art. 5º, XII, *in fine*, mas no âmbito de proteção do art. 5º, X, que dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada. Reproduzo, por ser esclarecedor, trecho do voto proferido pelo ministro Cezar Peluso nos autos do RE 402.717 (*DJE* de 13-2-2009):

> A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.
>
> Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há ideia de subtração (< *interceptus* < *intercipere* < *inter* + *capere*), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.
>
> A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como *proprium* dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.
>
> Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prende, na origem, à vulnerabilidade material relativa de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restrito ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em tais condutos comunicativos, certa promessa de privatividade das interlocuções, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (*privacy*) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta,

esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o ordenamento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia.

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentes.

(...)

É que assim os depoimentos pessoais, como os testemunhais soem exprimir o conteúdo de conversas entretidas, pelas partes e testemunhas, entre si, ou com outras pessoas, significando sempre, nesses casos, reprodução e divulgação do conteúdo da conversa entre presentes, ou até mantida por via telefônica, de um dos interlocutores, sem prévio assentimento ou conhecimento do outro, com resultado prático idêntico ao da semelhante revelação do teor de comunicação telefônica gravada, e, como tal, suscetível de idêntico juízo teórico de reprovabilidade jurídica. Que diferença há, para fins de justificação da existência de suposto dever de sigilo que recairia também sobre os próprios interlocutores, entre conversa mantida por telefone e a que se dá entre presentes? Ambas guardam a mesma particularidade de serem, enquanto estão ocorrendo, comunicações instantâneas, fugidias e desprovidas de vestígios materiais. E, qualquer que seja a modalidade ou o meio técnico usado para tanto, a revelação de uma em nada difere da revelação da outra, de modo que seria absurdo encontrar ilicitude num caso e licitude noutro. [Grifei.]

Quanto à gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro), este Supremo Tribunal Federal assentou, em diversos julgados, a licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. À guisa de ilustração, colho alguns precedentes:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Gravação ambiental feita por um interlocutor sem conhecimento dos outros: constitucionalidade. Ausente causa legal de sigilo do conteúdo do diálogo. Precedentes. 1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. [AI 560.223-AgR/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJE* de 28-4-2011.]

Prova. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com

interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. [RE 402.717/PR, rel. min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJE* de 12-2-2009.]

Constitucional. Processo civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Ação de indenização por danos materiais e morais. Gravação. Conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Inexistência de causa legal de sigilo ou de reserva de conversação. Licitude da prova. Art. 5º, XII e LVI, da Constituição Federal. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. [AI 578.858-AgR/RS, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* de 27-8-2009.]

Mais recentemente, nos autos do RE 583.397/RJ, o Plenário desta egrégia Corte, ao reconhecer a repercussão geral da matéria, reafirmou a remansosa jurisprudência para concluir ser lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Confira:

Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. [RE 583.937-RG-QO/RJ, rel. min. Cezar Peluso, Pleno, *DJE* de 17-12-2009.]

Diante desse quadro, concluo ser lícita a divulgação de gravação sub-reptícia de conversa telefônica feita por um dos interlocutores mesmo sem o consentimento do outro.

Por outro lado, noto que a defesa afirma não ter sido a conversa telefônica gravada pelo empresário (José Antônio Bitarães) e sim por um terceiro (Geraldo Bitarães), sem a sua autorização, o que caracterizaria verdadeiro "grampo telefônico". Aduz, inclusive, que *o empresário José Antônio Pereira Bitarães declarou, expressamente, na CPI realizada pela Câmara Municipal de Ribeirão das Neves, que não autorizou as tais gravações telefônicas clandestinas* (fl. 11).

Bem compulsados os autos, é possível, contudo, colher-se informação em sentido diametralmente oposto. Em depoimento prestado no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o sr. José Antônio Pereira Bitarães informou o seguinte:

(...) que o Geraldo Bitarães revelou ao declarante que tinha uma aparelhagem de gravação e convenceu o declarante para realizar a gravação de suas conversas para que, no futuro, pudesse fazer sua defesa em eventuais demandas judiciais ou não; **que o declarante anuiu com as gravações**, esclarecendo que concordou com

> as gravações relacionadas aos R$ 700.000,00 que haviam sido pedidos pelo Carlos Willian. [Apenso 1, fl. 147 – Grifei.]

Assim, diante da contradição desses depoimentos, tenho para mim não ser o *habeas corpus*, que tem por objetivo precípuo afastar manifesta violência ou coação à liberdade de locomoção, a via adequada para a solução da controvérsia. É que, para sanar a discrepância desses depoimentos e firmar a idoneidade de um ou outro, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é de todo inviável.

Não bastasse essa incoerência, é certo que a jurisprudência desta egrégia Corte já teve a oportunidade de assinalar a licitude da captação da comunicação telefônica realizada por terceiro com o conhecimento de apenas um dos interlocutores – sem o conhecimento, portanto, do outro. Transcrevo alguns precedentes:

> *Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido. [HC 74.678/SP, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 15-8-1997.]

> 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, Primeira Turma, 10-6-1997). 2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual. 3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do *habeas corpus*. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão. [HC 75.261/MG, rel. min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, *DJ* de 22-8-1997.]

> *Habeas corpus*. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida. [HC 75.338/RJ, rel. min. Nelson Jobim, Pleno, *DJ* de 25-9-1998.]

Por fim, melhor sorte não assiste à defesa ao alegar que as gravações foram montadas, a fim de produzir o efeito desejado pelo executor da gravação.

É certo que, nos termos do laudo elaborado pelo instituto de criminalística, as fitas periciadas apresentaram indícios de corte: "ao final dos exames técnicos constatou-se elementos de valor técnico pericial que autorizam os subscritores a afirmar que o suporte magnético apresentou cortes" (Apenso 2, fl. 258).

A despeito dessa conclusão, entendo que o só fato de as fitas periciadas terem apresentado indícios de corte não tem o condão de torná-las ilícitas. E por uma razão simples: o corte indubitavelmente não se confunde com o meio de prova e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Eventual vício atinge a idoneidade da prova, enquanto valor probatório, não sua licitude. E, quanto ao valor probante do resultado da gravação, cabe ao órgão jurisdicional, destinatário da prova, averiguar se houve ou não violação de sua integridade, a fim de, tecendo juízo crítico do material colhido, atestar o que é ou não pertinente ser mantido no processo ou qual seu valor.

Em outras palavras, impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, nada impede que o magistrado, na formação de sua convicção, assente a imprestabilidade da gravação. Nada obstrui, também, que, no transcorrer da instrução, se reconheça a imprestabilidade de toda a prova e, ao final, seja absolvido o paciente.

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Nós tivemos um caso, acho que, aqui, na Turma, em que o ministro Peluso chamava a atenção. Um caso em que a pessoa descobriu um dia que estava sendo investigada.

O sr. ministro Cezar Peluso: Há mais de dois anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Há mais de dois anos, pelo Ministério Público e soube por notícia de jornal.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não se pode ter um tipo de inquérito de gaveta.

O sr. ministro Celso de Mello: Certamente.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Uma das coisas que me preocupa, eu, desde logo, já adianto o meu voto acompanhando o raciocínio e o argumento do ministro Gilmar Mendes, sem me comprometer, desde logo, com a tese de forma ampla, é porque o Ministério Público, ao proceder em investigações de natureza criminal, toma como parâmetro, como modelo o inquérito civil

público. E um dos grandes problemas do inquérito civil público é que ele não tem prazo. E, aí, uma investigação dessa sem prazo leva, muitas vezes, a interceptações telefônicas sem prazo, muitas vezes nem tudo é formalizado. Isso preocupa de certa maneira.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Isso que nós estávamos tentando balizar nos vários casos que tivemos. E, aí, nós começamos, inclusive, a chamar atenção para determinadas situações, por exemplo. É o caso da investigação que se faz em relação a dano ao erário, às vezes de forma muita ampla e que exige, então, uma investigação específica, ou o caso de investigação da própria atividade policial.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Tem-se isso, claro.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): São casos clássicos da nossa preocupação. Por quê? Porque obviamente há pelo menos uma névoa, um raio de suspicácia em relação à ideia de que a polícia acaba não fazendo as devidas investigações, esses casos. Então, isso o Tribunal já vem construindo, admitindo que nesse caso é quase que natural que a investigação seja conduzida por órgão do Ministério Público.

O sr. ministro Celso de Mello: Até mesmo em razão do poder de controle externo da atividade policial que a própria Constituição da República conferiu ao Ministério Público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Isso, exatamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Sem dúvida.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): E, assim, então estou, senhores ministros, senhor presidente, manifestando-me no sentido de denegar a ordem.

Entendo que, aqui, é um caso singular, o objeto é a defesa do patrimônio público; houve um procedimento formal com todas as cautelas, inclusive as instauradas publicamente, comunicado à Câmara de Vereadores e à própria Ordem dos Advogados. Portanto, um caso típico que envolve, aparentemente, cinco vereadores dessa pequena comuna de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, e é um caso de corrupção envolvendo algum tipo de facilitação. É isso que se diz, pelo menos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): A escuta telefônica não foi determinada pelo Ministério Público? Chegou às mãos dele?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não.

O sr. ministro Celso de Mello: Na realidade, o Ministério Público **jamais** poderia, *ele próprio*, **ordenar** a interceptação de comunicações telefônicas, **porque se trata** de matéria submetida, *por inteiro*, **ao princípio** *da reserva constitucional de jurisdição*.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Nem poderia.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Ouve-se, ou sabe-se, ou dizem que alguns ministérios públicos têm um sistema guardião.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Essa é uma outra discussão.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Então muitas vezes pode ser uma prova colhida por eles próprios, mas não é o caso, na situação presente.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Aqui, pelo menos, há essa controvérsia, porque o que se diz é que o próprio empresário teria contratado alguém. Mas isso pode ser discutido. Pelo menos é controvertido.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: **Acompanho**, *integralmente*, **o magnífico voto** proferido pelo eminente ministro GILMAR MENDES, **enfatizando** que, *em precedentes de que fui relator* **nesta** colenda Segunda Turma (**HC** 85.419/RJ – **HC** 89.837/DF – **RHC** 83.492/RJ, *v.g.*), **também reconheci** *a plena legitimidade constitucional do poder investigatório* do Ministério Público, **observadas as limitações jurídicas que condicionam** *o válido exercício*, por **qualquer** agente público, das atividades estatais:

> ***HABEAS CORPUS*** *–* ***CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO*** *ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS –* ***POSSIBILIDADE*** *DE O MINISTÉRIO PÚBLICO,* ***FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO*** *POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA,* ***FORMULAR*** *DENÚNCIA* ***CONTRA*** *REFERIDOS AGENTES POLICIAIS –* ***VALIDADE JURÍDICA*** *DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA –* ***CONDENAÇÃO PENAL*** *IMPOSTA AOS POLICIAIS –* ***LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO*** *–* ***MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL*** *DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" –* ***TEORIA*** *DOS PODERES IMPLÍCITOS –* ***CASO*** *"McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) –* ***MAGISTÉRIO DA DOUTRINA*** *(****RUI*** *BARBOSA, JOHN* ***MARSHALL****, JOÃO* ***BARBALHO****,* ***MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO****, v.g.) –* ***OUTORGA****, AO MINISTÉRIO PÚBLICO,* ***PELA PRÓPRIA*** *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA,* ***DO PODER DE CONTROLE EXTERNO*** *SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL –* ***LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO*** *DO MINISTÉRIO PÚBLICO – "HABEAS CORPUS"* ***INDEFERIDO****.*
>
> ***NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO****.*
>
> *–* ***O inquérito policial qualifica-se*** *como procedimento administrativo, de caráter pré-processual,* ***ordinariamente*** *vocacionado* ***a subsidiar****, nos casos de infrações perseguíveis* ***mediante*** *ação penal de iniciativa pública,* ***a atuação persecutória*** *do Ministério Público,* ***que é o verdadeiro destinatário*** *dos elementos que compõem a "informatio delicti".* ***Precedentes****.*

– **A investigação penal**, quando realizada por organismos policiais, **será sempre dirigida** por autoridade policial, **a quem igualmente competirá** exercer, **com exclusividade**, **a presidência** do respectivo inquérito.

– **A outorga** constitucional **de funções** de polícia judiciária à instituição policial **não impede nem exclui** a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", **determinar** a abertura de inquéritos policiais, **requisitar** esclarecimentos **e** diligências investigatórias, **estar** presente **e** acompanhar, **junto** a órgãos **e** agentes policiais, **quaisquer** atos de investigação penal, **mesmo** aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo **de outras** medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", **sendo-lhe vedado**, no entanto, **assumir** a presidência do inquérito policial, **que traduz** atribuição **privativa** da autoridade policial. **Precedentes**.

A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

– **Ainda** que inexista **qualquer** investigação penal **promovida** pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, **mesmo** assim, **pode** fazer instaurar, **validamente**, a pertinente "persecutio criminis in judicio", **desde** que disponha, **para tanto**, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, **que o habilitem** a deduzir, **perante** juízes **e** Tribunais, a acusação penal. **Doutrina**. **Precedentes**.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

– **A cláusula** de exclusividade **inscrita** no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – **que não inibe** a atividade de investigação criminal do Ministério Público – **tem** por única finalidade **conferir** à Polícia Federal, **dentre os diversos** organismos policiais **que compõem** o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), **primazia investigatória** na apuração dos crimes previstos **no próprio** texto da Lei Fundamental **ou**, ainda, em tratados **ou** convenções internacionais.

– **Incumbe**, à Polícia Civil dos Estados-membros **e** do Distrito Federal, **ressalvada** a competência da União Federal **e excetuada** a apuração dos crimes militares, **a função de proceder** à investigação dos ilícitos penais (crimes **e** contravenções), **sem prejuízo** do poder investigatório **de que dispõe**, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

– **Função** de polícia judiciária **e função** de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, **que também justifica** o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. **Doutrina**.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

– **O poder de investigar compõe**, em sede penal, **o complexo** de funções institucionais do Ministério Público, **que dispõe**, na condição de "dominus litis" **e**, também, **como expressão** de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, **da atribuição** de fazer instaurar, **ainda que em caráter subsidiário**, **mas** por autoridade própria **e** sob sua direção, **procedimentos** de investigação penal **destinados** a viabilizar a obtenção de dados informativos,

de subsídios probatórios ***e*** *de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti",* ***em ordem a propiciar*** *eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.* ***Doutrina****.* ***Precedentes****: 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.* [***HC 87.610/SC****, rel. min. CELSO DE MELLO.*]

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Perdão, ministro. Essa é a grande dificuldade que eu tenho, justamente porque, quando se trata de um inquérito policial, o juiz controla prazos, controla as diligências que são pertinentes ou impertinentes, em face da Constituição Federal.

Eu, então, saúdo Vossa Excelência e me ponho de acordo com esses entendimentos desta Segunda Turma, à qual eu não pertencia, quando ressalta exatamente a necessidade do controle judicial.

O sr. ministro Celso de Mello: **É por essa razão**, senhor presidente, **que fiz consignar**, *em todos esses precedentes*, **a inteira submissão** *ao controle jurisdicional* da atividade investigatória **promovida** pelo Ministério Público, **eis que se revela oponível**, ao "*Parquet*", **notadamente** quando exerce o poder de investigação penal, **o sistema** de direitos e garantias individuais:

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.*). [**HC 89.837/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Cabe destacar, *agora*, senhor presidente, **outro** fundamento **em que se apoia** a presente impetração, **que sustenta** *a ilicitude da prova penal* produzida contra o ora paciente.

É inquestionável que a pessoa, *qualquer pessoa*, **tem** o direito *de não ser* investigada, *de não ser* acusada e *de não ser* condenada com apoio em prova **tisnada** *pelo vício da ilicitude*, **quer se trate** *de ilicitude originária*, **quer se cuide** *de ilicitude derivada*.

O Supremo Tribunal Federal, *em diversos precedentes*, **tem reconhecido**, *em favor* de pessoas **expostas** a medidas de persecução penal, *esse direito essencial* que, **fundado** em cláusula constitucional (**CF**, art. 5º, LVI), **impede** o Estado **de valer-se** *de prova ilícita* **por ele coligida** *no desempenho* de sua atividade investigatória e persecutória:

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE *DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (****OU PERANTE*** *QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE* ***DA TRANSGRESSÃO ESTATAL*** *AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.*

– ***A ação persecutória*** *do Estado,* ***qualquer*** *que seja a instância de poder perante a qual se instaure,* ***para revestir-se*** *de legitimidade,* ***não pode apoiar-se*** *em elementos probatórios* ***ilicitamente*** *obtidos,* ***sob pena*** *de ofensa à garantia constitucional do "due process of law",* ***que tem***, *no dogma* ***da inadmissibilidade*** *das provas ilícitas,* ***uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras*** *no plano do nosso sistema de direito positivo.*

– ***A Constituição da República***, *em norma* ***revestida*** *de conteúdo vedatório (****CF****, art. 5º, LVI),* ***desautoriza***, *por incompatível com os postulados* ***que regem*** *uma sociedade* ***fundada*** *em bases democráticas (****CF****, art. 1º),* ***qualquer prova*** *cuja obtenção, pelo Poder Público,* ***derive de transgressão*** *a cláusulas de ordem constitucional,* ***repelindo***, *por isso mesmo,* ***quaisquer*** *elementos probatórios* ***que resultem*** *de violação do direito material (****ou****, até mesmo, do direito processual),* ***não prevalecendo***, *em consequência, no ordenamento normativo brasileiro,* ***em***

matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

– Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

– A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

– A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

– Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

– Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

– A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ***ILICITAMENTE*** *OBTIDA – DOUTRINA –* ***PRECEDENTES*** *DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –* ***JURISPRUDÊNCIA COMPARADA*** *(A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.* [**RHC 90.376/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

É de observar, *no entanto*, **tendo em vista** o contexto ora em exame, *que a autogravação de conversa telefônica*, **sem** o conhecimento **do outro** interlocutor

que participa da relação dialógica, **reveste-se**, *ordinariamente*, **de legitimidade jurídica**, **tal** como o Supremo Tribunal Federal **tem acentuado** em seu magistério jurisprudencial (**AI 232.123-AgR/SP**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **AI 503.617-AgR/PR**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **HC 74.678/SP**, rel. min. MOREIRA ALVES – **RE 402.717/PR**, rel. min. CEZAR PELUSO, *v.g.*):

> *1. **A gravação** de conversa telefônica **feita por um** dos interlocutores, **sem** conhecimento **do outro**, quando **ausente** causa legal de sigilo **ou** de reserva da conversação **não é considerada** prova ilícita. **Precedentes**.*
>
> *2. Agravo regimental **improvido**.* [***AI 578.858-AgR/RS***, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

O exame do presente caso **não** revela, segundo entendo, **qualquer** transgressão, *por parte do Estado*, ao princípio **que veda** a utilização *de prova contaminada pelo vício da ilicitude*, **considerados**, *para tanto*, **os precedentes** que esta Suprema Corte firmou sobre a matéria.

Em conclusão, senhor presidente, também indefiro este pedido de "*habeas corpus*".

É o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, estou com pedido de vista naqueles três casos e ultimando o meu voto; até o fim do mês, vou dispô-lo para pauta.

E, no caso, estou acompanhando o voto do relator pela similaridade que já foi exaltada por Sua Excelência, em se tratando de mera colheita de gravação lícita entre interlocutores. Isso me basta.

E examino vários aspectos dessas hipóteses. Uma coisa é certa, o Ministério Público é parte e, como qualquer parte, tem direito de buscar provas. Acontece que uma investigação como tal, levada a cabo em termos ou por analogia de inquérito policial, acarreta uma série de dificuldades de controle, como, por exemplo, sobre sonegar provas etc. A pergunta é: como controlar isso? Esse é o grande problema.

No caso basta-me o fundamento aventado pelo eminente relator.

Razão pela qual eu acompanho o voto de Sua Excelência.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Eu já deixei claro, citando inclusive a Súmula 14, de que, nessa linha – lembrava até do precedente do ministro Cezar Peluso –, a questão é que a investigação correu toda ela de forma sigilosa. Nós concedemos a ordem naquele caso para dizer que, de fato, tem de, primeiro, haver uma justificativa, a questão aqui, a atividade regular de investigação é...

O sr. ministro Cezar Peluso: Não pode ser uma alternativa, ou é polícia, ou é Ministério Público; não.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Isso. Ao mesmo tempo, também, não pode haver essa seleção, a integralidade dos documentos; tem de haver, realmente, a publicidade.

O sr. ministro Celso de Mello: As peças **produzidas** ao longo da investigação penal promovida pelo Ministério Público **hão de estar** *integralmente documentadas* **nos autos** do procedimento investigatório.

Esta colenda Segunda Turma, **ao julgar o HC 87.610/SC**, rel. min. CELSO DE MELLO, **após reconhecer** *a legitimidade constitucional do poder investigatório* do Ministério Público, **fez consignar** *a imprescindibilidade* de o "*Parquet*" promover essa documentação formal:

> *– **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.*

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Eu incorporo todas essas considerações enfatizadas, agora, pelo ministro Celso de Mello, que já tinham sido feitas em outra assentada.

Agora, o caso, realmente, é dotado dessas singularidades, envolve cinco vereadores de uma pequena cidade.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não sei se Vossa Excelência, no seu voto, se recorda de um caso do qual eu fui relator – também, não sei se foi na mesma Turma, mas acho que Vossa Excelência estava presente –, em que legitimamos denúncia fundada em documentos recolhidos pelo Ministério Público e que tinha resultado de procedimento disciplinar do próprio Ministério Público. Fui relator desse caso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Eu me lembro daquele caso que foi ao Plenário.

O sr. ministro Cezar Peluso: É do ofício dele proceder à apuração daquele fato, não precisando de inquérito policial.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Nós tivemos aquele outro caso, acho que foi ao Plenário, em que o Ministério Público pediu informações

adicionais a quem tinha feito o inquérito administrativo, se tratava de fraude de hospitais, para prestar esclarecimento sobre perícia. Não era uma perícia médica, ou identificar o tipo de fraude. Quer dizer, o Ministério Público pedir esclarecimentos; não se tratava de fazer investigação, quer dizer, a investigação, toda ela já tinha sido feita na esfera administrativa do próprio Ministério da Saúde, salvo engano, ou da Previdência Social.

O sr. ministro Celso de Mello: **É certo** que o Ministério Público **não necessita** do inquérito policial **para formular** acusação penal, **desde** que o faça **com apoio** em dados probatórios **que justifiquem** o oferecimento, *desde logo*, da denúncia, **tal como** esta Corte tem **reiteradamente** assinalado:

> ***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***. [HC 89.837/DF, rel. min. CELSO DE MELLO.]

É interessante observar *que a alegação de impossibilidade* de o Ministério Público, **quando autor** da investigação penal, **converter-se**, *ele próprio*, **em autor** da acusação criminal **fundada** nos dados probatórios *por ele mesmo legitimamente coligidos* **tem sido rejeitada** pelo Supremo Tribunal Federal (**RHC 48.728/SP**, rel. min. LUIZ GALLOTTI, "in" **RTJ** 63/299, *v.g.*) **e**, *também*, **cuidando-se** *de apuração de delitos eleitorais*, pelo e. Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, o e. Tribunal Superior Eleitoral, **pronunciando-se** a propósito da legitimidade jurídica de o Ministério Público Eleitoral ser o destinatário de investigação penal por ele mesmo promovida (**tratava-se**, *por coincidência*, de um caso *em que eu próprio*, como promotor de Justiça Eleitoral **na Comarca** de Osasco/SP, **efetuara** a investigação penal **e**, *logo após*, **oferecera** a denúncia), **reconheceu** a possibilidade jurídica dessa atividade (*unipersonalização* da investigação e da acusação penais), **vindo a proferir**, então, **decisão** consubstanciada em acórdão assim ementado:

> *"**HABEAS CORPUS**". **REPRESENTAÇÃO DIRIGIDA AO JUIZ DA COMARCA, DENUNCIANDO A EXISTÊNCIA DE CRIME ELEITORAL. REMESSA DESSA REPRESENTAÇÃO AO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** QUE, **POR NÃO DISPOR** DE ELEMENTOS SUFICIENTES, **REALIZOU A INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS** NA SALA DA PROMOTORIA. **INEXISTÊNCIA DE FALTA JURÍDICA PELA UNIVERSALIZAÇÃO** DA INVESTIGAÇÃO **E** DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA DE PROVA INADMISSÍVEL NO ÂMBITO RESTRITO DO REMÉDIO HEROICO. **R.O. DESPROVIMENTO***. [**RHC 4.985/SP**, rel. min. BARROS MONTEIRO – **Grifei**.]

Vale assinalar que o e. Tribunal Superior Eleitoral, em *recentíssimo* julgamento, **concluído** em 27-3-2012, **reafirmou** esse entendimento, **reconhecendo**, *uma vez mais*, **agora** sob a égide da Constituição de 1988, que o Ministério Público **dispõe**, *também em matéria eleitoral*, **do poder** de promover investigações sob sua direção **e** autoridade (**REspe 36.314/BA**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA).

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Em compensação, ministro Celso de Mello, nós no TSE, quando eu participava daquele Colegiado, entendemos que, quando se tratava da comprovação de uma eventual ultrapassagem dos limites de contribuição de campanha por parte de pessoa física ou jurídica, não seria lícito ao MP fazer a quebra do sigilo obtendo todos os dados fiscais.

O sr. ministro Celso de Mello: *Realmente*, **não assiste**, *ao Ministério Público*, **o poder** de ordenar, *por autoridade própria*, **nem** a quebra do sigilo fiscal **nem** a ruptura do sigilo bancário, **eis** que tais matérias **sujeitam-se** *ao postulado constitucional de reserva de jurisdição*. **Essa**, *porém*, **constitui** *matéria diversa* daquela que estamos ora discutindo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): É um outro aspecto. Nós dissemos: pode, sim, o Ministério Público pedir à Receita Federal ou indagar à Receita Federal se houve ou não ultrapassagem daqueles limites, simplesmente isso. Mas não mergulhar no âmago do sigilo fiscal.

O sr. ministro Celso de Mello: **A razão é simples**: *a reserva de jurisdição* **representa** *expressiva garantia* de ordem constitucional **instituída** em favor dos cidadãos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Perfeitamente. Isso é exatamente o que Vossa Excelência aventa no seu voto do qual peço, desde logo, a gentileza de me fornecer uma cópia.

EXTRATO DA ATA

HC 91.613/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Vicente de Paulo Loffi. Impetrante: Érico Andrade. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 15 de maio 2012 — Fabiane Duarte, secretária.

HABEAS CORPUS 96.007 — SP

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Pacientes: Estevan Hernandes Filho ou Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes — Impetrante: Luiz Flávio Borges D'Urso — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Tipo penal – Normatização. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material.

Lavagem de dinheiro – Lei 9.613/1998 – Crime antecedente. A teor do disposto na Lei 9.613/1998, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo.

Lavagem de dinheiro – Organização criminosa e quadrilha. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de junho de 2012 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Valho-me das informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o indeferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 248 e 249):
>
> *Ação penal – Leis 9.034/1995 e 9.613/1998 – Tipicidade – Suspensão do processo-crime – Liminar indeferida.*
>
> 1. A Assessoria assim retratou as balizas desta impetração:
>
> *Habeas corpus* impetrado em favor de Estevan Hernandes Filho e Sônia Haddad Moraes Hernandes, membros da Igreja Renascer em Cristo, apontando como coator o Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a ordem requerida em idêntica medida – de número 77.771.
>
> O impetrante informa que está em curso contra os pacientes, no Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca da Capital, Estado de São Paulo, a Ação Penal 1.063/2006, em que lhes é imputada a suposta prática do delito tipificado no art. 1º, VII, da Lei 9.613/1998 – lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa. Sustenta a atipicidade da conduta, porque, consoante a legislação brasileira, o enquadramento como lavagem de

dinheiro não dispensaria a ocorrência de crime antecedente. Aduz, também, ser atípica a acusação relativa à organização criminosa, que não encontraria definição nas Leis 9.034/1995 e 9.613/1998. Alega a inépcia da denúncia e pede, em liminar, o sobrestamento do processo em curso no Juízo. No mérito, busca o trancamento da ação.

Contra o ato de recebimento da denúncia foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça. A ordem veio a ser indeferida (fls. 146 a 161). Teve a mesma sorte idêntica medida formalizada no Superior Tribunal de Justiça. A Corte entendeu que, na denúncia, descreve-se a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas, algumas por meio de "testas de ferro", desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes. Acentuou que o crime cometido, em tese, pelos pacientes, tipificado no art. 1º, VII, da Lei 9.613/1998, não requer a existência de delito antecedente específico para a configuração de lavagem de dinheiro, bastando a prática por organização criminosa, nos termos disciplinados no art. 1º da Lei 9.034/1995, com a redação dada pela Lei 10.217/2001, c/c o Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, que implicou a ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Acrescentou que o ato de recebimento da denúncia traduziria mera admissibilidade diante da existência de indícios de autoria e materialidade, inexistindo a alegada inépcia. Consignou, mais, não se exigir à persecução a demonstração cabal do que imputado, pois esse grau de certeza estaria reservado para a prolação do juízo de mérito. Assim, seria prematuro e temerário o acolhimento do pedido de trancamento da ação penal.

Na impetração, renovam-se as teses expostas nas instâncias judiciais percorridas, relativamente à atipicidade da conduta imputada aos pacientes. Pleiteia-se a concessão de medida acauteladora, determinando-se o sobrestamento da ação penal e, no mérito, o trancamento, considerada a inépcia da denúncia.

(...)

Brasília, 7 de outubro de 2008.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 251 a 264, afirma estar descrita na denúncia a conduta típica praticada pelos pacientes, apontando-se, com clareza, a participação específica e individualizada de cada um no evento e indicando-se os elementos suficientes ao exercício do contraditório e da ampla defesa, encontrando-se atendido o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. Diz que o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* reclama situações excepcionais, a fim de não se subtrair ao juízo natural matéria a ele originariamente afeta. Assevera apresentar-se irretocável o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de mostrar-se prematuro e temerário o acolhimento do pedido de trancamento da ação penal formulado pela defesa.

Quanto à alegação de atipicidade da conduta dos pacientes, sob o argumento de exigir-se a existência de delito anterior para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, ressalta descrever-se, na denúncia, que os capitais cuja ocultação/dissimulação vem sendo perpetrada pelos pacientes originam-se de organização criminosa. Segundo sustenta, conquanto um dos crimes acessórios seja o de estelionato, não previsto como crime antecedente na Lei 9.613/1998, na verdade, na peça primeira da ação penal, alude-se a organização criminosa, incidindo o disposto no art. 1º, VII, do referido diploma.

Relativamente à tese de indefinição legal de "organização criminosa", realça ter o ordenamento jurídico brasileiro adotado a conceituação estabelecida na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo –, ratificada no Brasil mediante o Decreto Legislativo 231/2003 e inserida no ordenamento jurídico por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Na mencionada Convenção, considera-se organização criminosa o "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Assim, a denúncia conteria todos os elementos imprescindíveis à configuração de uma organização criminosa.

Por fim, a respeito da alegação de não haver comprovação de os pacientes terem "crescimento patrimonial ilícito", reporta-se à descrição da denúncia acerca dos bens amealhados. Opina pelo indeferimento da ordem.

O impetrante, por meio da petição de fls. 267 a 276, apresenta contrariedade ao parecer da Procuradoria-Geral da República. Acentua a possibilidade de trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* e a imprescindibilidade da existência de delito antecedente nas hipóteses de imputação de crime de lavagem de capitais. Quanto ao crime de "organização criminosa", diz não ser suficiente a definição constante da Convenção de Palermo. Haveria necessidade de providência no interior do Estado signatário da Convenção, posto não se mostrar automático ou imediato o preenchimento da lacuna no ordenamento interno.

Acrescento que, por meio da petição/STF 132.710/2009, veiculou-se pedido de reapreciação da liminar. Na ocasião, a Assessoria assim informou:

Os pacientes requerem seja reapreciado o pedido de liminar. Afirmam permanecerem detidos fora do País. No entanto, em agosto passado, retornaram ao Brasil, o que motivou a retomada do processo-crime aqui ajuizado contra eles, tendo sido realizada audiência no dia 19 de outubro de 2009.

Realçam a fragilidade da imputação que lhes sobreveio – de prática de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa –, razão por que sustentam a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*. Pedem preferência no julgamento da impetração, se outro for o entendimento de Vossa Excelência.

O processo, instruído com informações, encontra-se na residência.

Lancei visto no processo em 3 de novembro de 2009, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 10 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Observem a denúncia formalizada pelo Ministério Público. Aos pacientes e corréus foi imputada a prática de lavagem de dinheiro, fazendo-se alusão ao inciso VII do art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Para tanto, sob o ângulo da organização criminosa, a peça primeira da ação penal remete ao fato de o Brasil, mediante o Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, haver ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Eis a definição de crime organizado dela constante:

> Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:
> a) "Grupo criminoso organizado" – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Alude-se ainda ao que seria a prática de estelionatos e de fraude pela organização criminosa.

Conforme decorre da Lei 9.613/1998, o crime de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de crimes depende do enquadramento, quanto a estes, em um dos previstos nos diversos incisos do art. 1º. É certo que o evocado na denúncia – VII – versa crime cometido por organização criminosa. Então, a partir da óptica de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, diz-se compreendida a espécie na autorização normativa.

A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do art. 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente.

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do art. 1º da Lei 9.613/1998, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do art. 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se

incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do art. 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?

Nota-se, em última análise, que, não cabendo a propositura da ação sob o aspecto da Lei 9.613/1998, presente o crime de estelionato, evocou-se como algo concreto, efetivo, o que hoje, no cenário nacional, por falta de previsão quanto à pena – fosse insuficiente inexistir lei no sentido formal e material –, não se entende como ato glosado penalmente a organização criminosa do modo como definida na Convenção das Nações Unidas. Não é demasia salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!

A não se entender dessa forma, o que previsto no inciso em comento passa a ser figura totalmente aberta, esvaziando o caráter exaustivo do rol das práticas que, fazendo surgir em patrimônio um dos bens mencionados, conduzem, estas sim, porque glosadas no campo penal, à configuração da lavagem definida. Toda e qualquer prática poderá ser tomada como a configurar crime, bastando que se tenha o que definido na Convenção como organização criminosa e que se aproxima de quadrilha nela não prevista.

Concedo a ordem para trancar a ação penal. Estendo-a aos demais réus, a saber: Leonardo Abbud, Antonio Carlos Ayres Abbud e Ricardo Abbud. É como voto na espécie.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, eu gostaria de alguns esclarecimentos do eminente ministro relator em relação ao tema. A primeira questão é a imputação de organização criminosa: ela é condição para a análise de lavagem de dinheiro? Não haveria condições de se perquirir o crime de lavagem de dinheiro sem a capitulação da organização criminosa?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Há precedentes do Tribunal no sentido da necessidade de ter-se o crime antecedente.

A Lei 9.613/1998 preceitua:

> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente, de crime:
>
> I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
>
> II – de terrorismo e seu financiamento;
>
> III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

Aí vem o preceito que, sob a minha óptica, está a depender de regência por lei em sentido formal e material:

VII – praticado por organização criminosa.

Qual é a premissa de meu voto? Se potencializarmos a referência a organização criminosa, olvidando que se quer glosar, mediante a Lei 9.613/1998, o produto de prática criminosa, ter-se-á a inserção de todo e qualquer delito que envolva um dos bens mencionados na cabeça do artigo, bastando para tanto que haja a reunião de pessoas, como previsto na Convenção.

Em síntese, não existindo, no cenário jurídico nacional, o tipo que teria provocado o surgimento do que lavado, não se pode dizer que o agente praticou o delito do art. 1º da Lei 9.613/1998, ou seja, a lavagem. Não há a menor dúvida, e nesse sentido é a doutrina, é a jurisprudência: o rol mostra-se exaustivo, porque de nada adiantaria mencionar práticas delituosas, tidas como de maior gradação, para glosar-se o crime de lavagem, se houvesse expressão ou vocábulo, no preceito, que pudesse sugerir o caráter exemplificativo, simplesmente exemplificativo, abrindo margem a que o intérprete inserisse no rol outras práticas.

O sr. ministro Dias Toffoli: A denúncia se baseia na Convenção?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não, a imputação é única. Há referência a fraude, a estelionato, mas, como o estelionato não está contemplado, se disse da organização criminosa.

O sr. ministro Dias Toffoli: Realmente. Há projeto de lei para a internalização da Convenção em tramitação no Congresso Nacional.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Mas o Pleno do Supremo tem equiparado organização criminosa à quadrilha ou bando.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Isso ocorreu no Mensalão, aliás, contra o meu entendimento.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Dessa equiparação nítida, não.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): A quadrilha, meu presidente – fiz essa referência, como definida no art. 288 do Código Penal –, não está contemplada em um dos incisos do art. 1º da 9.613/1998. Podemos inseri-la? A resposta é desenganadamente negativa.

Sei que Vossa Excelência não concorda, até pelo balançar da cabeça, mas estamos em Colegiado. Colegiado, vou repetir mais uma vez, é o somatório de forças distintas. Não se tem Colegiado para haver entendimento uníssono, entendimento a uma só voz, e, presidente, sou juiz sempre pronto a questionar-me, a

discutir matérias, a formar opinião, mas sempre me curvando unicamente à ciência e consciência possuídas.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): O ministro Ricardo Lewandowski lembrou bem quando se deu, de modo mais recente, essa equiparação conceitual entre organização criminosa e crime de quadrilha ou bando. Foi no caso do Mensalão, e nós chegamos à conclusão de que essa expressão "organização criminosa" se deu no plano internacional, na Convenção – creio que de Palermo –, para internacionalizar o crime, mas com o significado que aqui no Brasil corresponde à quadrilha ou bando.

Mas é sempre instigante nos debruçarmos sobre as teorias do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E podemos, sem adivinhação, apontar a origem desse processo-crime, que outra não foi senão o fato de a autoridade aduaneira haver flagrado os pacientes portando, cada qual, quantia superior a dez mil dólares.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Ou seja, o crime é o mesmo, o delito é o mesmo: quadrilha ou bando, organização criminosa.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ministro, então é mais um argumento – não chego a esse ponto, mas Vossa Excelência chega – para dizermos que não se tem a organização criminosa como crime antecedente para a lavagem. Por quê? Porque o de quadrilha não está previsto, embora tipificado nacionalmente pelo art. 288 do Código Penal. Aliás, o projeto em curso, referido pelo ministro Dias Toffoli, altera o art. 288 para inserir a organização criminosa.

O sr. ministro Dias Toffoli: Altera vários dispositivos da legislação penal para adequá-la à Convenção.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Inserir quanto ao crime do art. 1º do projeto – não me lembro do deputado que o apresentou – justamente a organização criminosa.

Uma ex-assessora do Tribunal – e digo que é do Tribunal porque sendo de ministro é do órgão como um grande todo – assessora do ministro Cezar Peluso, dra. Heloisa Estellita, tem monografia muito interessante sobre a problemática da organização criminosa, em que conclui, concordando com inúmeros outros doutrinadores, que não existe esse tipo penal no direito brasileiro. Por enquanto, o que existe é definição, sob o ângulo internacional, mesmo assim vinculada ao crime transnacional, que pressupõe prática que extravase os muros do território brasileiro. Mas essa definição, por si só, não atende à garantia constitucional do inciso XXXIX do art. 5º, no que, para se conceber a existência de um procedimento à margem do direito penal e glosado penalmente, indispensável que se tenha a definição por lei do tipo e da pena.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): O art. 288 do Código Penal, ao definir quadrilha ou bando, diz:

> Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Aí vem a Lei 9.613, em causa, que pelo seu art. 1º, VII, diz: "praticado por organização criminosa".

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, é mais uma razão para assentar-se que não há essa prática apanhada pela Lei 9.613, porque sequer alude ao crime de quadrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ou organização criminosa.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): E o fato do uso dessa expressão "praticado por organização criminosa" sem o aporte de nenhum outro elemento conceitual, já não significa que...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, os incisos, os parágrafos e as alíneas são comandados pela cabeça do artigo. O que requer a cabeça do artigo? A prática de crime antecedente, e crime pressupõe tipologia e pena. O projeto mencionado pelo ministro Dias Toffoli, de 2002, prevê:

> § 3º Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes no mínimo três das seguintes características:
> I – hierarquia estrutural;
> II – planejamento empresarial;
> III – [esta expressão é instigadora] uso de meios tecnológicos avançados; (...)

Aí vem o art. 3º:

> Art. 3º O art. 288 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, passando o parágrafo único a § 1º:
>
> Art. 288. (...)
> § 2º A pena será de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, quando se tratar de quadrilha ou bando organizado [aí define: organização criminosa] (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995).

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): A definição que a Convenção de Palermo dá de organização criminosa cai como luva encomendada para a nossa definição do crime de quadrilha ou bando. Diz assim:

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sequer há previsão de pena?

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): É porque a pena já está lá no último dispositivo:

> Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Então, presidente, foi inócua a subscrição da Convenção das Nações Unidas. Se Vossa Excelência diz que a organização criminosa – contrariando a melhor doutrina ou, melhor, a totalidade da doutrina – já está no art. 288 do Código Penal, cessa tudo.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Uma parte da doutrina, sobretudo capitaneada pelo IBCCRIM, realmente não aceita essa equiparação, isso é um fato.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Critica muito essa lei.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Mas há uma parte da doutrina que aceita e o Supremo aceita, pelo menos naquela oportunidade aceitou a equiparação conceitual.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas aqui nós temos uma tipificação que seria transnacional, não é isso, ministro relator? A questão é o alcance da Lei 9.034.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Pela Convenção, sim, tanto que a Convenção foi elaborada visando à ratificação pelos países em geral.

O sr. ministro Dias Toffoli: A minha dúvida é essa. Estou aqui com a lei aberta no computador, a 9.034. O STJ fundamentou-se nessa equiparação, conforme mostra o seguinte trecho da ementa do acórdão, objeto do *habeas corpus*:

> Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito de configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo essa disciplinada no artigo 1º da Lei n. 9.034/95, com a redação dada pela Lei n. 10.217/2001, combinado com o Decreto Legislativo 231, de 29-5-2003 que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado.

Quer dizer, a decisão atacada no *habeas corpus* realmente tem por supedâneo a Convenção, inclusive faz a combinação dessa com a Lei 9.034/1995.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência me permite o último aparte? Houvesse no Brasil o crime denominado "organização criminosa" – e não podemos subestimar o Ministério Público –, o que se teria na espécie? A dupla imputação: pelo crime de organização criminosa e pela lavagem. São tipos, de início, independentes. E o Ministério Público, inclusive para dar uma conotação jurídica à denúncia, o que fez? Fez inúmeras referências a um delito que não está contemplado no rol exaustivo, como eu disse, da Lei 9.613/1998: o estelionato.

O sr. ministro Dias Toffoli: E a própria denúncia tem suporte na Convenção e pede a aplicabilidade da Convenção.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Pois é, na Convenção há identidade, há identificação conceitual entre organização criminosa e crime de quadrilha. Perfeita identificação. O crime é o do art. 288.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Remete-se a uma definição incompleta para concluirmos pela configuração, ou não, do crime. Remete-se a uma definição quanto ao tipo, mas que não surte efeito jurídico segundo a Constituição – a menos que interpretemos a Convenção não à luz da Constituição, mas a Constituição à luz da Convenção –, não permite o enquadramento, hoje, segundo a legislação brasileira, da organização criminosa como crime. Se não permite, não se tem o atendimento da cabeça do art. 1º da Lei 9.613/1998, no que requer,

para configuração da lavagem, uma prática criminosa. Essa, por enquanto, não existe, considerada a organização criminosa.

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, com esses esclarecimentos, verificando o suporte da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, que é atacado por este *habeas corpus*, e já pedindo vênia àqueles que demonstram que vão votar em sentido contrário ao do adotado pelo relator, entendo que, neste caso, realmente há, como informou o ilustre relator, fundamento da denúncia na necessidade de aplicação da Convenção, que ainda não é, para fins penais, aplicável à espécie, ainda mais quando estamos em seara de restrição de liberdade, seara de matéria de direito penal cujas capitulações devem ser interpretadas sempre restritivamente.

Então, nesse sentido, peço licença, desde já, àqueles que eventualmente venham a entender de modo contrário, para acompanhar o ilustre relator em seu voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Eu lembraria apenas outro aspecto, que me parece digno de reflexão: o objeto, aqui, do *habeas corpus* é trancar a ação penal.

Ora, o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não exatamente das imputações tecnicamente consideradas. E trancar uma ação penal diante de uma denúncia que, parece-me aqui, de inepta não tem nada, e que...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, longe de mim atribuir a pecha à inicial da ação penal. Não, longe de mim. Ela está, inclusive, redigida – penso – em bom vernáculo.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Vossa Excelência não disse isso. Seria injusto para com Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Seria injusto. Estou a sustentar, no voto, submetendo essa visão aos colegas, que não se tem como configurado, na espécie, presentes as premissas da denúncia – a historinha contada na peça primeira do Ministério Público –, o crime de lavagem de dinheiro. Por quê? Porque se apanhou, para revelar esse crime, algo que no Brasil, por enquanto, não é prática delituosa: a organização criminosa.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): É essa premissa que, *data venia*, estou colocando em causa, em xeque. Tenho como identificados os termos "organização criminosa" e "quadrilha ou bando" com a tipificação do art. 288 do Código Penal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência, então, inclui a quadrilha no rol do art. 1º?

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Exatamente.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vou refletir, presidente. Então poderemos, de acordo com o ato de vontade, que é o interpretativo, enquadrar qualquer crime no rol exaustivo da lei!

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Quadrilha ou bando. Aliás foi como o Supremo, enfrentando a questão, decidiu no caso do Mensalão.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Já julgamos o caso do Mensalão?

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): Não. Quando o tema veio à baila, discutimos e a maioria se pronunciou nesse sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Havia "n" aspectos a revelarem materialidade e indícios de autoria.

Eu, por exemplo, acompanhei, do início ao fim, o voto do relator. E todos – penso que foi unânime a decisão, não houve voto discrepante – concluímos pela sequência. Mas o contexto é outro.

O sr. ministro Ayres Britto (presidente): O órgão da acusação falou organização criminosa, lá naquela oportunidade. Não falou quadrilha ou bando.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Inclusive haveria não o crime de organização criminosa propriamente dito, mas o de quadrilha, tal como definido no art. 288 do Código Penal. Pelo menos, em que pesem balançadas de cabeça, assim compreendi.

PEDIDO DE VISTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, pedirei diferimento para votar após o meu pedido de vista, se Vossa Excelência e o relator aquiescerem que isso seja feito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Só não posso retirar o voto, porque, se pudesse, retiraria para ouvi-la.

A sra. ministra Cármen Lúcia: De jeito nenhum. Tenho certeza de que o voto de Vossa Excelência, bem como o ministro Dias Toffoli, serão boas luzes para eu seguir. Mas a doutrina realmente critica muito o inciso VII do art. 1º da Lei 9.613, exatamente por essa condição de abertura. Entretanto, parcela também, não apenas de uma boa doutrina, põe-se em sentido contrário, e, tal como foi posto, já até decidimos neste supremo em sentido diverso.

Então, até pelo peso das assertivas feitas pelo ministro relator e, claro, ouvidos os debates, peço vista.

EXTRATO DA ATA

HC 96.007/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Pacientes: Estevan Hernandes Filho ou Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes. Impetrante: Luiz Flávio Borges D'Urso. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após os votos dos ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, que deferiam o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, pediu vista do processo a ministra Cármen Lúcia. Presidência do ministro Carlos Ayres Britto.

Presidência do ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 10 de novembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, coordenador.

VOTO-VISTA

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Tem-se, nos autos, que os pacientes, membros da Igreja Renascer em Cristo, foram denunciados por suposta prática do crime descrito no art. 1º, VII, da Lei 9.613/1998 ("Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime (…) VII – praticado por organização criminosa").

2. Em 7-8-2006, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP recebeu a denúncia oferecida contra os pacientes.

3. Inconformada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou o HC 10301333/4 no Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem em 31-1-2007.

4. Contra essa decisão, foi impetrado o HC 77.771 no Superior Tribunal de Justiça, que, em 30-5-2008, denegou a ordem, nos termos seguintes:

> *Habeas corpus. Lavagem de dinheiro. Inciso VII do art. 1º da Lei n. 9.613/98. Aplicabilidade. Organização criminosa. Convenção de Palermo aprovada pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Existência de elementos suficientes para a persecução penal.*
>
> 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos –, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas de ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.
>
> 2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1º da Lei n. 9.034/95, com a redação dada pela Lei n. 10.217/2001, c/c o Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.
>
> 3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade,

mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais.

4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação.

5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

6. Ordem denegada.

5. Na presente ação, o impetrante reitera as alegações apresentadas ao Superior Tribunal de Justiça, defendendo, basicamente, a atipicidade da conduta imputada aos pacientes.

Este o teor dos pedidos:

> Nessa conformidade, os pacientes aguardam seja recebida a presente ordem, para que seja deferido *liminarmente*, o pleito, sobrestando o andamento do processo até o julgamento do mérito pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, barrando, de imediato, o constrangimento perpetrado aos pacientes, que estão a responder processo-crime por conduta não tipificada na lei penal, requisitando-se, ao depois, as informações da autoridade coatora em São Paulo, para que, terminantemente, no *mérito* defira-se, em definitivo, o trancamento do feito, uma vez que a denúncia é inepta, nulificada pela pretensa tipificação e lavagem de dinheiro sem crime antecedente constatado e sem que exista conceituação do que venha a ser "organização criminosa" (...)

6. Na sessão de 10-11-2009, o ministro Marco Aurélio, relator do presente *habeas corpus*, votou no sentido de conceder a ordem por concluir que, "se não há no cenário jurídico nacional o tipo [organização criminosa] que teria provocado o surgimento do que lavado, não se tem como dizer que o agente praticou o delito do art. 1º da Lei 9.613/1998".

7. O ministro Dias Toffoli acompanhou o ministro relator e também votou no sentido de conceder a ordem, ressaltando que, "neste caso, realmente há (...) fundamento da denúncia baseada na necessidade de aplicação da Convenção [das Nações Unidas contra o crime organizado] que ainda não é, para fins penais, aplicável à espécie".

8. A jurisprudência deste Supremo Tribunal entende que *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, que apenas deve ser trancada por *habeas corpus* quando não houver crime, indícios de sua existência ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios mínimos de sua participação.

Assim, se descritos, na denúncia, comportamentos *atípicos*, a ação penal deve ser trancada.

9. Pelo que se tem nos autos, o constrangimento ilegal está evidenciado na espécie, notadamente pela atipicidade do crime de lavagem de dinheiro proveniente de crime praticado por "organização criminosa".

10. A questão foi bem equacionada pelo ministro Marco Aurélio, ao salientar que "no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa".

Arrematou Sua Excelência, *verbis*:

> (...) no rol exaustivo do art. 1º da Lei 9.613/1998, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do art. 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do art. 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?
>
> Nota-se, em última análise, que, não cabendo a propositura da ação sob o aspecto da Lei 9.613/1998, presente o crime de estelionato, evocou-se como algo concreto, efetivo, o que hoje, no cenário nacional, por falta de previsão quanto à pena – fosse insuficiente inexistir lei no sentido formal e material –, não se entende como ato glosado penalmente a organização criminosa do modo como definida na Convenção das Nações Unidas. Não é demasia salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!
>
> A não se entender dessa forma, o que previsto no inciso em comento passa a ser figura totalmente aberta, esvaziando o caráter exaustivo do rol das práticas que, fazendo surgir em patrimônio um dos bens mencionados, conduzem, estas sim, porque glosadas no campo penal, à configuração da lavagem definida. Toda e qualquer prática poderá ser tomada como a configurar crime, bastando que se tenha o que definido na Convenção como organização criminosa e que se aproxima de quadrilha nela não prevista (...).

11. Não desconheço o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência (Nesse sentido, o Inq 2.786, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 6-6-2011), que, para tentar tipificar a "organização criminosa", admite o empréstimo *a*) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que conceituou o "grupo criminoso organizado" como "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material" (art. 2º, *a*); *b*) do Código Penal, que definiu o crime de quadrilha ou bando (art. 288); e *c*) da Lei

9.034/1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Todavia, a doutrina majoritária, inspirada por alguns dos mais importantes princípios orientadores do direito penal (notadamente pelos princípios da reserva legal, da anterioridade e da proibição do excesso) defende ser atípica a organização criminosa.

Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo leciona que "inexiste tipo de organização criminosa no Direito Penal brasileiro", ressaltando que, "[e]mbora possuam a previsão de quadrilha ou bando no CP (art. 288) e os dispositivos da lei especial quanto à matéria (Lei 9.034/1995 com as alterações da Lei 10.217/2001), tais disposições legais não suprem a necessidade de tipo legal, em virtude do *nullum crimen, nulla poena sine legge*" (PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116).

A definição emprestada de "organização criminosa" acrescenta à norma penal elementos inexistentes, numa intolerável tentativa de substituir o legislador que não se expressou adequadamente, o que é defeso em direito penal, como esclarece Marco Antonio de Barros, *verbis*:

> (...) Visando reprimir o acelerado avanço da criminalidade organizada, o legislador editou a Lei 9.034/95, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Porém, na prática, este diploma não alcançou a pretendida eficácia e daí sobreveio generalizada frustração da sociedade para em seguida ceder lugar ao pavor da população, pois são visíveis e, infelizmente parecem sem limites, as cenas de violência que ainda hoje se atribuem às organizações criminosas.
>
> Com efeito, desde a Lei de "Lavagem", que entrou em vigor em 4-3-1998, já decorreu tempo suficiente para eliminar uma importante lacuna existente na nossa legislação, porém, isto ainda não se cumpriu. A questão gira em torno da necessidade de se definir o que é organização criminosa.
>
> Mesmo com a edição da Lei 10.217/2001, que deu nova redação aos dispositivos da Lei 9.034/95, o problema não restou solucionado. Este último diploma reza em seu art. 1º: "Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo".
>
> Ora se pela anterior redação (que sequer mencionava as associações criminosas) parte da doutrina manifestava dúvida conceitual sobre o significado das entidades ilícitas "quadrilha ou bando" e "organização criminosa", com a alteração do dispositivo ficou claro que entre elas não há coincidência, enterrando de vez qualquer argumento favorável a compreensão legal da expressão "organização criminosa". Sabe-se que a definição de quadrilha ou bando, para fins penais, consiste em associarem-se mais de três pessoas, para o fim de cometer crimes (art. 288 do CP). Também não se pode admitir que associações criminosas sejam entidades cujos termos se desconhecem, visto que já figuram em outros textos, como na nova Lei Antidrogas (art. 37 da Lei 11.343/2006) e na Lei 2.889/56, art. 2º, que reprime a prática de genocídio.

Sob o prisma tio Direito Positivo pode-se afirmar que há apenas uma noção aproximada do que é crime praticado por organização criminosa. A intenção do legislador era, sem dúvida, punir a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes cometidos por organização criminosa, cujo ente representa a expressão viva da macro-criminalidade. Mas, ao manter o tipo penal aberto ("organizações criminosas de qualquer tipo"), nenhum passo importante deu para reavivar a aplicação da Lei 9.034/95.

Vale dizer, a definição jurídica permaneceu duvidosa, pois não se sabe ao certo, ao menos do ponto de vista legal, com quantas pessoas se constitui uma organização criminosa, ou seja, se com dois, três ou mais componentes. Somando-se esta e outras falhas gritantes apresentadas em seu texto, contrárias ao cumprimento das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, obteve-se como resultado a ineficácia de referido diploma legal no combate à criminalidade organizada.

Note-se que, no caso das "organizações criminosas", a Lei de "Lavagem" faz referência a uma norma penal em branco, sem especificar o tipo penal antecedente para efeito de caracterização da "lavagem". Em outras palavras, em princípio, toda e qualquer infração penal praticada por organização criminosa, que represente um acréscimo ao patrimônio dos seus componentes, e que seja objeto de operação ou transação utilizada para ocultar ou dissimular a origem ilícita, configuraria o crime de "lavagem".

A incerteza legal é desconcertante. Ninguém há de negar que as organizações criminosas existem. Suas estruturas e formas de operacionalização dos ilícitos são do conhecimento das autoridades constituídas. Aliás, tanto isto é verdadeiro que o próprio Poder Executivo chegou a enviar um Projeto de Lei ao Congresso propondo a inserção do art. 288-A, no Código Penal, com a seguinte redação: "Organização Criminosa – Associarem-se três ou mais pessoas em grupo organizado, por meio de entidade ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime: Pena – reclusão de cinco a dez anos e multa. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa".

Mais a mais, tramita no Senado o Projeto de Lei 150/2006, que foi apresentado em setembro de 2006, pela senadora Serys Slhessarenko, o qual foi aprovado com emendas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, em 21-3-2007, tendo como relator o senador Aloizio Mercadante.

Nesse Projeto de Lei, a pretendida definição jurídica de organização criminosa reveste-se de uma forma complexa, que, por enquanto, resume-se ao seguinte: "Organização criminosa é a associação de cinco ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de um ou mais crimes dos seguintes crimes: I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica; II – terrorismo; III – contrabando ou tráfico ilícito de armas de logo, acessórios, artefatos, munições, explosivos ou materiais destinados à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro e suas formas qualificadas; V – contra a administração pública; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – contra a ordem tributária ou econômica; VIII – contra as empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação dolosa dos bens ou produtos auferidos por tais práticas criminosas; IX – lenocínio e tráfico de mulheres; X – tráfico

internacional de criança ou adolescente; XI – lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores; XII – tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano; XIII – homicídio qualificado; XIV – falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; XV – contra o meio ambiente e o patrimônio cultural; XV – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte. Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes cometidos".

Ainda são descritas outras condutas paralelas em referido projeto de lei. Mas o que já foi acima mencionado é o que basta para se ressaltar a problemática indefinição que gira em torno da expressão "organização criminosa". Enquanto perdurar esta pendência legislativa, não será possível eliminar o efeito negativo que a situação provoca no combate aos crimes de "lavagem".

Tal qual sucede com o terrorismo (...), ao menos por ora, é de ser considerada inócua a figura correspondente ao inciso VII do art. 1º da Lei de "Lavagem", visto desatender ao comando constitucional que assegura o direito à liberdade e à propriedade por não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CF). *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

É verdade que se procura cercar a impunidade em tela mediante o emprego de outro viés interpretativo. Exemplo: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sugere a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na "Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional", de 15-11-2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo 231, de 29-5-2003, e promulgada pelo Decreto 5.015, de 12-3-2004.

Para efeitos dessa Convenção, entende-se por "grupo criminoso organizado" aquele estruturado de três ou mais pessoas, que tenha sido formado há algum tempo e que atue concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (conforme reza o item 2, letra *a*, da Recomendação 3, de 30-5-2006, do CNJ).

Entretanto, a orientação do CNJ não supre a necessidade de legalmente se definir a expressão. E, com apoio no entendimento de Luciano Feldens e Heloisa Estellita, podemos reafirmar que o conceito proposto pelo CNJ, isoladamente considerado, não elucida, com a desejável precisão, seu próprio objeto. Tanto é assim que a própria Convenção, ao longo de sua narrativa, procura explicitar elementos do conceito, mas o faz, desafortunadamente, utilizando-se da técnica da conceituação negativa, o que faz gerar maiores perplexidades. É o que acontece com a tentativa de explicitar o elemento organização. Segundo a convenção, estaremos diante de um "grupo criminoso estruturado" mesmo quando este grupo "não disponha de uma estrutura elaborada" (...).

Ao dissertar sobre a (ausência de) definição na Lei 9.034/1995, Luiz Flávio Gomes ensina que "[c]uida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a Lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). Se as leis do crime

organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12-4-01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, inciso II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10º (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) 'organizações criminosas'. É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados" (Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217/01? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>).

Ademais, é de se ressaltar o entendimento firmado no julgamento do HC 90.768, relatora a ministra Ellen Gracie, *DJ* de 15-8-2008, no sentido de que "[a] Lei 9.034/1995, ao se referir à organização criminosa, não instituiu novo tipo penal".

12. Fixada a atipicidade do termo "organização criminosa", desnecessário se faz verificar se a peça acusatória apresenta todos os elementos indispensáveis à existência, em tese, de crime com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa dos pacientes.

13. Contrariando a melhor doutrina, em recentíssimo julgado, este Supremo Tribunal fixou duas premissas: *a*) "[p]ara os fins da Lei 9.613/1998, os crimes praticados por organizações criminosas não podem ser considerados como antecedentes do delito de lavagem de dinheiro antes da edição do Decreto 5.015, de 12-3-2004", e *b*) "[c]onsiderando que a denúncia, quanto à acusação de lavagem, circunscreve os fatos entre 1999 e 2002, fica a denúncia rejeitada nesse ponto" (Inq 2.786, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 6-6-2011).

Todavia, a peça acusatória da presente ação penal delineou os limites de atuação dos pacientes, em tese, tidos como criminosos, *sem indicar qualquer fato concreto que teria ocorrido a partir de 12-3-2004*:

> 1. Histórico e introdução:
>
> Segundo se afere dos autos do incluso inquérito policial, Estevam Hernandes Filho, que passou a ser conhecido como "apóstolo" e sua esposa Sonia Haddad Moraes Hernandes, que passou a ser conhecida como "bispa" Sonia, fundaram a *Igreja Renascer* e, a partir da pregação do respectivo culto arrecadaram, e continuam a arrecadar, em ação permanente, altíssimos valores em dinheiro às custas, principalmente, de ludibriar fiéis e de deixar de honrar incontáveis compromissos financeiros, tornando-os habitualidade com evidências de características criminosas.
>
> Por volta do ano de 1984, o denunciado, denominando-se "Pastor Hernandes", o denunciado começou a realizar um trabalho de divulgação do Evangelho,

no bairro do Cambuci em São Paulo/SP, e passou a agregar pessoas para seguirem esta nova Igreja, passando a ser o seu presidente fundador. Antes disto o "Pastor Hernandes" apenas trabalhava como funcionário da Empresa Xerox, no setor de Marketing. A então recém-criada Igreja Renascer passou a funcionar nos moldes empresariais, ou seja, com Fundador Presidente, Diretores (Bispos), Gerentes (Pastores), Chefes Gerais e o povo, que seriam os "clientes" da empresa, formada dentro de uma subdivisão de setores, mantendo as suas atividades de forma permanente, até os dias atuais. A sede administrativa da Igreja fica na Rua Apeninos, n. 1088, em São Paulo/SP. Foram criadas, em seguida, outras várias Igrejas espalhadas pelo Brasil e algumas no exterior que são administradas pelos Pastores locais.

A investigação realizada nestes autos indica a existência de uma grande quantidade de empresas ligadas à Igreja Renascer através de um esquema formado por clã familiar que controla os empreendimentos que, em muito pouco tempo, amealhou verdadeiras fortunas, explorando a fé religiosa alheia e realizando negócios contestados na justiça. Observa-se uma intensa relação comercial existente na órbita da Igreja Renascer, muito pouco para cumprir funções sociais, comandada por um núcleo consideravelmente pequeno de pessoas ligadas à "chefia da instituição religiosa". Os denunciados Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes são os verdadeiros donos das empresas, e, mesmo considerando a brutal arrecadação que atingem, possuem poucos bens em seus nomes e grande quantidade de títulos protestados. Os demais, Leonardo Abbud, Antonio Carlos Ayres Abbud e Ricardo Abbud emprestam os seus nomes, como "testas de ferro" para simularem a propriedade de algumas das empresas. A ligação entre as empresas é evidente, já que muitas delas têm o mesmo endereço sede, coincidentemente o da Igreja Renascer. Há grande volume de dinheiro circulando entre as pessoas, físicas e jurídicas, embora sejam utilizadas atividades filantrópicas (sem lucro), como pano de fundo.

Constituiu-se, assim, a formação de uma organização criminosa voltada para a prática de crimes de estelionatos e outras fraudes como formas de arrecadação para a prática de delitos de lavagem de dinheiro decorrente das atividades daquela formação, de forma e em caráter permanente.

Fizeram, e continuam fazendo parte do esquema criminoso, as seguintes pessoas, físicas e jurídicas:

A. Estevam Hernandes Filho. CPF/MF: 700665748-20. RG: 6.434.543

B. Sonia Haddad Moraes Hernandes. CPF/MF: 212685808-54. RG: 9.530.251-7

C. Leonardo Abbud. CPF: 149565197-53

D. Antonio Carlos Ayres Abbud: CPF: 607131437-20

E. Ricardo Abbud: CPF: 268686797-34

F. Publicações Gamaliel Ltda: CNPJ: 38.889.317/0028-13

G. Colégio Gamaliel S/C Ltda: CNPJ: 02.151.131/0001-03

H. Gospel Wear Ind. e Com. Confecções de roupas Ltda. CNPJ: 64.880.229/0001-03

I. Gospel Records Comercial Distribuidora Ltda. CNPJ: 00.492.337/0001-63

J. Editora e Livraria Renascer em Cristo Ltda. CNPJ: 38.889.317/0001-01

K. RGC Produções. CNPJ: 65.472.029/0001-11

L. Ahava Programadora e Comunicação Ltda. CNPJ: ?

2. Características da Organização Criminosa

A. Estrutura Hierárquico-Piramidal

As organizações criminosas tradicionais revelam estrutura hierárquico-piramidal (chefe, subchefes, gerentes e aviões), com no mínimo 3 níveis;

– Chefes: Nesta posição estão Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Hernandes, que ocupam os mais altos "cargos", os mais importantes, de mando, e possuem muito dinheiro, todo o seu controle, e posição social privilegiada;

– Subchefes: Em posição hierárquica logo abaixo daqueles estão Leonardo Abbud, Antonio Carlos Ayres Abbud e Ricardo Abbud, que também detêm poder de mando, embora limitado ao permissivo pelos chefes, contando com certa liberdade na conformidade dos parâmetros estabelecidos;

– Gerentes: Sendo pessoas de confiança dos chefes, neste patamar localizam-se os diversos Bispos da Igreja, com capacidade de comando restrita às respectivas áreas de atuação, a quem aqueles chefes delegam algum poder. Recebem as ordens da cúpula e as repassam aos "Aviões".

Eventualmente os gerentes podem servir também, como "testas de ferro" ou "laranjas".

– Aviões: São pessoas com algumas qualificações (por vezes especializadas) para as funções de execução a serem desempenhadas.

B. Divisão direcionada de tarefas

A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida segundo as especialidades, e subdividida em estrutura modular. No caso presente, entre as inúmeras Igrejas espalhadas pelo Brasil.

C. Membros restritos

A restrição dos membros que venham a integrar o grupo criminoso nos cargos mais elevados é praticamente condição de sua sobrevivência e manutenção. Os Bispos são indicados por pessoas de confiança.

E. Orientação para a obtenção de dinheiro e de poder

É a característica mais marcante e comum às organizações criminosas, e a aqui indicada não foge à regra, como adiante se revelará mais claramente, e cuja consequência torna-se facilmente evidenciada: a lavagem do dinheiro.

F. Domínio Territorial

A ora denunciada Organização Criminosa, para ser bem estabelecida, isso é, para ter bases mais sólidas, necessita manter um domínio territorial considerado o seu Q.G. – que se situa especialmente na cidade de São Paulo, embora com tentáculos em grande parte do território nacional.

G. Mescla de atividades lícitas com atividades ilícitas

Esta fórmula torna-se essencial para o sucesso das atividades criminosas principalmente considerando a necessidade da Organização de lavar o dinheiro sujo – Dentre as várias técnicas utilizadas, uma das mais usuais é a mistura de recursos de origem lícita – da atividade lícita, com os recursos das atividades ilícitas, denominado "mescla". Da mesma forma, característica marcante para a mescla é a utilização de empresas, legalmente constituídas, mas em grande parte fictícias ou de fachada, como adiante ser afiguram.

2. Criação das empresas e crescimento patrimonial dos denunciados:

A. Das empresas

I – A Fundação Renascer, cujos sócios e principais expoentes são Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, além de figuras como Ricardo Abbud e Rosana Mayer Abbud, e Carlos Ayres Abbud (v. fls. 872 a 905), é entidade, em princípio, sem fins lucrativos, como se pode depreender de seu Estatuto, em fls. 872 e ss., onde se leem todos os pretensos objetivos da Fundação,

sem que o lucro esteja entre eles. Prevê o estatuto, ainda, a criação de redes e canais de radiodifusão, MMDS, STS, TV a cabo e outros, sempre sem finalidades comerciais, apenas com fins educativos e culturais.

II – A esta Fundação estavam ligadas outras empresas, cujas conexões com a Renascer restam assim evidenciadas:

II.I – Ahawa Turismo Ltda., cujos sócios fundadores e posteriormente participantes são Estevam Hernandes Filho, Antonio Carlos Ayres Abbud, Ricardo Abbud, entre outros (fl. 930).

II.II – Ahava Programadora e Comunicação Ltda., cujos sócios fundadores são Estevam Hernandes e Sonia Haddad Moraes Hernandes (fl. 1043).

II.III – Editora e Livraria Renascer em Cristo Ltda., cuja denominação social foi alterada para Publicações Gamaliel Ltda., fundado por Estevam Hernandes Filho e Igreja Evangélica Renascer em Cristo (fl. 945).

II.IV – FH Comunicação e Participações Ltda., fundado por Sonia Haddad Moraes Hernandes e Felipe Daniel Hernandes (fl. 1060).

II.V – Gospel Records Industrial Ltda., cujos fundadores são Antonio Carlos Ayres Abbud, Ricardo Abbud e Leonardo Abbud (fl. 1024).

II.VI – Instituto Gospel de Ensino S/C Ltda., cuja razão social passou a ser Colégio Gamaliel S/C Ltda., fundado por Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes (fl. 1049).

II.VII – Waves Retransmissão e Comunicação Ltda., constituída pelos mesmos fundadores (fl. 1037).

II.VIII – Fundação Evangélica Trindade, que tem como presidente vitalício Estevam Hernandes Filho, além de contar com a participação de Antonio Carlos Abbud, Felippe Daniel Hernandes, e outros (fls. 926 e ss.).

II.IX – Igreja Cristã Apostólica Renascer em Cristo, com os mesmos figurantes entre seus participantes (fls. 894 e ss.).

II.X – RGC Produções Ltda., em que são fundadores, entre outros, Estevam Hernandes, Antonio Carlos Ayres Abbud, Ricardo Abbud, e Leonardo Abbud.

B. Do patrimônio de Estevam Hernandes Filho.

I – O patrimônio de Estevam Hernandes Filho é invejavelmente crescente, como se pode verificar a partir dos seguintes fatores:

I.I – Segundo declarações de imposto de renda de 1997 a 2002, Estevam Hernandes Filho, auferiu ele rendas nos valores assim discriminados e divididos: em 2002, R$ 90.734,16 em rendimentos tributáveis, e R$ 935.256,23 em rendimentos não tributáveis; em 2001, R$ 95.374,42 em rendimentos tributáveis e R$ 908.869,67 em rendimentos não tributáveis; em 2000, R$ 96.258,35 em rendimentos tributáveis, e R$ 708.724,50 em rendimentos não tributáveis; segue-se, em rendimentos tributáveis e não tributáveis, respectivamente: em 1999, R$ 104.084,99 e R$ 285.240,00; em 1998, R$ 90.736,99 e R$ 181.622,00; e, por fim, em 1997, R$ 85.936,96 e R$ 146.576,00. Assim, nestes cinco anos, conclui-se por um total declarado de R$ 3.729.414,27.

I.II – O patrimônio em bens e direitos declarados também mostrou-se, nas declarações, extremamente vultoso. De R$ 137.652,76 em 1997, passou a R$ 301.651,49 no ano seguinte, para atingir em 2001 e 2002, a casa de R$ 1.213.323,43 e R$ 1.080.725,80, respectivamente. Trata-se, portanto, de aumento próximo à casa dos 1000%. São Os dados que se referem aos Valores Declarados em Imposto de Renda, de apenas um dos membros de um do Clã envolvido.

I.III – Inúmeros fatores denotam, além destes, o crescimento patrimonial dos denunciados. Os documentos juntados em fls. 316/319, demonstram financiamento para a compra de uma mansão em Boca Ratón, nos Estados Unidos da América, no valor de US$ 465.000,00 (cerca de R$ 1.170.000,00). Aluda-se, ainda, ao fato de que os Hernandes utilizam-se de bens que são das empresas de que são donos, e de bens que se encontram em nome de terceiros ligados a elas.

Conclui-se, portanto, pela insofismável constatação de que o patrimônio de um (e apenas um) dos membros da Renascer cresceu geometricamente, tão só com base nos dados disponíveis e declarados; isso também sem contar os bens que são usufruídos embora não estejam em nome das pessoas beneficiadas.

C. Das dívidas e reclamações em face de suas empresas.

Ao mesmo tempo em que o patrimônio pessoal acima aludido cresce, as reclamações de credores das empresas aumentam consideravelmente.

Senão, veja-se:

I.I – Atente-se às contundentes declarações de Márcia Pellegrini (fls. 504, 505) e de Celso Pellegrini (fls. 497, 498), que moveram ação de execução contra a Renascer (fls. 499 e ss.). O valor total devido, atualizado até novembro de 2002, era da monta de R$ 87.395,14. As testemunhas moveram a ação em nome de Pontine Imóveis e Administração S/C Ltda., que alugou à Renascer um imóvel situado à Av. Lins de Vasconcelos, no 998, andar térreo e três superiores. A Igreja não honrou os pagamentos de setembro de 2000 até fevereiro de 2001.

I.II – Averiguou-se, ainda, que há inúmeros protestos em nome da empresa RGC Produções, que, das empresas do grupo, parece ser a que acumula a maior parte das reclamações. Ao todo, até o levantamento dos autos, havia protestos que somavam R$ 5.020.010,84 (R$ 3.170,55, conforme 2º Tabelião de Protestos, fl. 293; R$ 3.170,55, conforme 4º Tabelião de Protestos, fl. 295; R$ 3.170,55, conforme 5º Tabelião de Protestos, fl. 296; R$ 3.501,56, conforme 6º Tabelião de Protestos, fl. 297; R$ 5.000.000,00 e R$ 3.564,19 conforme 8º Tabelião de Protestos, fl. 299; e R$ 3.545,00 e R$ 3.800,00, conforme 9º Tabelião de Protestos, fl. 300). A empresa, que, entre outros, foi fundada por Estevam Hernandes, Antonio Carlos Ayres Abbud, Ricardo Abbud, e Leonardo Abbud, passou não mais pertencer aos Hernandes, mas oficialmente a um pastor da Igreja Renascer.

I.III – Mencione-se, ainda, a contenda existente entre os Hernandes e os Baccelli (J. Alberto Baccelli e Eliana Hellsmeister Basile Baccelli). Trata-se, igualmente, de inadimplemento da Igreja com relação à venda de um terreno em Mairinque, conforme se verifica em fls. 46 a 60, e 1113 e ss.

I.IV – Havia ainda, segundo consta nos autos, Processo Trabalhista em que é ré a empresa FH Comunicação e Participação Ltda., que ofereceu como garantia ao juízo esmeraldas, no pretenso valor de R$ 208.000,00, avaliados por perito que é suspeito por elaborar laudos falsos, investigado pela Polícia Federal (fls. 311 e ss.) Elaboração de laudo supostamente falso (super-avaliado) de pedras esmeraldas, a serem dadas em garantia de dívida, caracteriza, em tese, a prática de crime de falsidade ideológica (fls. 312/314);

I.V – Há, ainda, apenas em São Paulo e em Brasília, aproximadamente 110 processos em que as empresas acima descritas são rés, totalizando um montante cobrado na casa de R$ 12.000.000,00. Para tanto, vide a relação de fls. 1186/1193. Como exemplo de vítimas lesadas pelos dirigentes das empresas, cite-se algumas pessoas mencionadas na reportagem da Revista Época, como Maria Margarida Pinto Coelho que, fiel, aceitou ser fiadora do casal Hernandes. Foi surpreendida por

oficial de justiça que lhe cobrava R$ 260.000,00 em aluguéis atrasados e não pagos pela Igreja (v. seu depoimento em fls. 5 e ss.). Outro exemplo é de Marco Antonio Lopes dos Santos, ex-bispo da Renascer, fl. 7, que foi fiador em quatro imóveis, e de Antonio Fontana Rosa, aposentado, que alugou imóvel à Renascer, e não recebeu os valores devidos (fl. 7).

I.VI. O I.N.S.S. constatou a falsidade de uma CND (certidão negativa de débitos) da Editora e Livraria Renascer em Cristo, série G, n. 449373, conforme apuração própria de fls. 1606/1644; que, sendo de propriedade dos denunciados, configura sérios indícios da prática de crime de falsidade ideológica;

I.VII. Em várias das empresas – fls. 1757/1759, eram utilizados CNPJs ao invés de números de cadastros de IE, que também configura sérios indícios de prática de crime de falsidade ideológica;

I.VIII. Além disso, levantamento realizado nos autos, fls. 187/199 constatou que em menos de 3 anos, entre 1998 e 2001, os templos da Igreja Renascer acumulavam dívidas em aluguéis e telefones de R$ 358.694,26.

3. A evolução e as atividades da Organização Criminosa

Observa-se que, enquanto crescia o patrimônio pessoal dos denunciados, cresciam, igualmente as reclamações daqueles que se prestaram a ajudar a Igreja, e foram vítimas da fé religiosa. Não se trata, como visto, de um fato isolado, mas de inúmeros processos, protestos e cobranças judiciais, sempre em valores vultosos, e reclamações de inúmeros indivíduos lesados. Estranha, ainda, a utilização de bens de terceiros pelos suspeitos, bem como o fato de uma das empresas, herdeira dos maiores protestos, ter sido transferida a um terceiro, possivelmente um "laranja", para aparecer como um preposto de uma "empresa fantasma". Tudo indica tenha sido o crescimento vertiginoso do patrimônio suportado pela prática de crimes relacionados a fraudes diversas, escudados em empresas que – teoricamente – não têm, ou não deveriam ter – fins lucrativos.

Formou-se assim uma organização criminosa, tendo como chefes os denunciados Estevam e Sonia, e coautores os demais, todos agindo previamente ajustados e com unidade de propósitos, e agindo a partir de exploração da fé religiosa de incontável número de pessoas, constituiu empresas que não deveriam ter fins lucrativos, mas obtiveram inestimável vantagem ilícita obtida através de doações, frustração dos pagamentos de empréstimos e aluguéis de telefones, imóveis e títulos diversos. Consta dos autos que os denunciados praticaram inúmeras fraudes na medida em que assumiam compromissos acima de sua capacidade de honrá-los.

Procuravam negociar e esticar os prazos de compromissos das dívidas.

Dentre os compromissos que deixavam de ser honrados no prazo, se inseriam aluguéis de templos, arrendamento de rádio, arrendamento da Rede Manchete, contas de serviços públicos, entre outros. Era possível prever pela contabilidade, em especial o histórico de arrecadação, que os compromissos dificilmente seriam cumpridos no prazo, mas mesmo assim esses compromissos eram assumidos. É a mais clara e lógica configuração de fraude, em grande escala. São vítimas específicas os proprietários dos imóveis, e as companhias telefônicas, bem como os credores dos títulos, todos referidos nos autos. Consta ainda dos autos que A Igreja e suas empresa contribuíam com candidaturas políticas. As igrejas eram usadas para a divulgação das candidaturas e até os membros fiéis eram solicitados a votarem em determinados candidatos e fazerem propaganda para os mesmos. Houve por exemplo o apoio maciço à candidatura para Paulo Salim Maluf ao Governo do Estado de São Paulo, em 1998.

Da atividade da Igreja Renascer, a partir da investigação realizada nos autos, é possível concluir que:

a) As empresas ligadas à Igreja Renascer de fato "visavam lucro", mas declararam movimentação incompatível, muito aquém da evolução patrimonial dos seus sócios-proprietários, sendo muitas de fachada ou fictícias. Quase todas tiveram endereços transferidos, algumas com endereços coincidentes, e alternaram sócios com impressionante versatilidade;

b) O capital de ingresso nas empresas era basicamente composto das contribuições de fiéis, em dízimos e ofertas de contribuições, incluindo os chamados "desafios";

c) Embora os seus responsáveis as mantivessem deficitárias, continuavam a fundar novas empresas;

d) Eles "assumiam compromissos acima da sua capacidade de honrá-los";

e) Verificava-se que "era possível prever, pela contabilidade, em especial o histórico da arrecadação, que os compromissos dificilmente seriam cumpridos no prazo, mas mesmo assim esses compromissos eram assumidos";

f) Todos os valores eram concentrados nas mãos dos responsáveis – Apóstolo Estevam Hernandes Filho e sua esposa Bispa Sonia;

g) Houve visível crescimento patrimonial das pessoas ligadas à Igreja, mesmo com as dívidas comprovadamente acumuladas;

h) Houve incontroláveis gastos, por exemplo, com cartões de crédito no exterior, e faturas em dólares;

i) As empresas, por seus donos – em especial o Apóstolo Estevam Hernandes Filho e a sua esposa Bispa Sonia, mesmo deficitárias, tinham objetivos políticos, contribuindo com campanhas políticas.

Pelas provas produzidas neste inquérito policial, há que se concluir pela existência de sérios indícios de que os suspeitos, em especial Estevam Hernandes Filho, CPF/MF: 700665748-20 e RG: 6.434.543; e Sonia Haddad Moraes Hernandes, CPF/MF: 212685808-54 e RG: 9.530.251-7, formaram uma organização criminosa com a finalidade de praticar crimes de estelionatos, assumindo compromissos financeiros, quase sempre em nome das empresas que eles mesmos criaram (pessoas jurídicas), e premeditadamente deixaram de honrar; acumularam grandes riquezas pessoais em curto espaço de tempo, desviando para eles mesmos, de forma a integrar o seu patrimônio pessoal – bens e valores obtidos ilicitamente decorrentes portanto de crimes praticados por organização criminosa, nos termos do artigo 1º VII da Lei n. 9.613/98, – os quais foram, e continuam sendo dissimuladamente originários, diretamente, daqueles crimes.

Arrebanharam os demais denunciados para coparticiparem da administração da Organização e parte da gerência dos bens.

4. A configuração do crime de lavagem de dinheiro proveniente de crimes de estelionatos e fraudes praticados por organização criminosa

Nos termos do artigo 2º, II, da Lei n. 9.613/98: "independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes no artigo anterior, ainda que praticados em outro país".

E do artigo 2º, § 1º, da mesma Lei: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime" (grifei).

O dispositivo legal em análise destina-se, na verdade, seguindo os ditames da Convenção de Viena, e sensível à inadiável e imperiosa necessidade de combater as Organizações Criminosas, a abranger todos as hipóteses de infrações penais praticadas por uma Organização Criminosa.

Importante referir, para espancar qualquer resquício de dívida, que o Governo do Brasil editou o Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, definindo "Grupo Criminoso Organizado", de *lege ferenda*, especificando que:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Demonstra-se assim, por fim, ser absolutamente possível aplicar o presente dispositivo, simplesmente, e também principalmente, através dos próprios conceitos de "Organização Criminosa", independentemente de definição legal.

Considerando-se que não seria possível distinguir determinadas espécies de infrações penais para efeito de estabelecimento da organização criminosa, segue-se que, uma vez configurada a sua existência, com intuito de prática de qualquer tipo de infração penal, desde que obtenha, dessa atividade, bens, direitos e valores, a partir de indícios das condutas, será possível processar os seus integrantes – que de qualquer modo concorrerem, por crime de lavagem de dinheiro, tendo como situação antecedente "pertencer", por se tratar de "crime praticado por organização criminosa".

5. Da ocultação e/ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade de bens e direitos, provenientes indiretamente dos crimes praticados pela organização criminosa e tipificação da conduta.

O crescimento vertiginoso dos denunciados aconteceu seguindo o estratagema de utilizar pessoas "testas de ferro" – Leonardo Abbud. CPF: 149565197-53, Antonio Carlos Ayres Abbud: CPF: 607131437-20 e Ricardo Abbud: CPF: 268686797-34, todos parentes da denunciada, (procurações fls. 516/579) para em nome deles constituir empresas ligadas à Igreja Renascer, fls. 121/179, ou mesmo em nome deles, denunciados, receber doações à custa de exploração da fé religiosa, e deixar de honrar compromissos financeiros, os quais, previamente, sabiam inatingíveis, auferindo lucros, e portanto através do esquema dissimular a origem ilícita dos valores e bens adquiridos, conforme os quadros e referências abaixo referidas:

Evolução Patrimonial financeira do denunciado Estevam Hernandes Filho:

(...)

O denunciado Estevam Hernandes Filho gastou, em cartões de crédito internacional, entre 24-4-1998 e 24-4-2003, a quantia de US$ 480.662,62 (quatrocentos e oitenta mil, seiscentos e sessenta e dois mil, e sessenta e dois dólares), segundo informações do Bacen, fls. 1155/1276.

O esquema de circulação de altíssimos valores passava pelas empresas, entre elas, algumas comprovadamente de fachada: Diligência Fiscal da Receita Federal (fls. 1701/1712) constatou ser a empresa "Publicações Gamaliel Ltda", dos denunciados Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, uma verdadeira empresa de fictícia, inexistente nos endereços referidos, e que movimentou, entre os anos de 2000 e 2003, a quantia da ordem de R$ 46.408.086,00 (quarenta e seis milhões, quatrocentos e oito mil e oitenta e seis reais), não declarados,

ocultados portanto, da Receita Federal; e em incrível descompasso com os valores da conta fiscal (SEFAZ) de fls. 1481/1490.

As empresas "Colégio Gamaliel S/C Ltda" e "Gospel Wear Ind. Com. Confec. Roupas em Geral" (fl. 1734), reúnem, igualmente, fortes características de serem empresas fictícias, criadas para a passagem do dinheiro obtido através de doações, mesclados com o dinheiro obtido ilicitamente.

Bens Adquiridos pelos denunciados Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, produtos das atividades ilícitas:

a) Uma área rural de 181.500 mts^2, no município de Itariri, Mairinque, em 29-6-2001, matrícula n. 13.877; adquirida em nome de "Colégio Gamaliel"; por R$ 500.000,00 (à época); fls. 68/72;

b) Uma área rural de 272.910 mts^2, no município de Itariri, São Roque, em 12-6-2001, matrícula n. 19.029; por R$ 1.325.000,00 (à época); em nome de "Publicações Gamaliel" (fls. 61/63).

c) Uma casa nos Estados Unidos da América, na cidade de Boca Ratón, no valor estimado de US$ 465.000,00 em (2001), ou mais de R$ 1 milhão (atuais), em julho de 2000, fls. 316/319.

Considerando que as doações dos fiéis tinham, ou deveriam ter destinação a obras assistenciais, e que as empresas não tinham, ou não deveriam ter lucro, não há correspondência entre o patrimônio declarado, dos denunciados e das suas empresas, e os bens e valores efetivamente auferidos – não havendo demonstração da procedência lícita de tais bens e valores.

Assim, os denunciados Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, agindo diretamente e indiretamente, utilizando-se de Leonardo Abbud, Ricardo Abbud e Antonio Carlos Ayres Abbud, que aderiram à pratica dos crimes, todos sempre previamente ajustados e com unidade de propósitos, ocultaram e dissimularam a natureza, a origem a disposição e a propriedade dos valores e bens acima referidos, provenientes direta e indiretamente de crimes praticados pela organização criminosa que chefiavam e continuam chefiando em caráter permanente, especializada na prática de crimes de fraudes diversas, especialmente estelionatos, auferindo daí os proventos.

Isto posto, *denuncio-os* como incursos nas penas do artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98 (...). [Fls. 229-239.]

Conforme se observa, ainda há que se ter como censurável a denúncia ora questionada, que não atribui aos pacientes qualquer fato ocorrido a partir de 12-3-2004, se considerada a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre o crime de lavagem de dinheiro proveniente de crime praticado por organização criminosa.

14. Pelo exposto, **voto no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus***.

EXTRATO DA ATA

HC 96.007/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Pacientes: Estevan Hernandes Filho ou Estevam Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes. Impetrante: Luiz Flávio Borges D'Urso. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, 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. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 12 de junho de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, secretária da Primeira Turma.

SEGUNDO JULGAMENTO NO HABEAS CORPUS 96.650 — RS

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Carlo Matheo Maraschin Karwowski — Impetrante: Paulo Dariva — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Arma – Porte – Estado físico. Diante da circunstância de perícia realizada nas armas haver concluído pela possibilidade de uso, de feitura de disparo, descabe cogitar de atipicidade da conduta no que sustentado que seriam armas históricas.

Porte de arma – Ausência de munição – Crime – Configuração. O fato de a arma estar desprovida de munição não implica a descaracterização do crime de porte.

Erro sobre a ilicitude do fato. Ante depoimento de testemunha no sentido de que fora contatada pelo acusado visando viabilizar o registro das armas, inadequada surge a articulação quanto a erro sobre a ilicitude do fato, isso considerado o porte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 22 de novembro de 2011 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 28 e 29):
>
> **Ação penal – Suspensão – Porte de arma – Liminar – Excepcionalidade não demonstrada – Indeferimento.**
>
> 1. A Assessoria assim bem revelou as balizas desta impetração:
>
> Ao paciente foi imputada a prática do tipo previsto nos arts. 14, cabeça, e 16 da Lei 10.826/2003, porque transportava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, um rifle, sem marca, calibre 7.62, arma de uso restrito, e um rifle, marca Gauge, número de série SO634729, calibre 32, arma de uso permitido, desmuniciados.
>
> Recebida a denúncia, formalizou-se impetração no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Alegou-se a atipicidade da conduta, pois o intuito de trazer as armas a Porto Alegre seria

apresentá-las a conhecido colecionador, que avaliaria a viabilidade de transformá-las em objeto de coleção. A ordem foi indeferida. A Corte entendeu que o trancamento da ação penal somente se mostra possível quando evidente o excesso de acusação, o que não se dava na espécie (fl. 146 do apenso).

No Superior Tribunal de Justiça, o pedido de concessão de liminar no recurso ordinário em *habeas corpus* não foi acolhido (fl. 175 do apenso). Interposto agravo regimental contra a referida decisão, a Quinta Turma, após assentar o não cabimento da impugnação, indeferiu a ordem. Ressaltou que o porte ilegal de armas de fogo traz risco à paz social, de modo que, para caracterização da tipicidade das condutas previstas nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003, bastaria, tão somente, o porte de armas de uso restrito ou sem a devida autorização. A circunstância de se encontrarem desmuniciadas não excluiria, por si só, a tipicidade do delito, porquanto ofereciam potencial poder de lesão (fl. 227 do apenso).

O *habeas* está voltado a infirmar esse pronunciamento. O impetrante reafirma a atipicidade da conduta do paciente, pois o simples fato de conduzir a arma não levaria à conclusão de prática ilícita se não representar efetivamente ameaça de lesão ao bem jurídico que a lei buscou proteger. Aponta ser este, aliás, o escopo da Lei 10.826/2003: preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida, saúde e patrimônio, contra atos que os exponham a perigo. Segundo assevera, o transporte de arma de fogo, sem autorização, para constituir fato típico, deveria ao menos colocar em risco o bem jurídico protegido, o que não ocorrera no caso, porquanto não existia possibilidade de disparos de tiros.

Aduz, também, ter havido "erro de proibição", sob o argumento de que, apesar de a Lei 10.826/2003 prever a hipótese de entrega de armas, nada dispõe sobre o modo como se daria tal procedimento. Sustenta que, com a superveniência da Lei 11.706/2008, revogando expressamente o parágrafo único do art. 32 da Lei 10.826/2003, deixou de haver previsão de necessidade de regulamentação da matéria. Desse modo, conquanto soubesse da imposição legal de as armas serem entregues à Polícia Federal, desconhecia a necessidade de contar com autorização específica.

Pede a concessão de liminar, para suspender, até o julgamento final da impetração, o curso da Ação Penal 004/2.07.0006891-0, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bagé/RS (fl. 3). No mérito, assentada a atipicidade da conduta do paciente e, consequentemente, a ausência de justa causa para a persecução criminal, busca o trancamento do referido processo.

(...)

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 32 a 37, diz da legalidade do ato do Superior Tribunal de Justiça mediante o qual se negou seguimento ao *habeas corpus* impetrado, pois a circunstância de os rifles estarem desmuniciados não conduziria à conclusão da atipicidade da conduta atribuída ao paciente, persistindo a violação do bem jurídico tutelado – a paz social exposta a risco. Anota que o art. 14 da Lei 10.826/2003 prevê a punição de quem porta arma de fogo sem autorização da autoridade competente e em

desacordo com determinação legal ou regulamentar, pouco importando o fato de a arma se encontrar desmuniciada. Segundo afirma, cuidando-se de delito de perigo, não se exige a ocorrência de resultado para a configuração do tipo. A respeito do tema, menciona o acórdão formalizado no HC 85.240/SP.

Quanto à tese de erro de proibição suscitada pela defesa, observa que o tema não foi examinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nem pelo Superior Tribunal de Justiça, ficando inviabilizada a apreciação da controvérsia pelo Supremo. Manifesta-se pelo indeferimento da ordem.

Submetido o processo a julgamento, a Primeira Turma do Supremo, na sessão de 25 de agosto de 2009, declarou o prejuízo da impetração em face da prolação de sentença absolutória (fl. 51).

Contra o acórdão, o paciente interpôs embargos declaratórios, nos quais sustentou a inexistência de prejuízo, tendo em consideração o fato de a sentença não haver transitado em julgado: o Ministério Público formalizou apelação. Requereu fossem atribuídos efeitos modificativos aos embargos e, em decorrência, analisado o mérito da impetração (fls. 68 a 77).

A Primeira Turma, na sessão de 11 de maio de 2010, apreciou os declaratórios, sendo provido o recurso (fl. 510).

Vossa Excelência determinou fosse oficiado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, solicitando cópia do acórdão formalizado no recurso de apelação interposto contra a sentença absolutória proferida na Ação Penal 004/2.07.0006891-0, que tramitou no Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bagé/RS. Antecipando-se, o impetrante noticiou o provimento do recurso, por maioria, sendo o paciente condenado, como incurso nas sanções do art. 16 da Lei 10.826/2003, à pena de três anos de reclusão, em regime aberto, e vinte dias-multa, substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixada em dois salários mínimos. A cópia do acórdão foi juntada à fl. 530 à 549.

O impetrante, à fl. 566, esclarece não ter ocorrido o trânsito em julgado do acórdão da apelação, em virtude dos embargos declaratórios protocolados. Os embargos foram acolhidos tão somente para afastar a alegação de inépcia da denúncia suscitada pela defesa nas contrarrazões do apelo interposto pelo Ministério Público (fls. 590 a 612).

Contra o referido acórdão, integrado ante o julgamento de embargos de declaração, protocolaram-se embargos infringentes e de nulidade (fls. 633 a 663) e recursos especial e extraordinário contra a parte unânime do julgado (fls. 664 a 688 e 689 a 706, respectivamente). Os embargos infringentes e de nulidade foram recebidos, mas não julgados (fl. 708), conforme se lê no relatório de andamento processual de fl. 748. O recurso extraordinário e o especial estão pendentes de exame de admissibilidade e aguardam a apreciação dos mencionados embargos.

A Procuradoria-Geral da República, instada a manifestar-se novamente no processo em virtude de petição apresentada pelo impetrante, ratificou o parecer de fls. 32 a 37, no sentido do indeferimento da ordem. Ressaltou ser o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, consoante jurisprudência do Supremo, de mera conduta e de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e salientou que a probabilidade de vir a acontecer algum dano é presumida pelo tipo penal (HC 104.206/RS, rel. min. Cármen Lúcia, acórdão publicado no *DJE* de 27 de agosto de 2010).

Lancei visto no processo em 5 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): Ao indeferir a medida acauteladora, assim fiz ver:

> 2. Está-se no campo precário e efêmero, ou seja, da liminar. A suspensão de processo revelador de ação penal nessa fase pressupõe excepcionalidade maior, risco direto de manter-se com plena eficácia a tramitação. Isso não ocorre na espécie. Há de aguardar-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República e o crivo do Colegiado.

Ante os parâmetros, as premissas lançadas na sentença proferida, não teria dúvida em concluir pela atipicidade da conduta. É que o Juízo tratou o episódio como a revelar simples deslocamento de armas históricas, imprestáveis ao uso, que se encontravam na propriedade rural do acusado. Estaria ele a transportá-las visando levantar o valor histórico das armas. Ocorre que, interposta apelação pelo Ministério Público, veio o Tribunal de Justiça a provê-la, consignando o resultado do laudo pericial e também o fato de testemunha ouvida haver apontado que o objetivo do paciente era regularizar as armas, buscando o registro. O rifle sete milímetros seria muito antigo, mas, embora não havendo a munição específica, na realização da perícia com munição compatível, prestou-se ao uso.

De qualquer forma, resta ainda a problemática referente à espingarda. Quanto à inexistência de munição junto às armas, observem não só a ausência de distinção no tipo legal como também a circunstância de a munição, separadamente, consubstanciar crime.

Por último, em face do contexto revelado no acórdão proferido, descabe cogitar de erro sobre a ilicitude do fato. É certo ainda que, segundo o depoimento do cidadão Gilberto Bandeira Bressani – fl. 576 –, o paciente tinha o desejo de registrar as armas.

Em síntese, não se pode vislumbrar, ante os contornos objetivos do acórdão do Tribunal de Justiça, ilegalidade a ser afastada na via da impetração.

Indefiro a ordem. É como voto.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu acho que percebi aqui a razão de ser dos segundos embargos, no parecer do Ministério Público. O que se fala aqui, segundo o parecer do Ministério Público? Após manifestação ministerial pelo indeferimento – que é a primeira –, o *writ* foi julgado prejudicado, em virtude de superveniência de sentença absolutória.

Aí o *Parquet* interpôs e ele peticionou para manter o julgamento. Pelo menos é o que consta no parecer.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ele teria sido absolvido no Juízo?

O sr. ministro Dias Toffoli: É, só que houve a apelação do Ministério Público.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Quer dizer, fez-se aditamento à inicial deste *habeas*. Mas não seria o segundo julgamento, porque não houve o primeiro.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente. Seria problema da autuação na Secretaria.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não seria segundo, porque nós não julgamos uma vez.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Creio que podemos retificar a autuação, para constar apenas *habeas corpus*.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): A secretária nos informa que teria havia o julgamento pelo prejuízo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Deixe-me ver o voto. Inclusive pedi à Assessoria para ver a razão dessa nomenclatura.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Em 25 de agosto de 2009, a Turma julgou prejudicado o *habeas*, e a parte, então, opôs embargos, e resolveu-se continuar. Então a Turma acolheu os embargos.

Mas, enfim, o resultado deste julgamento é no sentido da denegação da ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Mas não cabe colocar segundo julgamento, apenas *habeas corpus*, retificando a autuação. Continua sendo aquele autuado, apenas com o aditamento referido.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E esse é o primeiro julgamento de mérito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sim, é o primeiro, sem dúvida, no Colegiado.

EXTRATO DA ATA

HC 96.650-segundo julgamento/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Carlo Matheo Maraschin Karwowski. Impetrante: Paulo Dariva. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 22 de novembro de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 98.253 — RJ

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Thiago Rocha Lima Santos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

Crime militar – Princípio da insignificância. O fato de ter-se em jogo, nos crimes militares, princípios próprios às Forças Armadas – hierarquia e disciplina – afasta a teoria da insignificância. Precedentes: HC 81.734-3/PR, rel. min. Sydney Sanches, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 7 de junho de 2002; e HC 91.759-3/MG, rel. min. Menezes Direito, com acórdão veiculado no *Diário da Justiça* de 30 de novembro de 2007.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: A título de relatório, adoto as informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o indeferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 32 e 33):
>
> *Crime militar – Instituto da insignificância – Jurisprudência da Turma – Ação penal – Trancamento – Liminar indeferida*.
>
> 1. A Assessoria assim revelou as balizas desta impetração:
>
> O paciente foi denunciado pela prática da conduta tipificada no art. 290 do Código Penal Militar (guardar e manter em depósito, no interior da organização militar, substância entorpecente). No laudo pericial, indicou-se a quantidade de 1 grama ou de 0,74 grama de maconha.
>
> O juiz-auditor da 2ª Auditoria do 1º CJM, sob o argumento de o agente ter sido preso portando ínfima quantidade de droga, evocou o princípio da insignificância. Contra o referido ato, foi interposto recurso em sentido estrito, ao qual o Superior Tribunal Militar deu provimento, para receber a denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal perante o Juízo. O Tribunal entendeu inaplicáveis o princípio da insignificância e o da proporcionalidade em casos de crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar, pois a posse e o uso de tóxicos na caserna, independentemente da pessoa, da quantidade e da substância, não se conciliam com a natureza e as atividades militares (fl. 14).

A impetração está voltada contra esse pronunciamento. A Defensoria Pública da União sustenta a adequação do princípio da insignificância à espécie, ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente. Ressalta o fato de a Lei 11.343/2006, no art. 28, ter afastado a pena restritiva de liberdade a usuário de drogas, preferindo a reinserção social do agente. Aduz que o princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta e a sanção a ser aplicada, visando a alcançar a finalidade de prevenção e de repressão. Assim, a imposição de penalidade estaria a depender do juízo individualizado da culpabilidade do agente – censurabilidade da conduta. Menciona como precedente o HC 90.125. Realça a aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, positivados na Lei 9.784/1999. Pede a concessão de liminar, determinando-se o trancamento da ação penal. No mérito, pleiteia a confirmação da medida acauteladora.

(...)

Brasília, 23 de março de 2009.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 36 a 41, afirma que o fato de ser pequena a quantidade de substância entorpecente apreendida na posse do servidor militar, no ambiente sujeito à administração militar, não conduz à conclusão de atipicidade da conduta do paciente, por fazer-se inaplicável, na esfera militar, o princípio da insignificância. Diz, também, da não incidência, no caso, das disposições da Lei 11.343/2006, a qual dispõe acerca do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, pois, segundo assevera, devem-se levar em conta a observância do disposto no art. 290 do Código Penal Militar e o princípio da especialidade. Mencionando precedentes jurisprudenciais, manifesta-se pelo indeferimento da ordem.

Este processo estava sobrestado, aguardando o julgamento de processo paradigma afetado ao Plenário, consoante certidão de fl. 48.

O Tribunal Pleno, no julgamento do HC 94.685/CE, rel. min. Ellen Gracie, na sessão de 11 de novembro de 2010, afirmou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à espécie.

Lancei visto no processo em 19 de novembro de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 30 seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Penso que, relativamente à aplicação da regra especial, que é o Código Penal, nunca houve dúvida no Supremo.

O sr. ministro Ayres Britto: É que essa matéria é idêntica à que foi afetada ao Pleno.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Quanto à insignificância ou quanto à lei incidente na espécie?

O sr. ministro Ayres Britto: Foi quanto à insignificância, foi também o uso ou o porte de maconha em dependência militar.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência tem uma memória melhor do que a minha. Eu não me lembro da afetação de caso ao Plenário. Agora, se realmente ocorreu...

O sr. ministro Ayres Britto: É porque eu pedi vista lá no Pleno, a memória não é tão boa assim, não.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Quer dizer, o princípio da insignificância também aplicado a uma situação castrense?

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, castrense. Idêntico objeto.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ouço os colegas. Vamos sobrestar para aguardar o pronunciamento do Plenário?

O sr. ministro Ayres Britto: Acho que sim.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Quem sabe, com a otimização do tempo, tenhamos esse julgamento!

O sr. ministro Dias Toffoli: Salvo engano de memória, eu devo ter no meu gabinete alguns *habeas corpus* concernentes a essa matéria, e estou aguardando – recentemente sobrestive um.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, desde que haja deliberação – não que tenha receio da Transparência Brasil, mas, para tirar este processo das minhas costas –, concordo com o sobrestamento. Que fique consignado em ata como deliberação do Colegiado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): Os colegas estão de acordo?

O sr. ministro Ayres Britto: De acordo.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu concordo, mas só ponderaria que as pautas do Plenário cada vez estão mais assoberbadas, e casos como este, que já tínhamos alguma jurisprudência, acabam ficando sobrestados e sem solução. Então, talvez, claro, se o caso é idêntico, eu me lembro de que é exatamente a questão castrense.

O sr. ministro Ayres Britto: Insignificância e aplicação da Lei de Drogas no âmbito militar, no âmbito castrense.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque o ministro chamou atenção que aqui era a questão do 290 do Código Penal Militar, e lá é a 11.343 aplicando ou não.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Parece que a insignificância foi deslocada ao Plenário.

O sr. ministro Ayres Britto: São os dois temas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu concordo, presidente, apenas ponderando que talvez fosse o caso de até pedirmos uma certa preferência posteriormente,

no âmbito interno da administração do Tribunal, porque, como já foi lembrado agora, o ministro Toffoli tem processo sobrestado, e *habeas corpus* tem preferência constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Agora, na espécie, não há prejuízo, porque não foi deferida a liminar para suspender a tramitação da ação penal. Ela está em curso, de qualquer forma.

EXTRATO DA ATA

HC 98.253/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Thiago Rocha Lima Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma resolveu sobrestar o pedido de *habeas corpus* até o julgamento do processo paradigma pelo Plenário. Falou o dr. João Alberto Simões Pires Franco, defensor público federal, pelo paciente. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 13 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Consoante consignado quando da não concessão da medida acauteladora, a matéria é regida pelo Código Penal Militar e não pela Lei 11.343/2006. Então, sobressaem valores inafastáveis em se tratando da seara militar, ou seja, a hierarquia e a disciplina. Daí a Turma vir distinguindo as situações jurídicas nos casos de crime militar ou crime comum, isso levando em conta o princípio da insignificância. Vale dizer, fazem-se em jogo valores maiores a irradiarem-se a ponto de ter-se como imprópria a jurisprudência sobre o denominado crime de bagatela. Confiram com os seguintes precedentes: HC 81.734-3/PR, rel. min. Sydney Sanches, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 7 de junho de 2002, e HC 91.759-3/MG, rel. min. Menezes Direito, com acórdão veiculado no *Diário da Justiça* de 30 de novembro de 2007.

Essa jurisprudência foi ratificada pelo Plenário do Supremo em 11 de novembro de 2010, no julgamento do HC 94.685/CE, rel. min. Ellen Gracie.

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 98.253/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Thiago Rocha Lima Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o ministro Marco Aurélio, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli. Subprocurador-geral da República, dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Fabiane Duarte, coordenadora.

HABEAS CORPUS 98.620 — RJ

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O sr. ministro Luiz Fux

Paciente: Ricardo Dantas Valente — Impetrante: Fabio Gomes de Oliveira — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal e constitucional. *Habeas corpus*. Excesso de prazo na instrução criminal justificado. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Periculosidade evidenciada pelo *modus operandi*. Paciente membro de organização criminosa. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Ordem indeferida.

1. O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal determina que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

2. O excesso de prazo alegado não resulta de simples operação aritmética, porquanto deve considerar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos; fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.

3. *In casu*, o julgamento da apelação interposta pelo paciente está aguardando a designação de data porque a defesa, a todo momento, provoca incidentes, sendo prudente aguardar este julgamento a fim de que nele o juiz da causa possa, com mais elementos, decidir sobre a revogação, ou não, da custódia cautelar.

4. A regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão constitui exceção, admissível apenas em situações específicas nas quais reste comprovada a real necessidade da segregação (Precedente: HC 92.682/RJ, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-12-2010).

5. A custódia cautelar é medida excepcionalíssima, somente admitida em situações de absoluta necessidade, não podendo, jamais, consubstanciar cumprimento antecipado da pena.

6. A prisão preventiva, por sua vez, somente se justifica quando demonstrada sua real necessidade mediante a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP.

7. No caso *sub judice*, a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, ressaltando-se o fato de o paciente ter sido condenado de integrar extensa organização criminosa

dedicada à prática de delitos inafiançáveis (HC 104.699/SP, Primeira Turma, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* de 23-11-2010, e HC 103.107/MT, Primeira Turma, rel. min. Dias Toffoli, *DJ* de 29-11-2010).

8. Ordem indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus,* nos termos do voto do ministro Luiz Fux, vencido o relator.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Luiz Fux, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida (fls. 511 a 513):
>
> *Prisão preventiva – Fundamentos – Sentença condenatória – Tráfico de drogas – Recurso sob a custódia do Estado – Visão do Colegiado – Ressalva de entendimento pessoal – Liminar indeferida.*
>
> 1. Eis as balizas desta impetração reveladas pela Assessoria:
>
> O Juízo da Primeira Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro decretou a prisão preventiva do paciente, com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. Disse ser possível concluir, da documentação juntada na medida cautelar e dos relatórios de inteligência policial, pela existência de organização criminosa destinada à prática de crimes previstos na Lei 6.368/1976. A materialidade dos delitos estaria demonstrada pelas apreensões de drogas, havendo indícios de autoria. Entendeu ser imprescindível o deferimento do pedido de prisão processual, sob pena de, em liberdade, o paciente – bem assim os corréus – inviabilizar a obtenção de novos elementos de prova (fls. 483 a 491). O mandado de prisão do paciente, devidamente cumprido, encontra-se à fl. 494.
>
> Contra o referido ato foi impetrado *habeas* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sob o argumento de a segregação provisória contrariar o princípio da presunção da não culpabilidade, pois, no caso, não estariam atendidos os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. A ordem foi indeferida. A defesa formalizou idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça – HC 45.594. A Quinta Turma daquela Corte não concedeu a ordem (fl. 35). Na oportunidade, a ministra Laurita Vaz esclareceu que, no interregno entre a formalização do pedido de *habeas* naquela Corte e a apresentação do processo à

mesa para julgamento, sobreveio sentença condenatória do paciente – bem assim dos corréus –, na qual está expressa a negativa do direito de apelar em liberdade. Asseverou impor-se, apesar disso, o exame da decisão mediante a qual determinada a prisão preventiva. Disse alicerçar-se o referido ato na garantia da ordem pública, tendo em conta o modo de agir da organização criminosa, consoante provas obtidas por escutas telefônicas judicialmente autorizadas. A partir dos indícios de autoria e materialidade, ressaltou que delitos desse porte e complexidade causam prejuízos materiais e institucionais, gerando instabilidade no meio social, ameaçando a paz social. Ademais, o paciente fora condenado à pena de dezesseis anos de reclusão, tendo-lhe sido negado o direito de apelar em liberdade, o que evidencia a necessidade da custódia cautelar (fls. 35 a 39).

Neste *habeas*, voltado contra o referido acórdão, o impetrante noticia estar o paciente aguardando, há três anos e oito meses, o julgamento da apelação interposta, encontrando-se submetido à custódia processual. Diz ser imprestável a prova obtida via escuta telefônica, pois não realizada a perícia de voz, visando à identificação e à culpabilidade de cada participante. O processo-crime, portanto, estaria viciado, porque cerceado o direito ao contraditório e à ampla defesa dos acusados. Assegura que o Juízo Criminal, ao proferir a sentença condenatória, valeu-se de trechos da aludida degravação, bem assim de documentos obtidos em processo que teve curso na Comarca de Guarulhos, Estado de São Paulo – de número 2004.611.900.327-60 –, para concluir pela infração ao art. 12 da Lei 6.368/1976. O paciente, no entanto, não teria sido intimado para manifestar-se sobre a prova emprestada juntada ao processo. A materialidade do delito estaria comprovada por meio de provas obtidas sem o contraditório, fato que implicaria a nulidade do processo-crime.

Pede a concessão de liminar para fazer cessar os efeitos da prisão preventiva. No mérito, pleiteia a confirmação da decisão por meio da qual vier a ser deferida a medida acauteladora.

A cópia da sentença condenatória encontra-se às fls. 44 a 450. Quanto à vedação ao direito de apelar em liberdade, consta, à fl. 447: "os sentenciados não atendem os requisitos do artigo 594 do Código de Processo Penal". Há, no ato, a óptica do perigo de continuarem na prática criminosa estando soltos.

Por meio da petição juntada à fl. 473, o impetrante noticia o fato de o recurso de apelação estar aguardando a designação de data para julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, trazendo cópia do relatório de andamento processual (fl. 474).

(...)

Brasília, 25 de maio de 2009.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 516 a 521, opina pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* e, se conhecido, pelo indeferimento da ordem, sob o fundamento de que as questões aqui suscitadas não foram apreciadas pelos tribunais anteriores e, se analisadas, implicará dupla supressão de instâncias. Quanto à arguição de nulidade do processo, o exame demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que se mostra inviável em sede

de *habeas corpus*, que tem rito célere e exige prova pré-constituída. No tocante ao cerceamento de defesa, por não haver sido intimado para contraditar a prova emprestada e juntada ao processo, anota que o paciente não comprovou o que alegado e nem mesmo a circunstância de ter anexado tal prova.

Relativamente ao apontado excesso de prazo de prisão do paciente, que estaria aguardando, há quase quatro anos, o julgamento da apelação, sustenta que a complexidade dos fatos, a evidente periculosidade dos condenados e a grande quantidade de corréus justificam o prazo alongado, além do fato de a defesa ter contribuído com a demora no desfecho do processo. Ressalta que não pode ser deferida a liberdade provisória ao paciente, à luz dos arts. 35 e 44 da Lei 11.343/2006, uma vez que se trata de tráfico ilícito de drogas, insuscetível de concessão de liberdade provisória.

O impetrante, à fl. 538, noticia o fato de estar pendente o julgamento da apelação interposta pelo paciente, que se encontra no regime prisional semiaberto. Requer o reexame do pedido de concessão de liminar.

Lancei visto no processo em 9 de março de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 22 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Quanto à adequação deste *habeas*, consigno que somente passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça a problemática alusiva aos fundamentos da prisão preventiva, até aqui o título relativo à custódia do paciente. Ressalto que a prisão, determinada mediante o ato de fls. 483 a 491, ocorreu em 14 de outubro de 2004. Já se passaram, pois, mais de seis anos, aspecto a ser observado para eventual concessão da ordem de ofício, porquanto o Superior Tribunal de Justiça não se manifestou a respeito.

Ao formalizar a preventiva, o Juízo lançou como base "a existência de uma grande organização criminosa, preparada, bem-difundida e com expressiva representação em setores-chaves de modo a aumentar a probabilidade de êxito em suas empreitadas, organização esta destinada a cometimento de crimes previstos na Lei n. 6.368/76". Sob tal ângulo, o que decidido não merece endosso. A toda evidência, a quadrilha foi desmantelada. Também as imputações não constituem respaldo suficiente a ter-se como incólume a medida de constrição, sob pena de caminhar-se para a automaticidade. A materialidade dos crimes e os indícios da autoria, de igual modo, configuram elementos neutros quanto à preventiva. O Juízo aludiu, é certo, à necessidade da prisão para viabilizar-se a obtenção de novos dados, mas isso aconteceu a partir da presunção de que, em liberdade, os acusados obstaculizariam a coleta de provas. Mais um enfoque que não se enquadra no disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, porque calcado no subjetivismo. Concluiu o Juízo apontando, de forma genérica, ou melhor, talvez presentes essas premissas, pela necessidade de garantir a ordem pública bem como assegurar a aplicação da lei penal.

Em síntese, não subsiste, em termos de fundamentos, o ato atacado. De qualquer maneira, ainda que se entenda estar devidamente motivado o pronunciamento do Juízo, a preventiva – repito – já perdura por mais de seis anos. O mandado de prisão foi implementado em 14 de outubro de 2004 (fls. 494 e 495).

Concedo a ordem para afastar a prisão preventiva. Ante a unicidade de título, estendo a decisão aos demais acusados que não foram favorecidos, claro, pela absolvição. Cumpram os alvarás de soltura com as cautelas próprias, vale dizer, caso o paciente e os beneficiários da extensão não estejam sob a custódia do Estado por motivo diverso do retratado no ato objeto de exame, formalizado no Processo 2003.5101.505.703-2, que teve curso no Juízo da Primeira Vara Federal Criminal da Circunscrição Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Advirtam-nos que deverão permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais. Vencido quanto a esse aspecto, concedo ao paciente a ordem de ofício em razão do excesso de prazo.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, eu fiquei aqui extremamente preocupado com a envergadura do delito. É uma quadrilha composta de 25 membros que se associaram para tráfico de drogas.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Alguns foram absolvidos.

O sr. ministro Luiz Fux: E, pelo que consta, o recurso está aguardando a designação de data. Essa data não tem sido designada porque a defesa, a todo momento, oferece peças e peças. Então há inúmeros pedidos formulados. São 25 réus. Eu já tive oportunidade de trabalhar em vara criminal e sei que o processo com 25 réus e pedidos a toda hora formam inúmeros apensos que acabam dificultando. O crime é inafiançável, insuscetível de liberdade provisória.

Vou pedir vênia ao ministro Marco Aurélio para denegar a ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E a concessão de ofício pelo excesso? Seis anos de preventiva!

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Luiz Fux: O processo foi relatado, no parecer do Ministério Público Federal, nos seguintes termos:

> Trata-se *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n. 45.594/RJ, assim ementado:
>
> *Habeas corpus. Processual penal. Crimes de associação e tráfico internacional de drogas. Alegação de carência de fundamentação do decreto judicial de prisão preventiva. Superveniência da sentença condenatória. Precedentes do STJ.*
>
> 1. O decreto de prisão preventiva está satisfatoriamente justificada no *modus operandi* da organização criminosa e na gravidade da ação delituosa, a qual

se perpetuou por mais de dois anos, sendo evidente, portanto, a necessidade de proteção da ordem pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Saliente-se, ainda, que tendo sido o paciente condenado em primeira instância por decisão que lhe negou o benefício de apelar solto, há motivo superveniente para justificar a mantença da medida excepcional.

3. Ordem denegada. (Fl. 35.)

2. Consta dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outros vinte e quatro corréus, como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14, c/c art. 18, I, da Lei n. 6.368/76. Preso preventivamente em outubro de 2004, impetrou *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem, e ao Superior Tribunal de Justiça que, como visto, manteve sua custódia cautelar, observando a superveniência de sentença condenatória que lhe negou o direito de apelar em liberdade (fls. 35/39).

3. No presente *writ*, o impetrante reitera o pedido de liberdade provisória ao paciente, inovando, contudo, seus argumentos. Alega que o acusado, "que está no regime semiaberto", aguarda há três anos e oito meses o julgamento da apelação interposta. Questiona as provas obtidas durante a instrução processual, tendo em vista que: 1) o paciente não teria tido a oportunidade de manifestar-se sobre prova emprestada juntada aos autos, e 2) é inválida a escuta telefônica, pois não realizada a perícia de voz destinada à identificação de cada réu.

Conforme consta nas notas taquigráficas, consignei:

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, eu fiquei aqui extremamente preocupado com a envergadura do delito. É uma quadrilha composta de 25 membros que se associaram para tráfico de drogas.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Alguns foram absolvidos.

O sr. ministro Luiz Fux: E, pelo que consta, o recurso está aguardando a designação de data. Esta data não tem sido designada porque a defesa, a todo momento, oferece peças e peças. Então há inúmeros pedidos formulados. São 25 réus. Eu já tive oportunidade de trabalhar em vara criminal e sei que o processo com 25 réus e pedidos a toda hora formam inúmeros apensos que acabam dificultando. O crime é inafiançável, insuscetível de liberdade provisória.

Vou pedir vênia ao ministro Marco Aurélio para denegar a ordem.

Em suma, as questões postas neste *habeas corpus* são as seguintes:

1. O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

2. O excesso de prazo alegado não resulta de simples operação aritmética, porquanto deve considerar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos; fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.

3. *In casu*, o julgamento da apelação interposta pelo paciente está aguardando a designação de data porque a defesa, a todo momento, provoca incidentes, sendo prudente aguardar esse julgamento a fim de que nele o juiz da causa possa, com mais elementos, decidir sobre a revogação, ou não, da custódia cautelar.

4. A regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão constitui exceção, admissível apenas em situações específicas nas quais reste comprovada a real necessidade da segregação (Precedente: HC 92.682/RJ, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-12-2010).

5. A custódia cautelar é medida excepcionalíssima, somente admitida em situações de absoluta necessidade, não podendo, jamais, consubstanciar cumprimento antecipado da pena.

6. A prisão preventiva, por sua vez, somente se justifica quando demonstrada sua real necessidade mediante a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP.

7. No caso *sub judice*, a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, ressaltando-se o fato de o paciente ter sido condenado de integrar extensa organização criminosa dedicada à prática de delitos inafiançáveis (HC 104.699/SP, Primeira Turma, rel. min. *Cármen Lúcia*, *DJ* de 23-11-2010, e HC 103.107/MT, Primeira Turma, rel. min. Dias Toffoli, *DJ* de 29-11-2010).

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vou pedir vênia para acompanhar a divergência.

Também é esse o meu entendimento. Trata-se de um crime inafiançável. A prisão está razoavelmente bem fundamentada e o feito é complexo, com 25 réus. Como consta do próprio parecer do Ministério Público, há uma série de expedientes intentados pela própria defesa que levaram ao retardamento do feito.

Portanto, peço vênia ao relator, denego a ordem.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Eu também peço vênia ao ministro Marco Aurélio para acompanhar a divergência.

Trata-se, como foi enfatizado pelo próprio ministro relator, de um feito complexo, com um número grande de réus.

Por essas razões, não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder. Denego a ordem.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não dei ao paciente uma esperança vã, impossível de frutificar.

Indeferi a liminar, ressalvando entendimento pessoal. Agora, fico vencido quanto à causa de pedir, quanto à impetração, mas concedo, de qualquer forma, a ordem de ofício, porque não passa pela minha cabeça que não se tenha

o processo encerrado, após seis anos de prisão provisória. Quer dizer, sequer foi julgada a apelação. Seis anos de preventiva, para mim, é muita coisa.

EXTRATO DA ATA

HC 98.620/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Paciente: Ricardo Dantas Valente. Impetrante: Fabio Gomes de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do ministro Luiz Fux, relator para o acórdão, vencido o ministro Marco Aurélio, relator, que a concedia, e vencido, também, quanto à concessão, de ofício, em razão do excesso de prazo. Ausente, justificadamente, o ministro Dias Toffoli. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o ministro Dias Toffoli. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

———

HABEAS CORPUS 99.558 — ES

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Paciente: Gilberto Rocha de Oliveira — Impetrante: DPE/ES – Thiago Piloni — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Alegação de ilicitude da prova, consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal *A Tribuna*, na qual narra o *modus operandi* de dois homicídios perpetrados no Estado do Espírito Santo, na medida em que não teria sido advertido do direito de permanecer calado. 3. Entrevista concedida de forma espontânea. 4. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2010 — Gilmar Mendes, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em favor de *Gilberto Rocha de Oliveira*, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC 24.262/ES.

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de dezenove anos de reclusão pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 211, c/c o art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Sustenta a impetrante que arguiu ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Vila Velha "a inadmissibilidade da juntada aos autos de qualquer entrevista do paciente sobre os fatos, seja na forma de gravação, seja como recorte de jornal" (fl. 3), ao argumento de afronta ao direito ao silêncio. O pleito restou indeferido.

Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, tendo a ordem sido denegada.

Irresignada, a defesa interpôs recurso ordinário em *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi negado provimento.

Neste *habeas*, a defesa reitera o pleito de desentranhamento de prova ilícita dos autos, sob a alegação de que o paciente não recebeu "o alerta que poderia ficar calado; que a resposta às perguntas era uma faculdade, um ato necessariamente voluntário" e de que "não foi avisado que aquela entrevista serviria de prova, em juízo, contra ele" (fl. 4).

Assim, requer a concessão da ordem no intuito de ser declarada a nulidade dos julgamentos do Tribunal do Júri de Vila Velha, em razão do reconhecimento da inadmissibilidade da juntada aos autos de entrevistas do recorrente sobre os fatos narrados na inicial acusatória, seja na forma de gravação, seja como recorte de jornal (fl. 6).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 24-27).

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a ilicitude da prova juntada aos autos dos processos n. 035.04. 010789-4 e 035.04.00483-9, consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal *A Tribuna*, na qual narra o *modus operandi* de dois homicídios perpetrados no Estado do Espírito Santo.

De início, ressalto que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípuo de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos atingidos pela persecução penal.

No ponto, cumpre destacar que essa garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita mantém estreito vínculo com outros direitos e garantias também constitucionais. À guisa de ilustração, cito aqui o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV) e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Em razão dessa estreita ligação, não raro ocorrerão situações a envolver a colisão entre esses direitos. Nesse ponto, é que assume relevo singular a aplicação do princípio da proporcionalidade, como regra de ponderação de valores para a superação de eventuais conflitos. Assim, atento às situações peculiares do caso, cabe ao intérprete sopesar os interesses em conflito, com o objetivo de estabelecer qual deles deverá prevalecer, segundo um critério de justiça prática.

No caso dos autos, sustenta-se a ilicitude da juntada da prova consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal *A Tribuna*, expondo de forma detalhada como praticou dois homicídios no Estado do Espírito Santo. Aduz, para tanto, a violação ao direito constitucional ao silêncio, na medida em que não teria sido advertido do direito de permanecer calado.

Eis o quanto disposto no art. 5º, LXIII, da CF:

> LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

No ponto, destaco que o direito constitucional de conservar-se em silêncio é consectário lógico do princípio da não autoincriminação, o qual outorga ao preso e ao acusado em geral o direito de não realizar prova contra si mesmo.

Cumpre observar, ainda, que a Constituição, para além de ter conferido dignidade constitucional ao direito ao silêncio, dispõe expressamente que o preso deve ser informado pela autoridade policial ou judicial da faculdade de manter-se calado.

Dado doutrinal pacífico sobre o direito ao silêncio indica, igualmente, que ao acusado é facultado escolher entre uma intervenção ativa e o direito ao silêncio, mas, tendo optado pela postura ativa, o eventual regresso para uma opção em favor do direito ao silêncio não mais poderá ser considerada. Eis a ementa do julgado nos autos do *habeas corpus*.

> *Informação do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado.*
>
> **I** – O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.
>
> **II** – Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.
>
> **III** – Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: **a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito**. [HC 78.708/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16-4-1999.]

Nesse julgamento, esta Corte teve a oportunidade de esboçar entendimento no sentido de que a informação oportuna ao preso e ao acusado em geral do direito de permanecer calado tem por escopo assegurar exatamente a opção entre o silêncio e a intervenção ativa no feito. Confira-se trecho da decisão proferida no mencionado *writ*:

> O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em Miranda *vs.* Arizona (384 US 436 (1966)), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação – *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* –, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.
>
> (...)

É certo ainda que, na determinação do momento a partir do qual a informação do direito ao silêncio se faz exigível, não pode o aplicador da Constituição se atrelar a abstrações procedimentais, de modo a só reclamá-lo ao início do interrogatório formal.

O risco a ser evitado [anota Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, *Rev. Br. Ciências Criminais*, 1997, n. 19/179, 192) à luz da literatura e da jurisprudência alemãs] é que a polícia interessada na eficiência da investigação, utilize-se indevidamente do seu poder discricionário, prolongando-se mais do que o necessário na esfera das "indagações preliminares" para evitar o momento da instrução. Maiores esclarecimentos são necessários para evitar que as "indagações informativas" se constituam instrumento de manobra para privar o acusado de seus direitos. À vista disso, sustenta Rogall, para que a instrução do direito ao silêncio possa cumprir com os seus objetivos é necessário que esta ocorra o quanto antes.

Essa mesma preocupação já estava presente em Miranda *vs* Arizona, quando prescreveu a Suprema Corte que as regras então estabelecidas à instrução sobre o direito ao silêncio – as célebres Miranda *rules* –, aplicam-se desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: "*while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way*".

Por isso, depois de notar que "antes do interrogatório policial ou judicial, deverá a autoridade processante advertir o interrogado sobre o seu direito de permanecer calado", Slaibi Filho (*Direitos do preso em anotações à Constituição de 1988*, Forense, 1989, 304, 317) adverte, porém, que por interrogatório é de entender "não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual-penal – o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante".

(...)

Em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, estou em que a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo.

O direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa (Theodoro Dias Neto, *op. loc. cit*., p. 189) quando oferece versão dos fatos se propõe a prová-la; ou seja, na expressão de Bertolino (*apud* Rogério L. Tucci, *Direitos e garantias individuais no proc. penal brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 392), a liberdade de "*decidir y resolver lo que considera más conveniente, si callar o hablar, en orden al concreto proceso penal al que está sometido*". [HC 78.708/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJE* de 16-4-1999.]

Por seu turno, no julgamento do HC 80.949/RJ, também de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, destaco que o STF consignou que a falta da advertência ao direito ao silêncio, no momento em que o dever de informação se impõe, torna ilícita a prova, ao fundamento de que "o privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 do Código de Processo Penal – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao

silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não" (HC 80.949/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJE* de 14-12-2001).

Traçadas essas premissas, reputo que, na espécie, apesar dos argumentos expendidos pela defesa, não vislumbro qualquer ilicitude na juntada da prova consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal *A Tribuna*. Explico.

É que o dever de advertir os presos e os acusados em geral de seu direito de permanecerem calados consubstancia-se em uma garantia processual penal que tem como destinatário precípuo o poder público. Dessarte, não há que se arguir qualquer nulidade na relação estabelecida entre o paciente e o veículo de imprensa.

Ademais, advirto que a entrevista dada ao jornal *A Tribuna* foi concedida de forma espontânea, consoante se pode depreender do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e também pelo parecer da Procuradoria-Geral da República. Nela, resta consignado ser o paciente integrante de um grupo denominado "Gangue da Cabeça", notabilizado por cometer homicídios na região da Grande Terra Vermelha, em Vila Velha/ES.

Por outro lado, ressalto que a juntada dessa entrevista como elemento de prova, por si só, não tem o condão de macular os processos mencionados. É que essa espécie de prova deverá ser valorada pelo juiz da causa, que, tecendo juízo crítico do material colhido, analisará sua idoneidade, se houve mácula ou não em sua produção, bem como a pertinência de mantê-la ou removê-la do processo.

Cumpre destacar ainda que toda e qualquer espécie de prova deve ser conjugada em sua totalidade, com os demais elementos de prova também coligidos nos autos, dado que, caso venha a restar isolada, em dissonância com os demais elementos também coligidos, deverá ser reputada de toda inconsistente, não podendo embasar a condenação de quem quer que seja.

Por fim, atesto restar consignado nos autos que o paciente foi condenado à pena de dezenove anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, III e IV, e art. 121, c/c o art. 29, na forma do art. 69, todos do CP, não tendo logrado a defesa, em momento algum, demonstrar que a matéria jornalística tenha funcionado como elemento caracterizador da condenação.

Nesses termos, meu voto é pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 99.558/ES — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Gilberto Rocha de Oliveira. Impetrante: DPE/ES – Thiago Piloni. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a ministra Ellen Gracie e o ministro Ayres Britto. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 14 de dezembro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

HABEAS CORPUS 100.793 — SP

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Raul Rodrigues Teixeira — Impetrante: Consulado-Geral de Portugal em São Paulo — Coator: Presidente da República

Expulsão – Cônjuge brasileiro. O óbice à expulsão, previsto na alínea *a* do inciso II do art. 75 da Lei 6.815/1980, pressupõe esteja o estrangeiro casado há mais de cinco anos e, em se tratando de união estável, não haver impedimento para a transformação em casamento.

Expulsão – Filho brasileiro – Requisito legal. Conforme versado na alínea *b* do inciso II do art. 75 da Lei 6.815/1980, a existência de filho brasileiro somente obstaculiza a expulsão quando, comprovadamente, esteja sob a guarda e dependência do estrangeiro.

Português com residência permanente no Brasil – Direitos inerentes ao brasileiro – Alcance do art. 12, § 1º, da Constituição Federal. A eficácia do disposto no referido preceito depende de requerimento do súdito português e da aquiescência do Estado brasileiro, não operando efeitos automáticos. Precedentes: Ext 890, relatada pelo ministro Celso de Mello, no Plenário, em 5 de agosto de 2004, com acórdão publicado no *DJ* de 28 de outubro de 2004.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em denegar a ordem, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto como relatório as informações prestadas pela Assessoria:

> O Consulado-Geral de Portugal em São Paulo, por meio de fac-símile, impetra *habeas corpus* preventivo em favor de Raul Rodrigues Teixeira, cidadão português. Aponta como autoridade coatora o presidente da República, que teria formalizado decreto de expulsão sem observar o fato de o paciente viver em união estável com brasileira há mais de cinco anos e possuir três filhos brasileiros bem como emprego fixo. O paciente, a quem imposta a medida compulsória acima mencionada, estaria passando fome em Portugal, onde não conhece ninguém, pois veio residir no Brasil quando menor. Não tendo parentes naquele país e sendo idoso, não poderia prover o próprio sustento.

Esclarece haver sido o paciente condenado pela prática de furto e cumprido integralmente a pena. Assevera não ter ele cometido outro delito, apresentando-se injustificado o ato. Ressalta que, apesar de a concretização da medida extrema estar situada no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo, a efetivação há de ter como base processo administrativo regular, no qual observados os preceitos legais atinentes à espécie. Reputa inadmissível, ante o disposto no art. 12, § 1º, da Constituição Federal de 1988, considerar-se estrangeiro cidadão português.

Pede a concessão de liminar, para assegurar ao paciente o reingresso ao Brasil, devendo, para tanto, ser expedido salvo-conduto. No mérito, pleiteia a confirmação da providência, declarando-se definitivamente revogada a expulsão.

Com a inicial não veio a cópia do decreto atacado, razão pela qual Vossa Excelência determinou a solicitação de informações (fl. 21).

A petição original do *habeas* foi juntada ao processo (fls. 28 a 31).

Nas informações prestadas por meio da Advocacia-Geral da União (fls. 54 a 86), a autoridade apontada como coatora esclarece que o paciente foi condenado, mediante decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bragança Paulista na Ação Penal 327/92, à pena de dois anos de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 155 do Código Penal (furto). Quando da instauração de inquérito policial para fins de expulsão, em 17 de agosto de 1993, o paciente teria ressaltado o fato de contar com vários processos com sentença condenatória e outros ainda em andamento, informando possuir esposa brasileira e três filhos. Contudo, a efetivação do ato estaria condicionada ao cumprimento da pena a que estivesse sujeito no Brasil e à liberação pelo Poder Judiciário. Observadas essas circunstâncias, sustenta, o ato tornou-se perfeito e acabado, não existindo qualquer ilegalidade ou vício a conduzir à declaração de nulidade.

Diz que não basta ter filhos brasileiros para impedir-se a medida – mostrando-se indispensável a comprovação de estarem sob a guarda e a dependência econômica do estrangeiro – e que o fato de o estrangeiro haver estabelecido união estável com brasileira não constituiria impedimento à expulsão, pois essa condição não é equiparada "ao casamento para fins de inexpulsabilidade" (folha 61), por tratar-se de institutos distintos, com efeitos jurídicos peculiares.

Quanto à alegação de ofensa ao art. 12, § 1º, da Carta da República, realça depender a aplicação desse preceito de pronunciamento e aquiescência do Estado brasileiro bem como de requerimento do nacional português interessado, a quem se impõe a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção de Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses. Menciona precedente do Supremo a respeito da conveniência e oportunidade da expedição do decreto de expulsão pelo presidente da República e sustenta a higidez do ato impugnado nesta impetração.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 90 a 93, manifesta-se pelo indeferimento da ordem, em virtude de a Lei 6.815/1980 somente vedar a expulsão quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja separado de fato ou de direito e filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dependência econômica, circunstâncias não comprovadas no processo administrativo que culminou na medida de expulsão. Acrescenta ser o mérito do decreto de expulsão insuscetível de apreciação judicial, por cuidar-se de ato discricionário do presidente da República.

Lancei visto no processo em 15 de novembro de 2010, liberando-o para ser julgado pelo Pleno.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O *habeas corpus*, para ser concedida a ordem, pressupõe a demonstração de ilegalidade a alcançar o direito de ir e vir do cidadão. Isso não ocorre na espécie. Consoante as alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 75 da Lei 6.815/1980, se, de um lado, a existência de cônjuge e filho brasileiros obstaculiza a expulsão, de outro, mostra-se indispensável que o interessado em permanecer no Brasil não se encontre divorciado ou separado de fato ou de direito, contando o casamento com mais de cinco anos, e o filho viva sob a respectiva guarda e dele dependa economicamente.

No caso, o paciente estava separado de fato da mulher, não se podendo, em face do argumento de que morava com outra brasileira, cogitar de união estável, não fizesse a Lei 6.815/1980 alusão ao casamento. Em síntese, não há como potencializar a alegação de união estável ante o impedimento, a teor do disposto no art. 1.521, VI, do Código Civil, de a relação transformar-se em casamento.

Quanto à existência de filhos brasileiros, observem que o termo de declarações de fl. 77 revela que estes não viviam sob a guarda do paciente nem sob a respectiva dependência. A par dessa declaração, da ausência de prova do requisito legal, tem-se que o paciente foi preso em razão de condenações.

Relativamente ao art. 12, § 1º, da Constituição Federal, considerem o que assentado no julgamento da Ext 890. Consignou o ministro Celso de Mello, sendo acompanhado pelos integrantes do Tribunal, que "a norma inscrita no art. 12, § 1º, da Constituição da República – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficacial, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses". Em síntese, a expulsão do paciente, implementada após o cumprimento de penas a ele impostas pelo Judiciário brasileiro, fez-se em harmonia com o ordenamento jurídico. Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 100.793/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Raul Rodrigues Teixeira. Impetrante: Consulado-Geral de Portugal em São Paulo (Advogado: Paulo Porto Fernandes). Coator: Presidente da República (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, denegou a ordem. Ausentes, neste julgamento, os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e 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, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

HABEAS CORPUS 100.946 — GO

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Relator para o acórdão: O sr. ministro Dias Toffoli

Paciente: Paulo Anselmo Brilhante — Impetrantes: Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de entorpecentes (arts. 12, § 1º, I; e 13 da Lei 6.368/1976, atualmente previstos nos arts. 33, § 1º, I; e 34 da Lei 11.343/2006). Condutas típicas que constituem meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de delito de alcance mais amplo (fabricação de entorpecente). Princípio da consunção reconhecido. Ordem concedida.**

1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes pode ser aplicado, uma vez que ditas condutas constituem meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de delito de alcance mais amplo, no caso, a fabricação de entorpecente.

2. Conclui-se que o intuito do legislador foi: i) punir, por exemplo, o agente que constrói um laboratório para refino de cocaína, independentemente da sua efetiva produção, ainda que a posse das máquinas e dos objetos em questão não seja, isoladamente, considerada ilícita (tais como, no caso em exame, de baldes e de um liquidificador); ou ii) sancionar aquele que mantém em depósito matéria-prima destinada ao refino ou à produção de drogas, mesmo que a estocagem desta, por sua natureza, não constitua, *per se*, crime (no caso concreto, de solução de baterias, livremente revendida com fim específico de regeneração de cargas elétricas em baterias, e de barrilha, utilizada no tratamento de água para piscinas e para outras finalidades lícitas).

3. No caso em exame, pelo que se vê da denúncia, tanto a posse da matéria-prima, como a dos maquinismos/objetos, visava a um fato único: a produção de entorpecente (merla) pelo paciente naquele local, para posterior comercialização da droga.

4. Está patente nos autos a existência de uma estrutura destinada ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto médio do ministro Dias Toffoli. Votaram pela denegação da ordem o ministro Luiz Fux, relator, e a ministra Cármen Lúcia, presidente.

Brasília, 25 de outubro de 2011 — Dias Toffoli, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que restou assim sintetizado, *in verbis*:

> *Habeas corpus. Posse e guarda de maquinário e estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Delitos autônomos. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.*
>
> 1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes não pode ser aplicado, uma vez que o primeiro não caracteriza um meio para a prática do segundo.
>
> 2. Inevitável se mostra a análise das condutas em concurso material, porquanto resta caracterizada a autonomia das condutas, merecendo ser punido por ambos os crimes.
>
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem, para não reconhecimento do princípio da consunção.
>
> 4. Ordem denegada. [Fl. 115 do apenso.]

Colho dos autos que o paciente fora condenado à pena de dezessete anos de reclusão pela prática dos delitos então previstos nos arts. 12, § 1º, I; e 13 da Lei 6.368/1976 (posse e guarda de matérias-primas e de maquinário destinados à manufatura de drogas, hoje previstos, respectivamente, nos arts. 33, § 1º, I; e 34 da Lei 11.343/2006), porquanto foram apreendidos, em sua residência, dois baldes grandes e um liquidificador, ambos com resquícios de cocaína, além de três litros de solução de bateria e dois quilos de barrilha, os quais seriam utilizados na fabricação de merla, através de mistura em pasta base de cocaína (fl. 29 do Apenso).

No julgamento da apelação, a pena restou reduzida para oito anos de reclusão. No entanto, não foi acolhida a tese de consunção do delito do art. 13 pelo crime descrito no art. 12 da Lei 6.368/1976, na modalidade "fabricar".

Contra esse acórdão, que transitou em julgado, ajuizou-se o *writ* perante o STJ.

Nessa impetração, sustenta-se a impossibilidade de o paciente responder pelo delito de posse de matéria-prima para a manufatura de droga (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/1976) em concurso com o crime de posse de maquinário destinado ao preparo da substância (art. 13 da Lei 6.368/1976), porquanto ambas as condutas encontram-se no contexto do fabrico da droga, cuja capitulação correta seria o art. 12, *caput*, da Lei 6.368/1976 (tráfico de drogas), na modalidade "fabricar", afastando-se, em consequência, o concurso material e reconhecendo-se a ocorrência de crime único.

Requer seja afastada da condenação a pena correspondente ao crime previsto no art. 13 da Lei 6.368/1976 (atual art. 34 da Lei 11.343/2006).

O parecer do Ministério Público Federal, pela denegação da ordem, foi sintetizado na seguinte ementa (fl. 18):

> *Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação transitada em julgado. Não conhecimento. Princípio da consunção. Arts. 12 e 13 da Lei n. 6.368/76. Condutas autônomas. Denegação.*
>
> 1. O paciente busca desconstituir condenação já transitada em julgado e, como é sabido, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado, em matéria penal, deve ter suas consequências jurídicas, de consolidação da posição do Poder Judiciário. Em casos tais, é preciso ter cautela quanto ao conhecimento de um *habeas corpus*, que não pode se transformar em panaceia para quaisquer postulações.
>
> 2. As condutas escritas nos arts. 12 e 13 da antiga Lei de Drogas são autônomas, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção, por meio do qual uma das condutas praticadas é absolvida pela outra, por se tratar de crime meio. *In casu*, é impossível entender que o delito de **ter em depósito matéria-prima** é meio necessário para o crime de **guardar ou possuir maquinismo** destinado à fabricação de substância entorpecente ou vice-versa.
>
> 3. A modificação das condutas criminosas imputadas para o delito de "fabricar" substância entorpecente não pode ser realizada sob o argumento do princípio da consunção, mormente quando a condenação já transitou em julgado.
>
> 4. Pelo **conhecimento parcial** do *writ*; se conhecido, pela **denegação**.

É o relatório.

VOTO

Direito penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Impossibilidade de utilização como sucedâneo de revisão criminal. Acórdão condenatório transitado em julgado. Posse e guarda de matéria-prima e maquinário, ambos destinados à fabricação de drogas (arts. 12, § 1º, I; e 13 da Lei 6.368/1976, atualmente previstos nos arts. 33, § 1º, I; e 34 da Lei 11.343/2006). Desclassificação para tráfico de drogas, na modalidade "fabricar" (arts. 12 da Lei 6.368/1976 e 33, caput, da Lei 11.343/2006). Revolvimento de fatos e provas. Inviabilidade na via estreita do writ. Tipos autônomos. Ordem denegada.

1. O *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário é incabível, posto conduzir à banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso *sub judice*, em que não se verifica a consunção do delito do art. 13 pelo art. 12 da Lei 6.368/1976, em vigor quando da condenação, porquanto delitos autônomos.

2. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes: RHC 107.213/RS, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 21-6-2011; HC 107.839/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJ* de 7-6-2011; HC 104.462/SP, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 27-6-2011; HC 102.473/RJ, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 29-4-2011; HC 98.681/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJ* de 15-4-2011.

3. *In casu*, o acórdão que implicou a condenação do paciente transitou em julgado.

4. A reclassificação dos fatos para o tráfico, na modalidade "fabricar", para, em passo seguinte, reconhecer-se a absorção dos delitos de posse de matéria-prima (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/1976) e de maquinário (art. 13 da Lei 6.368/1976), ambos destinados à fabricação de droga, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Preliminarmente, verifica-se que este *habeas corpus* é substitutivo de recurso ordinário. Tal utilização promíscua do *writ* deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso *sub judice*, em que não se verifica a consunção do delito do art. 13 pelo art. 12 da Lei 6.368/1976, em vigor quando da condenação.

É cediço que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional e processual penal. Absolvição. Revolvimento de provas. Impossibilidade. Limites cognitivos do habeas corpus. Condenação. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Atribuição do magistrado: motivação. Art. 93, IX, da Constituição da República. Culpabilidade. Juízo de censurabilidade. Personalidade. Elementos concretos. Reincidência. Elevação da pena provisória. Proporcionalidade. Rejeição ao direito penal do autor. 1. Os limites cognitivos do *habeas corpus* desautorizam o revolvimento de provas e impedem, por conseguinte, fazê-lo sucedâneo da revisão criminal. Precedente. 2. A atribuição conferida ao magistrado na definição da pena não o isenta de motivar suas escolhas (art. 93, IX, da Constituição da República e art. 68 do Código Penal). Precedente. 3. A análise dos fatores que compõem as circunstâncias judiciais deve permitir ao jurisdicionado a perfeita compreensão dos motivos que conduziram o magistrado a sua conclusão, viabilizando o controle de legalidade, a aferição da imparcialidade do órgão sentenciante e a certeza de que

prevaleceram os componentes racionais na definição da pena. 4. A circunstância judicial atinente à culpabilidade relaciona-se à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis nos autos, e não à natureza do crime. 5. A adjetivação negativa acerca da personalidade do infrator reclama criteriosa pesquisa dos elementos probatórios concretos a referendá-la, devendo o julgador se ater à análise do meio social e das condições de vida do sentenciando. 6. O valor conferido à agravante da reincidência não é fixado pela legislação penal, mas o seu *quantum* deve guardar proporcionalidade relativamente à pena-base, evitando-se o direito penal do autor. 7. Recurso parcialmente provido. [RHC 107.213/RS, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 21-6-2011 – Grifos adicionados.]

Ementa: Penal. Habeas corpus. Paciente condenado, definitivamente, pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticado contra menor de quatorze anos (na redação anterior à Lei 12.015/2009). Nulidade da ação penal. Inépcia da denúncia não verificada. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade na via do writ. Ordem denegada. I – 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 apenas possibilitar o enquadramento legal da conduta tida como criminosa, como também ensejar a defesa do acusado, uma vez que este se defende dos fatos que lhe são imputados. II – Da leitura da denúncia, extrai-se que estão presentes todos os requisitos previstos no dispositivo citado, de modo que é plenamente possível conhecer das imputações feitas ao paciente. A forma pela qual foram narrados os fatos permite o amplo exercício de sua defesa, o que torna improcedente a alegação de inépcia da inicial acusatória. III – As alegações do impetrante mostram o nítido propósito de rediscutir os fatos da causa e o rejulgamento da ação penal, o que, como se sabe, não é possível nesta estreita via do *habeas corpus*, cabendo ao juízo natural o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, como ocorreu na espécie. IV – O *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, sobretudo cuidando-se de sentença condenatória transitada em julgado, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que não é o caso dos autos. V – Ordem denegada. [HC 107.839/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJ* de 7-6-2011 – Grifos adicionados.]

Ementa: Habeas corpus. Penal. Roubo com emprego de arma de fogo. 1. Impossibilidade de utilização de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. 2. Questões não suscitadas pela defesa em alegações finais e no Tribunal de Justiça de São Paulo: preclusão. 3. Interrogatório do paciente na fase de inquérito e em juízo antes da vigência da Lei 10.792/2003. Não obrigatoriedade da presença de defensor. 4. Desnecessidade de apreensão da arma e de perícia para a comprovação da causa de aumento. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Precedentes. 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Nulidades não suscitadas pela defesa nas alegações finais e no Tribunal de Justiça de São Paulo. Preclusão que impossibilita o exame dessas questões. 3. Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a presença do defensor do réu no interrogatório faz-se necessária apenas após a entrada em vigor da Lei 10.792/2003. Precedentes. 4. O julgado do Superior Tribunal de Justiça está em harmonia com a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual são desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes. 5. Ordem denegada. [HC 104.462/SP, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 27-6-2011 – Grifos adicionados.]

Habeas corpus. Direito processual penal. Atentado violento ao pudor. Ausência de oitiva da vítima em juízo. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Inexistência. Condenação fundada em todo acervo probatório e não apenas no depoimento da vítima. Ordem denegada. 1. A sentença condenatória transcrita acima encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que se consolidou no sentido de que, "nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime". Precedentes. 2. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 3. Para se acolher a tese da impetração e divergir do entendimento assentado no julgado, seria necessário apurado reexame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes. 4. A ação de *habeas corpus* não pode ser utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 5. *Writ* denegado. [HC 102.473/RJ, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 29-4-2011 – Grifos adicionados.]

Habeas corpus. Crimes de furto. Reconhecimento de continuidade delitiva. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. Sentenças condenatórias transitadas em julgado. Impossibilidade de admitir-se o *writ* constitucional como sucedâneo de revisão criminal. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal à ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. A caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e *modus operandi*) e subjetivos (unidade de desígnios). Precedentes. No caso, o reconhecimento da continuidade delitiva demanda, necessariamente, o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório contido nos autos da ação penal de origem, o que é inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes. Ordem denegada. [HC 98.681/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJ* de 15-4-2011.]

No caso *sub judice*, a condenação do paciente, já transitada em julgado, verificou-se, nas duas instâncias de jurisdição, pelos delitos do art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/1976 (posse e guarda de **matérias-primas** a serem utilizadas na fabricação de droga) e art. 13 da mesma lei (posse e guarda de **maquinário** destinado à fabricação de droga).

Daí pretender o paciente que, primeiro, se proceda a uma reclassificação dos fatos para o tráfico, na modalidade "fabricar" para, em um passo seguinte, reconhecer-se a absorção dos delitos de posse e guarda de matéria-prima (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/1976) e maquinário (art. 13), ambos destinados à fabricação de droga. No entanto, tal medida demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, ainda mais diante do trânsito em julgado já ocorrido.

Outrossim, os tipos dos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/1976 (atualmente, arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006) são figuras autônomas. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Guilherme Souza Nucci, *in verbis*:

> 98. **Figura autônoma e delito equiparado a hediondo**: não se trata de tipo subsidiário ao art. 33 (antigo art. 12 da Lei 6.368/76), de modo que, aplicado este, desapareceria o crime do art. 34 (antigo art. 13 da Lei 6.368/76). São figuras distintas e, igualmente, importantes. Se o agente, por exemplo, importar maconha e fabricar, no Brasil, cocaína, deve responder por dois delitos. Não há nenhum fundamento, em nosso entendimento, nem sequer de política criminal, para haver a absorção do delito do art. 34 pelo crime previsto no art. 33. O crime do art. 34 não está contido no art. 33, de forma que se afasta a subsidiariedade. Por outro lado, os dois são igualmente relevantes, razão pela qual também não deve haver, como já mencionado, a absorção. Cuida-se de autêntico concurso material de crimes. [*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 332-333.]

Consectariamente, ainda que fosse possível assentar conclusão diversa da que fora reconhecida, quanto aos fatos, em duas instâncias de jurisdição, a conclusão jurídica seria fatalmente a mesma: impossibilidade de absorção do crime do art. 13 pelo delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/1976.

Ex positis, voto pela denegação da ordem.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, admito que havia o concurso material na Lei 6.368/1976, presentes os tipos dos arts. 12 e 13. O primeiro contendo diversos núcleos:

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Transcrevo outro tipo, em que se verifica somente o concurso material, e não o formal:

> Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Situação concreta: a denúncia foi ofertada, considerado apenas o tipo do art. 13, e os fatos narrados estariam a consubstanciar apenas a problemática quanto ao maquinário. Leio os trechos:

> Consta dos autos de Inquérito Policial inclusos que, desde o início do mês de outubro do corrente ano, no interior de um quarto localizado nos fundos da

residência situada na Qd. 23, Lt. 33, Lunabel, III, neste município, o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante* possuía e guardava instrumentos e objetos destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Portaria n. 344/98-SVS-MS, publicado no *DOU* de 19-5-98), conforme Laudo de Exame Preliminar de fls. 10 e Auto de Apreensão de fls. 22/23.

Ter-se-ia o tipo do art. 13.

Prosseguiu-se:

Apurou-se, ainda, que no dia 8-10-2004, policiais civis da 20ª DP do Gama-DF receberam denúncia anônima noticiando que o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante* constantemente traficava nas Quadras 6 e 10 do Setor Sul do Gama e que estaria no local para mais uma entrega, a bordo de um veículo GM/Monza, cor branca.

A denúncia anônima noticiou, ainda, que o denunciado preparava as substâncias entorpecentes para comercialização em uma residência localizada na Qd. 23, Lt. 33, Lunabel III, neste município.

De posse de tais informações os policiais civis dirigiram-se para o local indicado, tal seja a Quadra 06 do Setor Sul do Gama-DF, sendo que por volta das 19h, localizaram o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante*, de posse do veículo GM/Monza.

Diante da abordagem policial, o denunciado tentou evadir-se do local, sendo, contudo, detido e encaminhado à delegacia de polícia.

Então vem o detalhe, isso quanto ao tipo do art. 12:

No interior do veículo foram encontrados dois aparelhos de celular [que não se confundem com entorpecente] e a quantia de R$ 1.079,00 (mil e setenta e nove reais) em dinheiro.

Em seguida, foram à residência do paciente e constataram:

(...) dois baldes grandes e um liquidificador, ambos com resquícios [não sei o que se pode enquadrar como resquícios] de *cocaína*, além de 03 (três) litros de solução para baterias e 02 (dois) quilos de barrilha, os quais são utilizados na fabricação de merla, através de mistura em pasta base de cocaína.

Defendeu-se o acusado dessa imputação. Pois bem. O Ministério Público, como ressaltei, denunciou-o, consideradas as sanções previstas não no art. 12, mas no 13, tendo em conta o material. Em alegações finais, pretendeu – o Ministério Público – redirecionar a denúncia, e esse redirecionamento acabou acolhido em sentença. Esta não é rica em detalhes quanto ao tráfico, consta a existência de prova quanto ao crime de manter equipamentos para a produção do tóxico. E, relativamente ao tráfico, apontou-se, até mesmo de forma confusa, que:

Informa, ainda, que no material apreendido, constataram-se as presenças de alcaloide Cocaína, esta capaz de causar dependência física e psíquica, além do carbonato de sódio e ácido sulfúrico, utilizados para o refino de cocaína.

> Outrossim, restou comprovado [vem um trecho que explicita o anterior] que nos baldes e no liquidificador haviam resquícios das mesmas substâncias analisadas, anteriormente.

De duas, uma: ou se teria que reabrir espaço para a defesa, ou se concluiria que, no caso, a inicial, tal como redigida, não englobou o que seria o tipo do art. 12. E, no entanto, julgou-se, a partir das alegações finais – que não tenho no processo para verificar em que termos foram apresentadas –, e se concluiu pelo concurso material.

Peço vênia, presidente, ao relator, para conceder a ordem e expungir da condenação o que assentado no art. 12 da Lei de Tóxicos anterior.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhora presidente, diante da divergência aberta, eu vou pedir vista.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Dias Toffoli, apenas para que Vossa Excelência leve em consideração: a Lei 11.719, de 2008, permitiu ao juiz, sob a invocação de que o réu se defende dos fatos, não da qualificação jurídica dos fatos, porque ele pode até nem conhecer o Código Penal, ele é especial; permitiu ao juiz que, se ele se defendeu dos fatos, ele pode dar uma definição jurídica diversa. Então, o ministro Marco Aurélio, guardando fidelidade, assentou que ele se defendeu desses fatos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Concordamos nisso. O juiz não está compelido a aceitar a qualificação constante da denúncia, mas, a meu ver, na citada peça acusatória, não há dado quanto ao tráfico. Tem-se quanto à manutenção de equipamento para produzir a droga: o balde, o liquidificador, a barrilha.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Daí ele ter expungido doze, especificamente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu entendi que ele tinha o material e o maquinário.

O sr. ministro Marco Aurélio: A nossa divergência está aí, quanto à historinha contada na denúncia.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Está aí. Porque tem gente que só trafica, o outro faz. Ele é autossuficiente: ele faz e trafica, acho que ele tem mais *pedigree*, mas a pena é maior também.

O sr. ministro Marco Aurélio: Existem os polivalentes!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Têm que ser penados como polivalentes.

EXTRATO DA ATA

HC 100.946/GO — Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Paulo Anselmo Brilhante. Impetrantes: Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux, relator, que denegava a ordem de *habeas corpus*, e do voto do ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, 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, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 30 de agosto de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Rememorando o caso, observo que a presente impetração insurge-se contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, que denegou a ordem no HC 128.565/GO, conforme a ementa do seguinte teor (fl. 121 – apenso):

> *Habeas corpus. Posse e guarda de maquinário e estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Delitos autônomos. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.*
>
> 1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes não pode ser aplicado, uma vez que o primeiro não caracteriza um meio para a prática do segundo.
>
> 2. Inevitável se mostra a análise das condutas em concurso material, porquanto resta caracterizada a autonomia das condutas, merecendo ser punido por ambos os crimes.
>
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem, para não reconhecimento do princípio da consunção.
>
> 4. Ordem denegada.

Após o voto do eminente ministro **Luiz Fux**, que denegava a ordem, e do voto do eminente ministro **Marco Aurélio**, que a concedia, pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o tema.

Como se vê, o presente *habeas corpus* volta-se contra ato da autoridade coatora, que denegou a ordem no HC 128.565/GO, e tem como objetivo a aplicação do princípio da consunção aos delitos previstos nos arts. 12, § 1º, e 13, ambos da revogada Lei 6.368/1976, com a redução da pena imposta ao paciente.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado pelo delito do art. 12, § 1º, I, da citada Lei Antitóxicos, na modalidade de "ter em depósito" matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente; e pelo crime do

art. 13 do mesmo diploma repressivo, em razão de "possuir e guardar" maquinário apto a produzir e transformar drogas ilícitas.

Penso que seja o caso de concessão da ordem; entretanto, por razões diversas daquelas sustentadas pelo ministro **Marco Aurélio**, que entendia subsumirem-se ambas as condutas imputadas ao paciente ao tipo previsto no art. 13 da Lei 6.368/1976, do que, com o devido respeito, não comungo, porquanto "solução de bateria" (ou solução de ácido sulfúrico) e "barrilha", a meu ver, não constituem maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente, mas, efetivamente, matéria-prima.

Da minha óptica, contudo, as condutas imputadas ao paciente se destinavam precipuamente a um só crime-fim: o tráfico de entorpecentes, na modalidade de fabricação e posterior comercialização de merla (derivado da pasta base de cocaína), a conduzir ao raciocínio de que não possam ser cumulativamente impostas ao paciente sanções autônomas por ambas as infrações.

A esse respeito, destaco as seguintes imputações contidas na denúncia, *in verbis*:

> Apurou-se, ainda, que no dia 8-10-04, policiais civis da 20ª DP do Gama/DF receberam denúncia anônima noticiando que o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante* constantemente *traficava* nas Quadras 06 e 10 do Setor Sul do Gama e que estaria no local para mais uma *entrega*, a bordo de um veículo GM/Monza, de cor branca.
>
> A denúncia anônima noticiou, ainda, que o denunciado *preparava* as substâncias entorpecentes para *comercialização* em uma residência situada na Qd. 23, Lt. 33, Lunabel III, neste município.
>
> (…)
>
> Em seguida, os policiais civis dirigiram-se para este município, mais precisamente para a residência localizada na Qd. 23, Lt. 33, Lunabel III, local em que supostamente *funcionava o "laboratório" de preparação e transformação de substância entorpecente* pelo denunciado.
>
> Após serem atendidos pela Sra. Maria de Fátima Damasceno Lopes, os policiais realizaram buscas no local, encontrando em um quarto, nos fundos da residência, dois baldes grandes e um liquidificador, ambos com resquícios de *cocaína*, além de 03 (três) litros de solução para baterias e 02 (dois) quilos de barrilha, através de mistura *os quais são utilizados na fabricação de merla*, através da mistura em pasta base de cocaína.
>
> A Sra. Maria de Fátima Damasceno Lopes confirmou que tais objetos pertenciam ao denunciado *Paulo Anselmo Brilhante*, o qual por algumas vezes utilizou tais objetos *na preparação de substâncias*, sempre no período noturno. [Fl. 13 – Apenso.]

Percebe-se, então, que as ações previstas no art. 12, § 1º, I, e no art. 13, ambos da Lei 6.368/1976, visavam, todas, ao crime único de tráfico de entorpecentes, ou seja, praticadas como meio de consecução desse crime, restando, então, absorvido pelo delito-fim.

Confiram-se os tipos penais:

> Art. 12. (…)
> Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:
> I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe a venda ou oferece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

> Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Segundo o princípio da consunção, aplicável em um conflito aparente de normas, existindo mais de um ilícito penal, ocorrerá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou *fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo*. Este é o entendimento da doutrina:

> (...) O mesmo há de se dizer da concomitância de ações criminosas que violem os artigos 12 e 13 da Lei. Tendo em vista que o fabricar, adquirir, vender, fornecer, possuir maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de tóxicos constituem ações que objetivam, exatamente, ao tráfico de drogas, é obvio que, em sendo delito-meio para a consecução do crime-fim, deve ser absorvido por este por aplicação do princípio da consunção, que resolve o aparente conflito de normas. Se, eventualmente, o sujeito ativo da infração penal for surpreendido também com a substância entorpecente, cumpre, na fixação da pena base e, levando em conta, principalmente, o disposto no artigo 59 do Código Penal, exacerbá-la de forma adequada. Mas sempre lembrando que, em tese, tal como explicitaremos ao cuidar do próximo artigo, referente à associação, é possível, igualmente, o reconhecimento do concurso material, na hipótese de o tráfico ser praticado em outro local, pelo mesmo agente, sem conexão com o crime do artigo 13 da Lei n. 6.368/76. Destarte, cada caso há de ser enfrentado e resolvido de acordo com as nuanças que apresentar. [BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Lei de Tóxicos*: comentários por artigo. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 77.]

Nesse aspecto, não descarto, em hipóteses fáticas diversas, a eventual possibilidade do reconhecimento, em concurso material, de ambas as infrações. Para tanto, valho-me do exemplo citado por **Guilherme de Souza Nucci** (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 377), como lembrado no voto do eminente ministro **Luiz Fux**: “Se o agente, por

exemplo, importar maconha e fabricar, no Brasil, cocaína, deve responder por dois delitos."

A hipótese descrita na denúncia, porém, é completamente diversa.

O art. 12, § 1º, e o art. 13 da Lei 6.368/1976 punem condutas que são atos preparatórios para o tráfico de entorpecentes, porquanto, sem a previsão legal, seriam fatos atípicos.

Conclui-se que o intuito do legislador foi i) punir, por exemplo, o agente que constrói um laboratório para refino de cocaína, independentemente da sua efetiva produção, ainda que a posse das máquinas e dos objetos em questão não seja, isoladamente considerada ilícita (tais como, no caso em exame, *baldes* e de um *liquidificador*); ou ii) sancionar aquele que mantém em depósito matéria-prima destinada ao refino ou à produção de drogas, mesmo que a estocagem dessa, por sua natureza, não constitua, *per se*, crime (no caso concreto, de *solução de baterias*, livremente revendida com fim específico de regeneração de cargas elétricas em baterias, e de *barrilha*, utilizada no tratamento de água para piscinas e outras finalidades lícitas).

No caso em exame, pelo que se vê da denúncia, tanto a posse da matéria-prima como a dos maquinismos/objetos, visava a um fato único: a produção de entorpecente (merla) pelo paciente naquele local, para posterior comercialização da droga.

Assim, caso houvesse sido o paciente surpreendido produzindo ou fabricando a droga, dúvida não há de que a conduta se amoldaria perfeitamente àquela então descrita no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/1976 (atual art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), restando absorvidas, por aplicação do princípio da consunção, as demais condutas que lhe foram imputadas (posse de maquinismo/objetos e matéria-prima).

Não me parece, assim, razoável, pelo simples fato de haver sido o paciente detido em via pública e conduzido até o local onde mantinha seu "laboratório", onde foram constatadas a presença de maquinismos e de matéria-prima destinados à produção de entorpecentes, a penalização dobrada, por um fato que, ao meu ver, era único.

Nesse sentido, aliás, cito precedente da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do saudoso ministro **Quaglia Barbosa**, no HC 41.818/SP, *DJE* de 22-9-2008), do qual também comungo.

No mesmo sentido:

> *Habeas corpus. Insuficiência de provas e participação de menor importância. Via inadequada. Art. 12 e 13 da Lei 6.368/76. Princípio da consunção. Associação para o tráfico. Concurso material. Dosimetria. Pena base fixada acima do mínimo legal. Possibilidade ante a quantidade da droga.*
>
> A via estreita do *habeas corpus* não se presta ao reexame da prova, como a que se exige para caracterizar a participação do Paciente, no evento delituoso, em

menor extensão e para se comprovar a inexistência de associação permanente para o tráfico de drogas.

Ademais, demonstrada, com a prova dos autos, a associação, possível se mostra o concurso material com o crime de tráfico. Precedentes.

É de ser reconhecida a consunção entre o tipo do art. 12 e o do art. 13 da Lei 6.368/76 se as condutas não se mostram autônomas, mas se confundem no âmbito espácio-temporal, sendo uma crime meio para a realização da outra.

Ordem concedida em parte para fixar a pena em 9 anos de reclusão, mais multa. [STJ, HC 71.718/SP, Sexta Turma, rel. min. **Maria Thereza de Assis Moura**, *DJE* de 6-10-2008 – Destaque nosso.]

Note-se que, no caso em exame, está devidamente firmada a existência de uma estrutura destinada ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação, tendo inclusive sido detectada a presença do produto maldito – cocaína –, impregnado naqueles apetrechos, a possibilitar, ao meu sentir, inclusive, a condenação única pelo *caput* do art. 12 da revogada Lei 6.368/1976.

Penso, finalmente, que o reconhecimento dessa circunstância não demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do *habeas corpus*, pois, como já dito, isso se extrai da simples leitura da denúncia ofertada pelo Ministério Público estadual.

Ante o exposto, pedindo vênia ao relator, também voto pela **concessão** da ordem, porém o faço com o fim de extirpar da condenação a pena correspondente ao crime previsto no art. 13 da Lei 6.368/1976, mantida a condenação pelo crime mais grave (art. 12, § 1º, da Lei 6.368/1976).

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, de início, tenho dificuldades em evoluir para aderir à concepção do ministro Dias Toffoli, porquanto há uma denúncia, uma historinha contada pelo Ministério Público. O acusado se defende do que se contém nessa peça primeira na ação penal.

O que se consignou? Assentou-se nos autos do inquérito que o acusado:

(...) possuía e guardava instrumentos e objetos destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de substância entorpecente (...).

Esse é o primeiro fato, a primeira imputação.

Prosseguiu o Ministério Público:

Apurou-se, ainda, que, no dia 8-10-04, policiais civis da 20ª DP do Gama-DF receberam denúncia anônima noticiando que o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante* [e não seria tão brilhante assim] constantemente traficava nas Quadras 6 e 10 do Setor Sul do Gama e que estaria no local para mais uma entrega, a bordo de um veículo GM/Monza, cor branca.

A denúncia anônima noticiou, ainda, que o denunciado preparava as substâncias entorpecentes para comercialização em uma residência localizada na Qd. 23, Lt. 33, Lunabel III, neste município.

De posse de tais informações, os policiais civis dirigiram-se para o local indicado, tal seja a Quadra 6 do Setor Sul do Gama-DF, sendo que por vota das

> 19h, localizaram o denunciado *Paulo Anselmo Brilhante*, de posse do veículo GM/Monza.
>
> Diante da abordagem policial, o denunciado tentou evadir-se do local, sendo, contudo, detido e encaminhado a delegacia de polícia.

Então vem o detalhe, disse eu quando votei de improviso, na assentada anterior:

> No interior do veículo foram encontrados dois aparelhos de celular [que não se confundem com entorpecentes] e a quantia de R$ 1.079,00 (mil e setenta e nove reais) em dinheiro.

Em seguida, foram então à residência e, constataram – daí o laudo:

> (...) dois baldes grandes e um liquidificador [tem mil serventias], ambos com resquícios [não sei o que se pode enquadrar como resquícios] de *cocaína*, além de 03 (três) litros de solução para baterias [que não é mercadoria consubstanciadora de tóxico, reveladora de tóxico] e 02 (dois) quilos de barrilha, os quais são utilizados ["os quais são utilizados" podem ser utilizados também para produção de outras mercadorias] na fabricação de merla, através de mistura em pasta base de cocaína.

Por isso, entendi que, no caso, muito embora tenham encontrado dois grandes baldes e um liquidificador, se teria material próprio, como se apontou, à produção de tóxico. Não enquadrei a situação jurídica como própria à incidência do art. 12 da Lei 6.368/1976, e sim considerado o art. 13. A diferença é substancial.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E o ministro Toffoli faz o contrário.

O sr. ministro Marco Aurélio: O contrário.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vossa Excelência considera que o art. 12 não estaria, mas que o art. 13, o fabrico, é que estaria. O ministro Marco Aurélio é exatamente o oposto.

O sr. ministro Dias Toffoli: Só pelo maquinário.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Pelo maquinário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Pois é. Enquadrei como equipamento utilizado para a produção da merla o liquidificador e os baldes – se tanto.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E o ministro relator denega a ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio: A sentença, cheguei até a lançar, não é rica em detalhes quanto ao tráfico.

> Consta a existência de prova quanto ao crime de manter equipamentos para a produção de tóxico. E, relativamente ao tráfico, se apontou, até mesmo de forma confusa, que:
>
> Informa, ainda, que no material apreendido, constataram-se as presenças de alcaloide Cocaína, esta capaz de causar dependência física e psíquica (...) [seriam os resquícios].

Outrossim, restou comprovado (...) que nos baldes e no liquidificador haviam resquícios das mesmas substâncias analisadas, anteriormente.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): De tudo quanto ouvi do relatório e do voto do ministro relator, peço vênia aos ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli para acompanhar o relator, na denegação. Mas, de toda sorte, ficaria superada a denegação, porque a concessão da ordem se impõe por força do empate, neste caso. Agora, temos que saber qual é a concessão, porque, nesta concessão não há fundamento.

O sr. ministro Marco Aurélio: É o voto médio.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vamos ter que chegar...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Tem que passar as duas teses qualitativas...

O sr. ministro Marco Aurélio: Não há necessidade, porque duvido que Vossa Excelência e o ministro Luiz Fux caminhem no sentido de uma decisão menos gravosa para o paciente, já que Vossas Excelências estariam indeferindo a própria ordem.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): A própria ordem.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas o voto médio é o do ministro Toffoli.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Neste caso, é do ministro Toffoli que ficaria. Porque, neste caso, seria o fabrico.

O sr. ministro Dias Toffoli: A lógica, penso que é essa.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É. O voto médio, neste caso, seria a concessão, porque é mais grave o fabrico, não é?

O sr. ministro Marco Aurélio: É.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, neste caso, estamos...

O sr. ministro Marco Aurélio: O enquadramento no art. 12, ante o balizamento da pena, é mais gravoso.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Um liquidificador que não era, infelizmente, uma mamadeira de criança, e os baldes, está mais perto do fabrico.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É. Por essa razão é que, então, neste caso, acho que o voto médio... Aqui não vai ser por desempate, vai ser pelo voto médio.

EXTRATO DA ATA

HC 100.946/GO — Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Paulo Anselmo Brilhante. Impetrantes: Divaldo Theóphilo de Oliveira Netto e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto médio do ministro Dias Toffoli, relator para o acórdão. Votaram pela denegação da ordem o ministro Luiz Fux, relator, e a ministra Cármen Lúcia, presidente.

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 101.366 — MG

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Paciente: J. L. da S. S. — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do HC 136.570 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao homicídio qualificado em sua forma tentada. Medida socioeducativa de internação. Decisão fundamentada. 3. Constrangimento ilegal não evidenciado. 4. Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de outubro de 2010 — Gilmar Mendes, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de J. L. da S. S., contra acórdão formalizado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 136.570/MG, rel. min. Og Fernandes. Eis o teor da ementa desse julgado:

> *Estatuto da Criança e do Adolescente. Habeas corpus. Ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado tentado. Medida socioeducativa de internação. Alegação de nulidade. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Pedido de liberdade provisória. Impossibilidade. Internação em consonância com os requisitos do art. 108 do ECA. Ordem denegada.*
>
> 1. Não se perfaz, na hipótese, o argumento de que não há fundamentação na decisão que impôs ao adolescente a medida socioeducativa de internação, uma vez que o menor cometeu ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado.
>
> 2. Uma vez que se trata de ato infracional violento, autoriza-se a aplicação imediata do art. 122, I, do ECA, com a imposição da medida mais gravosa.
>
> 3. Ordem denegada.

Conforme consta dos autos, foi imposta medida socioeducativa de internação ao paciente, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao tipificado no art. 121, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, nos termos da seguinte ementa:

Apelação – Menor infrator – Prática de ato infracional análogo ao delito de homicídio qualificado tentado – Medida socioeducativa de internação destinada a conter a escalada infracional e adequação do menor ao meio social. Praticando o menor infrator ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado tentado, com violência e grave ameaça à pessoa, a internação é a medida mais adequada, tanto para a sua recuperação, quanto para impedir a sua escalada infracional. Desprovimento do recurso que se impõe.

Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo a ordem sido denegada, consoante se depreende da ementa transcrita.

Neste *habeas*, a defesa reforça os fundamentos submetidos a exame do Superior Tribunal de Justiça, para sustentar que a medida socioeducativa de liberdade assistida é a mais adequada ao paciente.

Requer, inclusive liminarmente, a substituição da medida de internação por prestação de serviços à comunidade ou, eventualmente, por liberdade assistida ou semiliberdade.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 11-12.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Conforme relatado, a defesa requer a substituição da medida socioeducativa de internação imposta ao paciente pela prática de ato infracional análogo ao previsto no art. 121, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

O Juízo da Vara Infracional da Infância e Juventude de Belo Horizonte, em decisão devidamente fundamentada, determinou a aplicação da medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, nos seguintes termos:

Quanto à conduta infracional, o homicídio é uma conduta grave, pois ninguém tem o direito de tirar a vida de um semelhante, violando, assim, um direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Quanto às circunstâncias próprias da conduta, destaco que o representado tentou matar as vítimas, desferindo vários disparos de arma de fogo conta as mesmas, justificando seu ato dizendo que pretendia se vingar pela morte de sua mãe.

Por fim, analiso a capacidade de cumprimento da medida, a qual apresenta caráter dúplice, ou seja, exige exame tanto em relação ao representado como em relação à sua família. Assim, passo a definir qual a medida adequada para a sua educação social.

Esse aspecto é o principal diferencial na determinação de aplicação de qualquer medida socioeducativa. Como exposto, é preciso não só avaliar o perfil do representado a partir das informações constantes dos autos, mas também o ambiente familiar, as oportunidades que já recebeu e a medida socioeducativa já aplicada.

Conforme se observa pela certidão de antecedentes atualizada, o representado possui outros envolvimentos em ocorrências policiais pela prática, em tese, dos atos infracionais análogos aos crimes de roubo e porte ilegal de arma de fogo. Foi aplicada ao mesmo a medida de liberdade assistida, por duas vezes, em 8-3-2007 e 5-6-2007.

Contudo, o representado ainda não iniciou o cumprimento da medida.

O representado registra, ainda, em sua CAI, a prática, em tese, de um crime de uso de entorpecentes, o qual se encontra em fase de inquérito.

O relatório juntado às fls. 39/43 apresenta as seguintes informações sobre o representado: reside com sua tia, dois irmãos e um primo; sua mãe foi assassinada em maio do ano passado, em razão de "guerras" na região do Alto Vera Cruz; seu pai deixou a casa quando o adolescente tinha 12 anos de idade; relatou ter ódio de seu pai devido à agressividade do mesmo direcionada a todos os membros da família; seu pai não assume qualquer assistência financeira à família; assumiu que estava indo atrás da pessoa que matou sua mãe em razão de uma filha, que segundo o mesmo depende dele; relatou violência física na família devido a brigas dos pais por ciúmes. Em relação à vida escolar, o adolescente parou de estudar na 7ª série e relatou ter interrompido os estudos por desejo próprio.

Foi sugerido pela equipe técnica o reencaminhamento do representado para o cumprimento da medida de liberdade assistida, cumulada com as medidas protetivas de matrícula e frequência obrigatórias e encaminhamento psicológico.

No caso em tela, verifico que no estágio atual qualquer medida socioeducativa em meio aberto ou semiaberto será ineficiente, visto que o representado necessita de atenção maior do Estado no seu processo de ressocialização, para que o mesmo construa um projeto de uma vida digna, de acordo com as normas sociais.

O representado não possui referência de alguém que lhe imponha alguma autoridade e persiste em trilhar os caminhos da criminalidade, necessitando, portanto, de uma intervenção mais rígida.

Logo, considerando a conduta infracional grave praticada pelo representado, as circunstâncias e a capacidade de cumprimento, verifico que a medida de internação apresenta-se como a mais adequada.

Importante ressaltar que as medidas previstas na Lei 8.069/1990 não contêm caráter eminentemente repressor, mas buscam compatibilizar o sancionamento à conduta indesejada, com a proteção aos interesses da pessoa com personalidade ainda em formação.

Desta forma, aplico ao representado J. L. da S. S. a medida socioeducativa de **internação**, por prazo indeterminado, com revisão a cada seis meses, a teor do disposto no art. 122 e incisos da Lei 8.069/1990, por ser a mais adequada e tender à reeducação e ressocialização do jovem-adulto (...). [Fls. 82-90.]

Ressalto, por oportuno, que, por ocasião do julgamento do apelo defensivo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a sentença. Confira-se:

Com efeito, a gravidade do fato, infração que por sua própria natureza coloca em risco a segurança pública, somada ao desvio de conduta do menor, trazem aos autos demonstrativo de ter ele traços típicos de uma pessoa voltada para a possível delinquência, se não contido por medida mais severa.

Pelo que se depreende dos autos, o menos apresenta personalidade instável e praticou ato infracional gravíssimo, ousado e agressivo ao meio social.

> Do mesmo modo, esta também não é a primeira vez que o menos se envolve na prática de atos infracionais, tendo sido submetido a outra medida em meio aberto (fls. 79/80).
>
> A medida de internação é a que se revela mais adequada, permitindo ao menor infrator ensinamentos, limites e valores sociais, para a sua ressocialização, além de sua retirada do ambiente nocivo no qual se encontra, a fim de impedir o processo de marginalização.
>
> De outra banda, o magistrado deve levar em consideração a gravidade da infração, consoante inteligência do artigo 112, § 1º, da Lei 8.069/90, para encontrar a medida socioeducativa mais adequada a ser aplicada.
>
> O fato de o apelante ter praticado ato infracional mediante grave ameaça à pessoa, implica na necessidade da medida de internação, nos termos do artigo 122, I, do ECA.

Com efeito, da leitura dos atos judiciais proferidos nas instâncias ordinárias, verifico que a medida socioeducativa de internação foi determinada com fundamentação idônea, lastreada em elementos concretos, que evidenciam a necessidade da sua aplicação.

Conforme estabelece o art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
>
> I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

No caso, tratando-se de paciente que cometeu ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado, do qual se extrai a existência de violência à pessoa, resta devidamente justificada a aplicação da medida de internação, nos termos do art. 122, I, do ECA.

A propósito, destaco o entendimento desta Corte:

> *Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional cometido mediante grave ameaça. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Adequação. Ordem denegada.* 1. A questão de direito tratada nos autos deste *habeas corpus* diz respeito à suposta ausência de fundamentação na imposição da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado e à desproporcionalidade entre a medida aplicada e a infração cometida. 2. Em relação ao ato infracional correspondente à conduta tipificada como roubo qualificado, incide, em tese, o disposto no art. 122, I, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estando a decisão suficientemente fundamentada, juízo diverso acerca da adequação da medida socioeducativa imposta ao paciente implica, necessariamente, o exame acurado de fatos e provas, tarefa inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes. 4. A aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado encontra fundamentos sólidos, providos de suporte fático e aliados aos requisitos previstos em lei. Considerando que o ato infracional foi praticado mediante grave ameaça, a internação mostra-se não só proporcional ao ato infracional praticado, mas, também, imperiosa à reintegração plena do menor à sociedade, que é a finalidade precípua do Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Ordem denegada. [HC 98.225, min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 11-9-2009.]

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Ato infracional equiparado a tentativa de latrocínio. Alegação de constragimento ilegal decorrente da aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado: improcedência. Precedentes. Ordem denegada. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consideram o ato infracional cometido mediante grave ameaça e violência a pessoa como sendo passível de aplicação da medida de internação. Precedentes. 2. Na espécie, a fundamentação da decisão proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude demonstra não ocorrer constrangimento ilegal, única hipótese que autorizaria a concessão da ordem, pois a internação imposta ao paciente, além de atender às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da excepcionalidade, respeitou a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento ao destacar a gravidade do ato infracional e os elementos de prova que justificaram a opção do magistrado pela medida extrema. 3. *Habeas corpus* denegado. [HC 97.183, min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJ* de 22-5-2009.]

Infância e juventude. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de ameaça, arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. *Habeas corpus* indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das *fattispecie* que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas. [HC 88.755, min. *Cezar Peluso*, Segunda Turma, *DJ* de 29-9-2006.]

Não há, pois, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 101.366/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: J. L. da S. S. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Relator do HC 136.570 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 19 de outubro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 104.144 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Recorrentes: Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios e Josué Rodrigues de Souza — Recorrido: Ministério Público Federal

Estatuto da Criança e do Adolescente. *Habeas corpus.* Ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil, na forma tentada (CP, art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II). Medida socioeducativa de internação. Fundamentação: arts. 112, § 1º, e 122, I, da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Graduação na aplicação da medida. Raciocínio que conduz a tratamento idêntico para situações distintas, uma vez que o menor que praticou ato infracional de nenhuma ou menor gravidade equiparar-se-ia àquele que cometeu ato infracional mais grave. Ausência, ademais, de previsão legal. A interpretação do ECA conduz a que o juiz, em cada caso concreto, aplique a medida que melhor se ajuste ao menor infrator.

1. A medida socioeducativa de internação está devidamente fundamentada não apenas em face da gravidade do ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado, na forma tentada (CP, art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II), mas, também, na violência exercida contra a vítima, violência que integra o próprio tipo penal – *essentialia delicti* –, na desajustada conduta social do menor, posto viciado em drogas e afastado da escola, acrescida pelo fato de que o meio social em que vive é desfavorável e na impossibilidade de controle ou contenção de seus atos por sua única responsável.

2. A pretensão de graduar-se a medida socioeducativa, aplicando-se a menos severa para, ante a ineficácia desta, aplicar-se a mais severa, traduz tratamento idêntico para situações distintas, ou seja, o menor que pratique ato infracional de nenhuma ou menor gravidade é equiparado àquele que comete ato infracional mais grave.

3. O ECA não dispõe deva o juiz, ao aplicar a medida socioeducativa, observar determinada ordem, à luz dos arts. 112, § 1º, e 122, I, da Lei 8.069/1990, a qual conduz a que o juiz, em cada caso concreto, aplique, fundamentadamente, a medida que melhor se ajuste ao menor infrator. Precedentes: HC 97.183/SP, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 22-5-2009; e 98.225/SP, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* de 11-9-2009.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Brasília, 14 de junho de 2011 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário interposto contra o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 150.227/DF, cuja ementa tem o seguinte teor (fl. 53):

> *Estatuto da Criança e do Adolescente. Habeas corpus. Ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado na modalidade tentada. Internação por prazo indeterminado. Aplicação fundamentada na situação pessoal do menor. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.*
>
> 1. Conquanto seja firme o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa é passível de aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122, I, da Lei 8.069/90), tal orientação não afasta a necessidade de que sejam observados os princípios adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do adolescente infrator.
>
> 2. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente dita, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º).
>
> 3. Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA).
>
> 4. Inexiste o apontado constrangimento ilegal na decisão que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação ao paciente baseada na gravidade em concreto do ato.
>
> 5. Ordem denegada.

Consta da representação de fls. 8/10 que "No dia 16 de março de 2009, por volta das 23:00hs, na QR 127, próximo ao conjunto 08, via pública, Samambaia/DF, o representado, em união de esforços e unidade de desígnios com outro indivíduo ainda não identificado, por motivo fútil, tentou matar a vítima Gilvanei de Mota, logrando atingir a vítima com disparos de arma de fogo, causando-lhe as lesões a serem descritas em laudo próprio, a ser oportunamente juntado aos autos, que não lhe causaram a morte por circunstâncias alheias a vontade do representado".

A Defensoria Pública do Distrito Federal sustenta no presente recurso ordinário:

(a) ausência de fundamentação para a imposição da medida socioeducativa de internação;

(b) inadmissibilidade de iniciar-se pela medida socioeducativa mais grave, porquanto o ECA estabelece uma graduação, impondo-se primeiramente que se aplique a medida menos severa, que, somente se ineficaz, autoriza a aplicação de outra mais gravosa, e

(c) "mesmo que se trate de ato infracional que se repute de natureza grave, (...) a gravidade, por si só, é inepta a servir de fundamento à aplicação da medida mais severa", consoante o precedente firmado no HC 28.650/SP, do STJ: "A simples gravidade do fato praticado e aos inadequados perfis e atitudes dos jovens, não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema".

Requer o provimento do recurso para cassar o acórdão que denegou o *habeas corpus*, reconhecendo a ausência de justa causa na aplicação da medida socioeducativa de internação (fl. 62).

O Ministério Público Federal, com atuação no Superior Tribunal de Justiça, apresentou contrarrazões no sentido do não provimento do recurso, assim resumidas: "*In casu*, consoante manifestação anteriormente exarada por este *Parquet* federal, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal relativo à custódia do infante, tendo em vista que a medida segregativa encontra-se suficientemente fundamentada em elementos concretos contidos nos autos que demonstram a real necessidade de sua aplicação" (fl. 70).

A Procuradoria-Geral da República opina no sentido do não provimento do recurso em parecer resumido nestes termos (fls. 82/87):

> **Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Ato infracional equiparado a crime de homicídio qualificado, na modalidade tentada. Emprego de arma de fogo. Violência à pessoa. Concurso de agentes. Excepcionalidade caracterizada. Decisão judicial devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Parecer pelo desprovimento do recurso.**

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O recurso é tempestivo e não há qualquer outro óbice ao conhecimento.

O juiz da Segunda Vara da Infância e da Juventude de Brasília aplicou a medida de internação por prazo indeterminado, com reavaliação em seis meses, em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil, na forma tentada (CP, art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II).

O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.079/1990 prevê, em rol taxativo, as hipóteses que autorizam a aplicação da medida socioeducativa de internação:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
> I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
> II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
> III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Há, pois, expressa autorização legal para a aplicação da medida de internação quando o ato infracional for cometido, como no caso *sub examine*, com grave ameaça ou violência à pessoa.

A simples leitura dos seguintes trechos da sentença elide a alegação de ausência de fundamentação na aplicação da medida extrema (fls. 11/16):

> Com base no artigo 112 do Estatuto Infanto-Juvenil, faz-se necessário, agora, determinar a medida socioeducativa mais adequada à ressocialização do jovem infrator, contextualizando a natureza do ato infracional e suas condições sociais e pessoais.
> Analisando inicialmente a conduta infracional, tem-se que esta, por sua própria natureza, reveste-se de enorme gravidade, uma vez que tomada a efeito com emprego de arma de fogo, uma vez que atentou contra a integridade física de uma pessoa, não logrando êxito no intento homicida por circunstâncias alheias a sua vontade.
> Verifica-se que a situação pessoal do jovem, relatada em relatório elaborado pela equipe interprofissional do Cesami, mostra-se desfavorável. O adolescente reside com a tia, a qual externa dificuldade no trato das atitudes antissociais do jovem, sendo frágil a autoridade desta não conseguindo impor limites ao adolescente; este, ademais, encontra-se afastado dos estudos, é viciado em drogas e não trabalha.
> Observa-se que a personalidade do representado, e o contexto social em que está inserido, demonstram que pode dar continuidade à escalada delitiva, sendo dever do Estado evitar que isso ocorra, para a própria proteção do jovem. É certo que necessita de acompanhamento por parte de profissionais das áreas psicológica e pedagógica, com o escopo de ser orientado e incentivado na construção de um projeto de vida digna, visando livrá-lo da influência perniciosa do meio onde vive.
> Em que pese a manifestação da defesa, observa-se que a imposição de medida em meio aberto ou semiaberto será ineficaz para promover a ressocialização, fazendo prosperar tão somente um sentido de impunidade, assim o jovem deve ser engajado em uma medida capaz de prepará-lo ao convívio social sem voltar a praticas atos infracionais. A possibilidade de cumprir uma medida mais branda dependerá da responsabilidade do jovem com um bom comportamento.
> Analisando todas essas circunstâncias, entendo que a medida que melhor atende aos princípios regentes do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao jovem é a medida de *internação*, período durante o qual lhe será oportunizada orientação técnica para que possa refletir acerca do modo como vem conduzindo sua vida e, ainda, propiciando a sua inserção em cursos técnicos e

> profissionalizantes, além da continuidade dos seus estudos. Durante a medida lhe será propiciado, também, apoio técnico para elaboração de um novo projeto de vida, visando livrá-lo da influência perniciosa do meio em que vive (...).

A fundamentação judicial é robusta ao demonstrar não somente a gravidade do crime, como afirmado nas razões recursais, mas, também, (i) a violência exercida contra a vítima, (ii) a desajustada conduta social do menor, viciado em drogas e afastado da escola, (iii) o meio social desfavorável em que vive e (iv) a impossibilidade de controle ou contenção de seus atos por sua única responsável, a tia.

A violência, ainda que não afirmada textualmente pelo juiz, compõe o tipo penal concernente ao homicídio – *essentialia delicti* –, justificando-se também por esse ângulo a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Dispõe o art. 112 da Lei 8.069/1990:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I – advertência;
> II – obrigação de reparar o dano;
> III – prestação de serviços à comunidade;
> IV – liberdade assistida;
> V – inserção em regime de semiliberdade;
> VI – internação em estabelecimento educacional;
> VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

In casu, o juiz, utilizando-se das balizas legais (arts. 112, § 1º, e 122 , I, do ECA), aplicou, fundamentadamente, a medida socioeducativa adequada ao menor infrator.

A pretensão de graduar-se a medida socioeducativa, aplicando-se antes a menos severa para, ante a ineficácia desta, aplicar-se a mais severa não procede, uma vez que esse raciocínio traduz tratamento idêntico para situações distintas, ou seja, o infante que pratique ato infracional de nenhuma ou menor gravidade será equiparado àquele que comete ato infracional mais grave.

De mais a mais, não há previsão, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de que o juiz, ao aplicar a medida socioeducativa, deva observar determinada ordem. A interpretação dos preceitos acima transcritos conduz a que o juiz, em cada caso concreto, aplique, fundamentadamente, a medida que melhor se ajuste ao menor infrator.

O entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte contrasta com as razões da inicial:

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Ato infracional equiparado a tentativa de latrocínio. Alegação de constrangimento ilegal decorrente da aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado: improcedência. Precedentes. Ordem denegada.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consideram o ato infracional cometido mediante grave ameaça e violência a pessoa como sendo passível de aplicação da medida de internação. Precedentes.

2. Na espécie, a fundamentação da decisão proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude demonstra não ocorrer constrangimento ilegal, única hipótese que autorizaria a concessão da ordem, pois a internação imposta ao paciente, além de atender às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da excepcionalidade, respeitou a condição peculiar de pessoa em que justificaram a opção do magistrado pela medida extrema.

3. *Habeas corpus* denegado. [HC 97.183/SP, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJE* de 22-5-2009.]

Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional cometido mediante grave ameaça. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Adequação. Ordem denegada.

1. A questão de direito tratada nos autos deste *habeas corpus* diz respeito à suposta ausência de fundamentação na imposição da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado e à desproporcionalidade entre a medida aplicada e a infração cometida.

2. Em relação ao ato infracional correspondente à conduta tipificada como roubo qualificado, incide, em tese, o disposto no art. 122, I, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

3. Estando a decisão suficientemente fundamentada, juízo diverso acerca da adequação da medida socioeducativa imposta ao paciente implica, necessariamente, o exame acurado dos fatos e provas, tarefa inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. A aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado encontra fundamentos sólidos, providos de suporte fático e aliados aos requisitos previstos em lei. Considerando que o ato infracional foi praticado mediante grave ameaça, a internação mostra-se não só proporcional ao ato infracional praticado, mas, também, imperiosa à reintegração plena do menor à sociedade, que é a finalidade precípua do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. Ordem denegada. [HC 98.225/SP, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* de 11-9-2009.]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhora presidente, estou de acordo. A conduta é muito grave e a decisão do magistrado está de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Envolve tentativa?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Com vários tiros contra a vítima.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O fato em si, rapidamente, ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: A vítima foi alvejada?

O sr. ministro Luiz Fux (relator):

> No dia 16 de março de 2009, por volta das 23:00hs na QR 127, próximo ao Conjunto 08, via pública, Samambaia/DF, o representado, em união de esforços e unidade de desígnios com outro indivíduo ainda não identificado, por motivo fútil, tentou matar a vítima Gilvanei de Mota, logrando atingir a vítima com disparos de arma de fogo, causando-lhe as lesões (...).

O sr. ministro Marco Aurélio: Para mim, é suficiente. Então, houve violência real contra a pessoa. Concluo que a excepcionalidade se fez presente. Cabia a internação.

EXTRATO DA ATA

RHC 104.144/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrentes: Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal e Territórios) e Josué Rodrigues de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 14 de junho de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

HABEAS CORPUS 106.812 — PR

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Relator para o acórdão: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: José Célio Barboza — Impetrante: Rubens Steiner — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Flagrante – Tráfico de drogas – Insubsistência. Se, realizada busca e apreensão na residência de acusado, vem-se a encontrar droga escamoteada e implementa-se a prisão de pessoa, de vida pregressa irreprochável, que estava no local como titular da moradia, o flagrante surge incompatível com a ordem jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, por maioria, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Marco Aurélio, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Rubens Steiner em favor de *José Célio Barboza*, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 29.040/PR, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho.

O impetrante narra que, em 29-4-2010, o paciente foi preso em flagrante, após policiais terem encontrado em sua residência determinada quantidade de entorpecente, ato que se deu em cumprimento a um mandado de busca e apreensão expedido após a prisão do seu enteado, Júlio Cezar de Souza, ocorrida em 15-1-2010.

Por esses fatos, o paciente acabou denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas).

O impetrante informa, ainda, que a defesa requereu a liberdade provisória, cujo pedido foi indeferido pelo juízo monocrático, ao fundamento da gravidade abstrata do delito e da vedação legal à concessão desse benefício, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006.

Inconformada com o indeferimento do pleito, ajuizou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem.

Contra essa decisão, interpôs, então, recurso ordinário em *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, oportunidade na qual a Quinta Turma daquela Corte Superior negou provimento ao pedido.

É contra essa última decisão que se insurge o impetrante.

Sustenta, de início, que, apesar de o acórdão ora atacado não ter sido publicado até o momento da impetração, "resta caracterizada a ilegalidade da manutenção da prisão do paciente, sendo passível de correção por meio de mandado de *habeas corpus* desta Suprema Corte Constitucional (...)".

Afirma, para tanto, que não estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva, além do que "o art. 44 da Lei 11.343/2006 deve ser considerado inconstitucional, como, aliás, já vem sendo considerado por esta Corte Suprema, a exemplo do julgado relatado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello no HC 97.976, publicado no *DJE* sob o número 79, em 24-4-2009".

Assevera, ademais, que a prisão com fundamento no dispositivo legal mencionado "fere o princípio constitucional da presunção de inocência, garantia fundamental do cidadão que deve imperar até a decisão final do processo criminal (...)".

Ressalta, ainda, que, apesar de não ser possível discutir o mérito da ação penal em *habeas corpus*, durante a instrução processual, "o enteado do paciente confessou que a droga encontrada na casa do padrasto lhe pertencia e que fora ele que a escondera, um dia antes de ter sido preso, no local onde foi apreendida – vídeo em anexo".

Aduz, assim, que o paciente só foi preso no momento da busca e apreensão realizada em sua residência, porque era a única pessoa que se encontrava naquele local, "sem que ele tivesse conhecimento de que seu enteado escondia em sua residência a substância proibida – denúncias anônimas em anexo".

Por outro lado, destaca que "o paciente é motorista profissional qualificado, categoria AE, empregado na mesma empresa desde 16 de agosto de 1999, portanto, há 11 (onze) anos, tem residência fixa na Rua José Bonifácio, 25, São Miguel, na cidade de Francisco Beltrão, PR, localidade onde reside há 15 anos. Além disso, o paciente é membro da diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Rodoviário de Francisco Beltrão, onde exerce a função de Conselheiro fiscal".

Requer, ao final, liminarmente, a concessão de liberdade provisória ao paciente. No mérito, pede a confirmação da liminar deferida.

Em 1º-2-2011, indeferi a medida liminar e determinei que se aguardassem as informações solicitadas pelo ministro presidente para, na sequência, ser ouvido o procurador-geral da República.

As informações foram prestadas em 4-2-2011, com o encaminhamento do inteiro teor do acórdão ora atacado.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Mario José Gisi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão ora questionado porta a seguinte ementa:

> *Recurso ordinário em habeas corpus liberatório. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante delito em 29-4-2010. Liberdade provisória. Vedação legal. Norma especial. Lei 11.343/2006. Constitucionalidade. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública. Quantidade e natureza da droga apreendida (205 gramas de cocaína e uma balança de precisão). Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário desprovido. Ministério Público Federal.*
>
> 1. A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/2006 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação a parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos.
>
> 2. Ademais, no caso concreto, presentes indícios de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a quantidade e natureza do entorpecente apreendido (205 gramas de cocaína e uma balança de precisão).
>
> 3. Recurso ordinário desprovido, em consonância com o parecer ministerial.

Conforme relatado, busca-se neste *writ* a concessão de liberdade provisória do paciente, ao argumento de que a vedação estabelecida na Lei de Drogas viola princípios constitucionais, além de ressaltar a ausência dos requisitos autorizadores da custódia preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Inviável o pedido.

Com efeito, não vislumbro qualquer ilegalidade, abuso de poder ou teratologia no acórdão proferido pelo STJ, que justifiquem a concessão da ordem.

Isso porque o paciente foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico ilícito de droga, caso em que a atual jurisprudência da Casa, pelo menos a desta Primeira Turma, mostra-se firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido transcrevo a ementa do HC 93.229/SP, rel. min. Cármen Lúcia, *in verbis*:

> *Habeas corpus. Prisão em flagrante por tráfico de drogas. Superveniência da sentença condenatória: questão não prejudicada. Liberdade provisória: inadmissibilidade. Ordem denegada.*
>
> 1. A superveniência da sentença condenatória – novo título da prisão – não prejudica, nas circunstâncias do caso, a análise do pedido de liberdade provisória.

2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, XLIII): Precedentes. O art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2007, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, limitou-se a uma alteração textual: **a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança**, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

3. **A Lei 11.464/2007 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/2006, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente**.

4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: precedentes.

5. **Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição da República e no art. 44 da Lei 11.343/2006, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória**.

Ordem denegada. [Grifos meus.]

Na mesma linha, cito, entre outros, os seguintes precedentes: HC 95.671/RS, rel. min. Ellen Gracie; HC 95.060/SP, rel. min. Ayres Britto; HC 92.747/SP, rel. min. Menezes Direito; e HC 94.521-AgR/SP, de minha relatoria.

Foi no mesmo sentido o parecer do Ministério Público Federal, que, ao se manifestar pela denegação da ordem, ressaltou que a questão aguarda julgamento definitivo pelo Plenário desta Suprema Corte, mas trouxe alguns julgados da Primeira Turma, inclusive de minha relatoria, sobre a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos processados pelo crime de tráfico de drogas.

Ademais, registro, por pertinente, que o paciente permaneceu preso por decreto do juízo de primeiro grau que, negando pedido de liberdade provisória, consignou ser necessário manter a segregação, uma vez que estavam presentes os requisitos da prisão preventiva.

Esse aspecto também foi ressaltado pelo parecer do *Parquet* federal, nos seguintes termos:

Por outro vértice, não se pode deixar de notar que, *in casu*, a necessidade do confinamento cautelar, como forma de garantia da ordem pública, é demonstrada pela gravidade concreta do delito.

Em poder do paciente foram apreendidos mais de 205g (duzentos e cinco gramas) de cocaína, o que evidencia a periculosidade social do réu e, em face da

perniciosidade do crime de tráfico, demonstra, de per si, a necessidade da custódia antecipada, à luz dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Além da prova da existência do crime e de provas suficientes quanto à sua autoria, restou caracterizado, na espécie, ao menos um dos requisitos da prisão preventiva, notadamente a necessidade de se garantir a ordem pública. A apreensão de quantidade significativa de drogas, bem como a nefasta repercussão do tráfico ilícito, são motivos suficientes para justificar a constrição antecipada.

Não é ocioso notar que garantir a ordem pública é prevenir o meio social das consequências do delito, ou seja, é missão direcionada a estancar os efeitos da conduta perniciosa, com o fito de evitar a prática de novos delitos, impedindo que a tranquilidade social venha a ser posta, mais uma vez, em risco, assim como atenuar o número de pessoas atingidas pela atividade delitiva.

Importante frisar, também, que a alegada inocência do paciente é questão controvertida e está ligada intrinsecamente ao mérito da ação penal, sendo certo que não é possível dilação probatória na via estrita do *habeas corpus* para se apurar a veracidade de tais afirmações.

Por fim, ressalto que as condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica neste caso. Como precedentes cito: HC 90.330/PR, rel. min. Ellen Gracie, HC 93.901/RS, de minha relatoria, e HC 92.204/PR, rel. min. Menezes Direito, entre outros.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, permito-me pedir vista em mesa. Há um elemento, a meu ver, complicador.

O flagrante ocorreu na residência e o enteado do paciente admitiu ser dono da droga. O paciente, primário, de bons antecedentes, com residência fixa, com emprego, não teria conhecimento, segundo se alega na impetração, dessa droga na própria residência. Não sei se o paciente foi denunciado juntamente com o enteado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): O denunciado foi preso, depois de preso o enteado é que o juiz determinou o mandado de busca e apreensão, porque foi efetivado. E lá, na casa do padastro, encontrou-se essa quantidade de drogas. Nessa ocasião, o padastro foi preso.

O sr. ministro Marco Aurélio: O enteado morava com o paciente?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Sim.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer dizer, há essas peculiaridades que, a meu ver, merecem reflexão, pelo menos da minha parte.

Situação concreta: proposta a ação contra o enteado, ocorreu busca e apreensão onde morava e foi encontrada a droga. Indago: os que estão na casa podem ser alvo de flagrante delito?

O sr. ministro Dias Toffoli: Esse é um tema extremamente relevante.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Sim. Mas é um tema, *data venia*, que também me impressionou, mas já é matéria de fato e de prova. Como vamos saber se o enteado era o traficante, se o padrasto estava ou não?

O sr. ministro Marco Aurélio: Relativamente à ambiguidade, há a potencialização da regra proibitiva do art. 44 da Lei de Tóxicos, no que impede a liberdade provisória.

Não estou querendo partir para a absolvição sumária do paciente. Pretendo perquirir se, no caso, surge hígida, ou não, a prisão em flagrante.

Terei certa dificuldade para examinar a espécie no campo eletrônico. Mandarei formar autos de qualquer forma.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Esse é o problema, nós estamos com dificuldades.

O sr. ministro Marco Aurélio: Para prestar informação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, Vossa Excelência quer converter em vista regimental?

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, regimental, Excelência. Ainda sou juiz à antiga, apenas sei trabalhar com folhas, manuseando-as e lendo-as.

EXTRATO DA ATA

HC 106.812/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: José Célio Barboza. Impetrante: Rubens Steiner. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Ricardo Lewandowski, relator, que denegava a ordem de *habeas corpus*, pediu vista do processo o ministro Marco Aurélio. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 15 de março de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Marco Aurélio: As notícias da prática criminosa direcionavam ao enteado do paciente, que vivia na residência deste. Realizada a busca e apreensão, constatou-se a presença da droga, escamoteada, e prendeu-se o paciente, única pessoa que se encontrava no local por ser o dono da moradia.

Na inicial do *habeas*, alude-se a vídeo a revelar que o cidadão Julio Cezar Souza confessou a prática criminosa, sendo o detentor da droga, e veio a inocentar o paciente. A cronologia leva a concluir que a prisão em flagrante resultou apenas da busca e apreensão e do fato de o paciente estar na residência.

O que asseverado pelo advogado Rubens Steiner, na peça primeira deste processo, relativamente à confissão de Julio Cezar Souza, merece fé ante o grau possuído. O flagrante teria decorrido de ilação, enfraquecida pelo esclarecimento do enteado de que o padrasto nada teria a ver com a droga. Vale frisar que o paciente é primário, com bons antecedentes, e tem profissão de motorista, com emprego há onze anos, sendo, inclusive, dirigente do Sindicato da categoria.

É como voto na espécie, concedendo, portanto, a ordem. Expeçam o alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas próprias – caso o paciente não se encontre sob custódia por motivo diverso do retratado na ação penal ajuizada contra o paciente com base no Inquérito Policial 2010.843-6, em curso na Vara Criminal da Comarca de Francisco Beltrão/PR, consoante informações colhidas da inicial.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, eu acho que, pelo princípio da consunção e da especialidade, poderia haver, no máximo, um crime de favorecimento real, mas nem isso foi aventado.

Quer dizer, ele foi preso e, nas diligências, para comprovar a materialidade do delito, encontraram a droga na residência do enteado dele. Efetivamente enquadrar esse cidadão nas mesmas penas em que incidiu o denunciado, seria, realmente, um açodamento. Como também seria um açodamento nós agora liberarmos esse paciente, sob a alegação de que ele não tem a menor vinculação com o fato. Acho também prematuro.

De sorte que, nesse caso limítrofe, é razoável que ele responda junto com o primeiro denunciado ao processo, como coautor ou como favorecimento real, e, depois, então, comprove a sua eventual inocência.

Acompanho o ministro Marco Aurélio, com as devidas vênias.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Eu gostaria apenas de um esclarecimento para votar, ministro Lewandowski.

No parecer a que tivemos acesso, fala-se que esse paciente seria o que estaria com o material, com a droga e tudo o mais. Entretanto, foi aventada a situação de que a flagrância foi do enteado e que apenas na busca e apreensão, na casa, fez-se uma ligação com ele. Pergunto se tive bem claro o fato.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Na verdade, tenho essa minha posição consolidada, no sentido de que é muito difícil, em sede de *habeas corpus*, penetrar-se mais verticalmente nos fatos.

Eu fiz uma leitura dos fatos que é a seguinte: realmente, a imputação principal pesa sobre o enteado que morava com o padastro. Na execução do mandado de busca e apreensão, encontrou-se o padastro em casa e junto com esse material

ele acabou sendo preso em flagrante. Agora, se ele está ou não envolvido, é ou não inocente, eu entendi também – já que se utilizou a expressão "prematura", aqui, nesta bancada, e respeito muito essa expressão e esse entendimento – eu entendi que é um pouco prematuro nós, aqui, na Suprema Corte, entendermos que não há nenhum envolvimento do padastro com os fatos e com o material.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, não chego a tanto. Apenas afasto o flagrante.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Para evitar a prisão em flagrante. Eu diria que a tarefa de examinar isso seria do juiz de primeiro grau que eventualmente apreciaria um pedido de relaxamento de flagrante em benefício do ora paciente, mas são duas ópticas distintas. Tenho muito receio de saltar e queimar etapas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência está na última trincheira do cidadão. Não se logrou êxito no juízo, nem nas instâncias percorridas.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Por isso, é mais uma razão, mas, de qualquer maneira, são duas ópticas que se confrontam, ambas – penso eu, pelo menos no que diz respeito ao ministro Marco Aurélio – respeitabilíssimas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Eu, então, com esses esclarecimentos, também vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, porque entendo que a flagrância se caracterizou efetivamente com relação ao enteado e como a circunstância não fica clara de que, estando em casa e que estando a balança, enfim, os instrumentos, ele seria, de alguma forma, responsável por isso, ou para usar o verbo mais perigoso "envolvido", então, nesse caso, realmente, eu acho que a flagrância não poderia ser estendida – pelo menos com os elementos que se tem.

Peço vênia a Vossa Excelência então e acompanho a divergência.

EXTRATO DA ATA

HC 106.812/PR — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: José Célio Barboza. Impetrante: Rubens Steiner. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, vencido o ministro Ricardo Lewandowski, relator. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

HABEAS CORPUS 108.752 — MG

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Paciente: Jordânio Mendes Rodrigues — Impetrantes: Túlio Passarelli Vicentini Teixeira e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão cautelar mantida na sentença. Pressupostos e fundamentos da prisão preventiva. Risco de reiteração delitiva e à ordem pública.**

1. Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, que foi precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento.

2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.

3. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos.

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, 22 de maio de 2012 — Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado por Túlio Passarelli Vicentini Teixeira e outra em favor de Jordânio Mendes Rodrigues contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do HC 179.837/MG, denegou a ordem pleiteada.

O paciente, preso em flagrante delito em 18-4-2009 com cerca de 30 quilos de pasta base de cocaína, foi condenado às penas de 13 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 1.200 dias-multa pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006. O magistrado de primeiro grau, ao proferir a sentença condenatória, negou o direito de apelar em liberdade.

Contra essa decisão, impetrou-se *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem. A defesa também não logrou êxito ao impetrar o referido HC 179.837/MG perante o Superior Tribunal de Justiça.

Eis o ato impugnado:

> *Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Associação. Prisão preventiva. Condenação. Vedação do apelo em liberdade. Alegada ausência de fundamentos. Motivação idônea. Gravidade concreta do delito. Periculosidade do agente. Dedicação reiterada à atividade criminosa. Constrição mantida a bem da ordem pública. Constrangimento não verificado.*
>
> 1. O paciente, após responder custodiado à ação penal em que se viu condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para tal mercancia, teve negado o direito de apelar em liberdade a bem da ordem pública, notadamente em razão da gravidade concreta do delito cometido, da sua periculosidade e da reiterada dedicação à atividade ilícita – haja vista que, preso por condenações anteriores, participava de organismo criminoso voltado ao narcotráfico – mostrando-se preenchidas, à saciedade, as condições do art. 312 do Código de Processo Penal para a subsistência da medida.
>
> 2. Não se pode falar em constrangimento ilegal decorrente da constrição processual do réu, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, quando se mostra indispensável ao acautelamento do meio social, que se viu abalado com a prática delitiva por ele cometida.
>
> 3. Ordem denegada.

Os impetrantes argumentam, em síntese: a) ausência de fundamentação idônea da decisão que indeferiu o pedido de recorrer em liberdade; b) falta dos pressupostos autorizadores para manutenção da prisão cautelar; c) possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes; e d) circunstâncias favoráveis como primariedade e bons antecedentes.

Requerem, em medida liminar e no mérito, a concessão da ordem para que o paciente recorra em liberdade, com o comando de expedição do competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida pela eminente ministra Ellen Gracie.

O Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG prestaram as informações sobre o caso.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Mário José Gisi, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Pretende o paciente, em síntese, o reconhecimento do direito de apelar de condenação criminal por tráfico de drogas em liberdade, argumentando estarem ausentes os pressupostos e fundamentos da prisão cautelar.

Breve resumo do processo é oportuno.

Em 18-4-2009, Jordânio Mendes Rodrigues foi preso em flagrante pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, por guardar e ter em depósito, para fins de traficância, cerca de 28 quilos de pasta base de cocaína.

Conforme decreto condenatório, policiais federais, que investigavam o tráfico ilícito de entorpecentes realizado na municipalidade de Betim/MG, realizaram campana em frente à residência do paciente – já flagrado por tráfico de drogas em outra oportunidade, em 2007, por agentes federais e que continuava a se dedicar à atividade criminosa. No desdobramento da investigação, em um sítio de propriedade do paciente, os policiais flagraram Jordânio Mendes Rodrigues e dois corréus alocando todo o entorpecente no porta-malas do veículo conduzido por Fábio Aparecido Chagas.

Agregue-se o fato de que, em 2007, o irmão do paciente foi preso no mesmo local e com idêntico material (pasta base de cocaína), oportunidade em que Jordânio Mendes Rodrigues já era reconhecido como chefe do tráfico nos bairros São Gabriel, Paulo IV e Favela do Beira Linha, da região metropolitana de Belo Horizonte.

Oportuno destacar, como feito pelas instâncias anteriores, que a pasta base de cocaína aprendida – cerca de 28 quilos –, após procedimento de refinamento da droga, vulgarmente conhecida por batismo, poderia atingir aproximadamente quantidade três ou quatro vezes maior do entorpecente, rendendo, pela estimativa do magistrado sentenciante, a atividade criminosa quantia superior a R$ 1.766.318,00.

Colho excertos da sentença condenatória que impossibilitou o paciente de recorrer em liberdade:

> *Jordânio Mendes Rodrigues*
>
> Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06: à míngua de documentação apta nos autos deve ser considerado primário, sem antecedentes criminais, embora registre FAC de fls. 107/114; agiu com dolo e sua conduta é bastante censurável, pois fez

transportar, guardava/tinha em depósito grande quantidade de substância entorpecente (28,489 Kg de pasta base de cocaína, fls. 28/30, 78/80, 286/291), para fins de traficância, colocando em risco a saúde pública e fomentando o uso de entorpecentes (droga essa que se colocada em circulação nas ruas, renderia R$ 1.766.318,00 – um milhão, setecentos e sessenta e seis mil, trezentos e dezoito reais), podendo depois de refinada/batizada atingir até cerca de 80 Kg da droga); comportamento social e personalidade irregular, dedicada às atividades criminosas; fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo unitário.

À míngua de qualquer outra causa de alteração (art. 68 do CP) de pena, torno-a concreta e definitiva para o réu Jordânio neste crime no montante acima.

(...)

Art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06: à míngua de documentação apta nos autos deve ser considerado primário, sem antecedentes criminais, embora registre FAC de fls. 107/114; agiu com dolo e sua conduta é bastante censurável, pois como chefe do tráfico de drogas, associado (*societas sceleris*) ao acusado Fábio, fez transportar, guardava/tinha em depósito grande quantidade de droga (28,489 Kg de pasta base de cocaína, fls. 28/30, 78/80, 286/291), para fins de traficância, colocando em risco a saúde pública e fomentando o uso de entorpecentes (droga essa que se colocada em circulação nas ruas, renderia R$ 1.766.318,00 – um milhão, setecentos e sessenta e seis mil, trezentos e dezoito reais), podendo depois de refinada/batizada atingir até cerca de 80 Kg da droga); comportamento social e personalidade irregular, dedicada às atividades criminosas; fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo unitário.

(...)

Diante do concurso material de delitos (art. 69 do CP), somo as penas, tornando-a concreta e definitiva para o réu Jordânio neste processo, a míngua de qualquer outra causa de alteração (art. 68 do CP), em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a cumprir inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa no valor mínimo unitário.

(...)

Em se tendo em vista que os réus respondem ao processo encarcerados, se aparenta um contrassenso mantê-los assim sem sentença condenatória para depois dela liberá-los, quando um dos efeitos da condenação é justamente sujeitar o agente ao cárcere; considerando que condenados por delito hediondo que inadmite liberdade provisória com pena de reclusão a cumprir inicialmente em regime fechado; considerando a periculosidade dos condenados e que nenhum dos acusados é radicado no distrito da culpa, com evidência de que fugirão em liberdade, obstando a correta aplicação da Lei Penal; considerando o teor da Súmula n. 07 do TJMG, denego-lhes o direito de apelar em liberdade, determinando a expedição dos correspondentes mandados de prisão a fim de regularizar suas situações.

A prisão cautelar mantida na sentença foi impugnada sem sucesso por *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Belo Horizonte (HC 1.000.09.509678-0/000) e no Superior Tribunal de Justiça (HC 179.837/MG).

Ora, pelas regras atualmente vigentes do CPP, especialmente do parágrafo único do art. 387 do CPP, a prisão preventiva pode ser imposta ou mantida da prolação da sentença:

> O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Resta verificar se os motivos são válidos, ou seja, se estão presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes mais do que os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria.

Com efeito, não há aqui apenas um juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado. Há um julgamento condenatório, que foi precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram avaliadas por um órgão judiciário imparcial, ou seja, um juízo efetuado com base em cognição profunda e exaustiva de que o condenado é culpado de um crime. Para se concluir pela responsabilidade criminal, tem que ser reconhecida a presença de prova acima de qualquer dúvida razoável. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento.

Embora prevaleça nesta Suprema Corte, o entendimento de que o princípio da presunção de inocência tem aplicação até o trânsito em julgado da ação penal (HC 84.078 – Plenário – rel. min. Eros Grau – por maioria – julgamento em 5-2-2009 – *DJE* 35, de 25-2-2010), é forçoso reconhecer que a sua força se atenua depois de um julgamento, ainda que este não seja definitivo.

No que se refere aos fundamentos da prisão preventiva, o magistrado sentenciante justificou suficientemente a manutenção do paciente na prisão, e sobreleva que este respondeu ao processo até então preso.

As circunstâncias do crime, envolvendo a apreensão de cerca de 28 kg de pasta base de cocaína, que após preparada ("batizada" no jargão criminal) pode gerar quantidade três ou quatro vezes maior para venda e consumo, autorizavam a decretação da prisão preventiva.

Afinal, a expressiva quantidade de droga apreendida é indicativa de que o paciente se dedica profissionalmente ao tráfico de drogas, adotando um estilo de vida criminoso (*criminal lifestyle*).

Em regra, o flagrante no crime de tráfico de drogas revela apenas uma pequena porção da atividade delitiva do agente, não raramente componente maior ou menor de um grupo criminoso, considerando que os elevados lucros obtidos no tráfico de drogas levaram à sua dominação por grupos comumente complexos e que trabalham de forma empresarial. Repetindo a Suprema Corte norte-americana, "a produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas uma contínua, apesar de ilegal, empresa de negócios" (*US v. Russell* 411 U.S 423, 93 S.Ct. 1637, 36 L.Ed.2d 366 1973). Neste contexto, de organização do tráfico de modo empresarial, com disputas, não raramente

violentas, pela dominação do mercado, a figura do traficante isolado, com envolvimento pontual no tráfico, é fenômeno raro.

Ademais, o paciente foi apontado pelo magistrado sentenciante como "chefe do tráfico de drogas nos Bairros São Gabriel, Paulo VI, Favela do Beira Linha, em Belo Horizonte".

É possível assim identificar o perigo à ordem pública, pois as circunstâncias concretas do crime indicam o envolvimento profundo do paciente na atividade de tráfico, na condição de chefe de grupo criminoso, o que evidencia risco de reiteração delitiva.

Não se trata de prisão decretada com base na gravidade abstrata do crime, mas fundada nas circunstâncias concretas do tráfico de drogas, a evidenciarem pelo *modus operandi* o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, fundamento suficiente para a decretação da preventiva, conforme art. 312 do Código de Processo Penal.

A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. "A antecipação cautelar da prisão", conforme lição do eminente ministro Celso de Mello, "não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade" (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28-8-2008, *DJE* 165, de 2-9-2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria.

Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.

Nesse sentido, existem vários precedentes desta Suprema Corte (*v.g.*: HC 109.436, rel. min. Ayres Britto, Segunda Turma, *DJE* 36, de 17-2-2012; HC 104.332/ES, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJE* 175, de 12-9-2011; HC 98.754/SP, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* 232, de 10-12-2009). Por todos eles, destaco o seguinte:

> Este Supremo Tribunal assentou que a periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos

idôneos para a manutenção da custódia cautelar. [HC 110.313/MS – rel. min. Cármen Lúcia – Primeira Turma do STF – unânime – julgamento em 13-12-2011 – *DJE* 32, de 13-2-2012.]

É relevante ainda lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 conferiu ao crime de tráfico de drogas, juntamente com outros crimes extremamente graves, como a tortura, o terrorismo e os crimes hediondos, um tratamento mais rigoroso, ao estabelecer, em seu art. 5º, XLIII, a sua inafiançabilidade.

É digno de nota que a inafiançabilidade esteja localizada no art. 5º da Constituição Federal, sede dos mais importantes direitos fundamentais.

Tal localização da norma decorre da compreensão pelo constituinte de que as espécies delitivas arroladas no inciso XLIII do art. 5º implicam graves agressões aos direitos humanos, considerando o seu efeito danoso e disruptivo no meio social.

Oportuno, aliás, destacar que constitui praxe universal o tratamento mais rigoroso do tráfico de drogas em relação a outros crimes, o que conta com reflexos inclusive em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. Ilustrativamente, extraio os seguintes trechos do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, dita Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto 154/1991:

> As Partes nesta Convenção,
>
> Profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômica, culturais e políticas da sociedade,
>
> Profundamente preocupadas também com a sustentada e crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais e, em particular, pela exploração de crianças em muitas partes do mundo, tanto na qualidade de consumidores como na produção, na distribuição e no comércio ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável,
>
> Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados,

E no art. 3º, itens 6 e 7, encontram-se normas que dispõem sobre o papel das Cortes judiciais na implementação das previsões do tratado:

> 6. As Partes se esforçarão para assegurar que qualquer poder legal discricionário, com base em seu direito interno, no que se refere ao julgamento de pessoas pelos delitos mencionados neste Artigo, seja exercido para dotar de eficiência máxima as medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos.
>
> 7. As Partes velarão para que seus tribunais ou demais autoridades competentes levem em conta a gravidade dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e as circunstâncias especificadas no parágrafo 5 deste Artigo, ao considerar

a possibilidade de conceder liberdade antecipada ou liberdade condicional a pessoas que tenham sido condenadas por alguns desses delitos.

Apesar do reconhecimento internacional da gravidade do crime de tráfico de drogas, não é preciso ir tão longe, considerando que no Brasil é notória a existência até de comunidades dominadas pelo tráfico de drogas, a viverem em espécie de estado de exceção permanente, sem lei, sem segurança e sem liberdade.

O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos, inclusive acerca da possibilidade do processado por crime de tráfico de drogas responder em liberdade durante o processo, máxime na fase de apelo, após uma sentença condenatória.

Na esteira desse entendimento, e considerando que se encontram presentes pressupostos e fundamentos válidos para a prisão preventiva, não é de se reconhecer ao ora paciente o direito de apelar em liberdade, motivo pelo qual denego o presente *habeas corpus*.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 108.752/MG — Relatora: Ministra Rosa Weber. Paciente: Jordânio Mendes Rodrigues. Impetrantes: Túlio Passarelli Vicentini Teixeira e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, 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.

HABEAS CORPUS 109.269 — MG

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Juliano Pereira — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de crime de perigo abstrato. Improcedência. Ordem denegada.**

I – A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II – Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, denegar a ordem, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Brasília, 27 de setembro de 2011 — Ricardo Lewandowski, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de *Juliano Pereira*, contra acórdão da

Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 187.478/MG, rel. min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE).

A impetrante narra, de início, que o paciente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 306 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) – condução de veículo automotor, em via pública, com concentração de álcool por litro de sangue acima do permitido – foi sumariamente absolvido pelo juízo de primeiro grau sob o fundamento da inconstitucionalidade da norma incriminadora.

Prossegue afirmando que, inconformado, o Ministério Público estadual interpôs apelação, postulando, basicamente, o prosseguimento da ação penal.

Relata, em seguida, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento ao recurso, o que deu ensejo ao ajuizamento, pela defesa, de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

Destaca, nesse passo, que a Sexta Turma daquela Corte, por unanimidade, denegou a ordem.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante.

Alega, em suma, a inconstitucionalidade do art. 306 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) ao argumento de que a referida norma cria crime de perigo abstrato, modalidade de delito que se consuma apenas com a possibilidade de dano, em afronta ao princípio da ofensividade, o que não pode ser admitido no ordenamento jurídico pátrio.

Assevera, em seguida, que, embora tenha o legislador pretendido prevenir a prática de crimes na condução de veículo automotor, não é por meio da edição de normas como a combatida que o Estado resolverá a questão e sim com a adoção de política séria que alerte sobre os riscos da ingestão de bebidas alcoólicas.

Diz, em acréscimo, que o direito penal deve atuar somente quando houver ofensa a bem jurídico relevante, não sendo cabível a punição de comportamento que se mostre apenas inadequado.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para reformar a decisão do STJ e restabelecer o entendimento do juiz de primeiro grau que absolveu sumariamente o paciente.

Em 2-8-2011, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado, determinei fosse ouvido o procurador-geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da subprocuradora-geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem examinados os autos, tenho que a ordem deve ser denegada.

O acórdão impugnado possui a seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Embriaguez ao volante. Alegação de que, por se referir a crime de perigo abstrato, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não cabimento. Dano potencial. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.*
>
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando as alegações de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.
>
> 2. Esta Corte Superior de Justiça entende que, com o advento da Lei 11.705/2008, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos.
>
> 3. *Habeas corpus* denegado.

Conforme relatado, a impetrante busca o restabelecimento da sentença que absolveu o paciente sob o fundamento da inconstitucionalidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação conferida pela Lei 11.705/2008.

Alega, para tanto, que a norma questionada não teria sido acolhida pelo ordenamento jurídico por prever crime de perigo abstrato, ao passo que o direito penal deve atuar "somente quando houver ofensa a um bem jurídico provocada pela conduta do agente. O comportamento do agente deve atingir concretamente o bem jurídico tutelado pela norma".

Entretanto, a irresignação não prospera.

O art. 306 do CTB está assim redigido:

> Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Pois bem. Não vislumbro, no dispositivo em questão, qualquer eiva de inconstitucionalidade que autorize a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Com efeito, a objetividade jurídica da mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da higidez física de terceiros e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

O tipo penal de perigo abstrato, no caso sob exame, visa a inibir prática de certas condutas antes da ocorrência de eventual resultado lesivo, garantindo,

assim, de modo mais eficaz, a proteção de um dos bens mais valiosos do ser humano, que são sua vida e integridade corporal.

Na denúncia, tem-se a narrativa dos seguintes fatos:

> Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 20 de junho de 2009, por volta das 02h00min, na Avenida Imbiara, n. 1423, bairro vila Silveria, nesta cidade e comarca de Araxá/MG, o ora denunciado dirigia o veículo GM Monza, ano 1982, cor branca, placas CQB-6781, em via pública, sob influência e com concentração de álcool superior a 06 (seis) decigramas por litro de sangue, gerando perigo à segurança viária.
>
> Nas condições especiais e temporais acima declinadas, durante fiscalização de rotina, os policiais militares abordaram o denunciado, que dirigia o referido veículo, na ocasião os milicianos perceberam que o denunciado apresentava sintomas de embriagues (sic), como fala desconexa, hálito etílico e olhos vermelhos.
>
> Desta feita, o denunciado foi submetido ao teste do bafômetro, onde foi constatada a presença de 0.90 mg/l (zero ponto noventa) miligramas de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões.

Na espécie, a proibição da conduta pela qual o paciente foi condenado objetiva, especialmente, combater e prevenir a ocorrência de delitos de trânsito que possam colocar em risco a incolumidade física ou até mesmo a vida de indivíduos da coletividade ou provocar danos patrimoniais.

Nesse contexto, mostra-se irrelevante indagar se o comportamento do agente atingiu, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado.

Nesse sentido, transcrevo, por oportuno, a ementa do RHC 82.517/CE, rel. min. Ellen Gracie:

> *Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Aplicação parcial da Lei 9.099/1995. Exame pericial. Nulidade.* 1. **O crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante) é crime de perigo, cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade**. A ação penal pública condicionada à representação, referida no art. 88 da Lei 9.099/1995, mostra-se incompatível com crimes dessa natureza. A ação penal é a pública incondicionada. 2. Inexistência de nulidade no laudo realizado, tendo em vista que foi subscrito por dois peritos oficiais, estando a alegação do recorrente, de que teria sido elaborado apenas por um profissional, subordinada ao exame de fatos e provas, inviável em sede de *habeas corpus*. 3. Recurso ordinário improvido. [Grifos meus.]

No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando uma concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

Por opção legislativa, não se faz necessária, no dispositivo sob exame, a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

Relembro, por oportuno, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo a sua tipificação, por conseguinte, da demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva à inconstitucionalidade do referido tipo penal.

O mesmo entendimento foi esposado pela ilustre representante do *Parquet* federal, que consignou no parecer ofertado neste *writ*:

> (...) não há qualquer ilegalidade no acórdão impetrado, tendo os Tribunais Superiores já rechaçado a alegação de inconstitucionalidade do art. 306 do CTB, fazendo-o incidir sem ressalvas.
>
> Ora, o tipo penal descrito no art. 306 do CTB é de mera conduta e de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade. Isto é, a objetividade jurídica imediata é a segurança viária e de forma indireta a incolumidade pública.
>
> Importa ressaltar que não há entraves em nosso ordenamento jurídico para que uma conduta de perigo abstrato seja criminalizada. Assim ocorre com o porte de arma de uso permitido, assim ocorre também com a embriaguez ao volante.

Deste modo, tenho por improcedente a alegação de inconstitucionalidade da norma questionada e, por tal razão, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 109.269/MG — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Juliano Pereira. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Ordem denegada, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 27 de setembro de 2011 — Karima Batista Kassab, coordenadora.

HABEAS CORPUS 112.936 — RJ

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Paciente: Weslley da Silva Cordeiro — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus* – Imputação, ao paciente, que é civil, de crime militar em sentido impróprio – Suposto delito de desacato a militar (CPM, art. 299) – Ocorrência desse fato em ambiente estranho ao da administração das Forças Armadas – Militar do Exército, supostamente desacatado, que realizava atividade de policiamento ostensivo no processo de ocupação e pacificação das comunidades do Complexo do Alemão e da Penha, na cidade do Rio de Janeiro – Função de policiamento ostensivo que traduz típica atividade de segurança pública – Caráter anômalo da jurisdição penal militar sobre civis em tempo de paz – Regulação desse tema no plano do direito comparado – Ofensa ao postulado do juiz natural – Incompetência absoluta da Justiça Militar da União – Competência penal da Justiça Federal comum (CF, art. 109, IV) pelo fato de a vítima, militar do exército, qualificar-se como agente público da União – Pedido deferido.**

Função de policiamento ostensivo exercida por militar das Forças Armadas – Encargo que se qualifica, conceitualmente, como típica atividade de segurança pública.

– Refoge à competência penal da Justiça Militar da União processar e julgar civis, em tempo de paz, por delitos supostamente cometidos por estes em ambiente estranho ao da administração militar e alegadamente praticados contra militar das Forças Armadas no contexto do processo de ocupação e pacificação das comunidades localizadas nos morros cariocas, pois a função de policiamento ostensivo traduz típica atividade de segurança pública. Precedentes.

A regulação do tema pertinente à Justiça Militar no plano do direito comparado.

– Tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), *v.g.*

– Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile”, de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que “um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)” (Item 269, n. 14, da parte dispositiva, “*Puntos Resolutivos*”).

– O caso “*Ex Parte Milligan*” (1866): importante “*landmark ruling*” da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União.

– Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural, sob pena de invalidação do processo em que consumada a ofensa ao postulado da naturalidade do juízo. A Constituição do Brasil, ao proclamar o regime das liberdades públicas – que representa expressiva limitação aos poderes do Estado –, consagrou, de modo explícito, o dogma fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, para invalidar o procedimento penal instaurado contra o ora paciente perante a Justiça Militar da União (Processo 182-44.2011.7.01.0401 – 4ª Auditoria da 1ª CJM), desde a denúncia, inclusive, sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis* perante órgão judiciário competente da Justiça Federal comum, contanto que ainda não consumada a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado, e determinar, ainda, que os autos do Procedimento Ordinário em questão sejam remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para que, mediante regular distribuição, sejam eles encaminhados a uma das varas federais criminais competentes na cidade do Rio de Janeiro/RJ, nos termos do voto do relator. Falou, pelo Ministério Público Federal, o dr. Mário José Gisi.

Brasília, 5 de fevereiro de 2013 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre subprocurador-geral da República dr. MARIO JOSÉ GISI, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração:

"HABEAS CORPUS". PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. DESACATO A MILITAR (ART. 299, CPM). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CRIMES PRATICADOS QUANDO DA ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DO EXÉRCITO BRASILEIRO NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA EM VIRTUDE DA INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS PREVISTOS NO ART. 144 DA CF/88. ATIVIDADE TIPICAMENTE MILITAR. APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PROCESSUAIS DISPOSTOS NA LEI 9.099/95 AOS ACUSADOS POR CRIME MILITAR. EXISTÊNCIA DE EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL QUE NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. COAÇÃO INEXISTENTE.

– Parecer pela denegação da ordem.

(...)

Trata-se de "habeas corpus" impetrado pela Defensoria Pública da União*, em favor de Weslley da Silva Cordeiro, contra ato do Superior Tribunal Militar, que, à unanimidade de seus membros, denegou a ordem ao HC n. 195-12.2011.7.00.0000/RJ, em aresto exarado nos moldes da seguinte ementa:*

"HABEAS CORPUS". INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOBSERVÂNCIA DOS INSTITUTOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (LEI N. 9.099/1995). IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

A severidade da norma penal militar encontra amparo nos princípios da hierarquia e da disciplina*, sendo, por essa razão, incompatível com os institutos despenalizadores da legislação penal comum.*

A Lei n. 9.839*, de 27 de setembro de 1999, ao inserir o art. 90-A na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedando a aplicação da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Militar, apenas deu cumprimento aos mencionados princípios constitucionais.*

Ordem denegada.

Decisão unânime.

Consta nos autos que o paciente*, civil, foi denunciado como incurso no art. 299 (desacato a militar) do Código Penal Militar, por proferir palavras ofensivas a militar do Exército Brasileiro integrante do 2º Grupo de Combate da Força de Pacificação Arcanjo II, o Sargento Diego Rafael Rodrigues, que atuava para a garantia da lei e da ordem no processo de ocupação e pacificação das Comunidades do Complexo do Alemão e da Penha, localizadas na cidade do Rio de Janeiro/RJ. Recebida a denúncia pela 4ª Auditoria da 1ª CJM, a defesa impetrou habeas corpus ao Superior Tribunal Militar, que denegou a ordem.*

Na via excelsa*, pugna a impetrante, em caráter liminar, pelo sobrestamento do trâmite da ação penal militar na origem e, no mérito,* ***a****) anular a ação penal militar desde o início e declarar a incompetência da Justiça Castrense para julgar e processar o feito; ou, subsidiariamente,* ***b****) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 90-A da Lei n. 9.099/95, para dar-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, a fim de excluir qualquer interpretação*

que afaste a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos acusados civis processados perante a Justiça Militar; ***e c)*** *determinar ao Ministério Público Militar que ofereça proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo ou que apresente manifestação de não oferecimento desses benefícios diante do eventual não atendimento dos requisitos previstos na Lei n. 9.099/95.*

Em seu arrazoado*, aduz a inconstitucionalidade parcial do art. 90-A da Lei 9.099/95, que ofenderia o princípio da isonomia quando aplicado a civis processados por crimes acidentalmente militares.*

De outro vértice*, defende que as atividades exercidas pela vítima, oficial efetivo do Exército Brasileiro, quando da prática do fato criminoso não possuíam caráter propriamente militar, restringindo-se ao auxílio no policiamento local em decorrência de cooperação do Governo Federal com o Governo do Estado do Rio de Janeiro, este o incumbido pela prestação dos serviços de segurança pública. Assim, sendo o paciente civil e praticado o crime durante o exercício de atividades de polícia judiciária, restaria afastada a competência da Justiça Militar para julgar o feito.*

Deferido provimento liminar*, vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para a emissão do parecer de estilo.*

É o relatório*.*

A súplica não merece acolhimento*.*

Dispõe o art. 142 da Constituição Federal*:*

> ***Art. 142****. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

Dentre outros temas*, a Lei Complementar n. 97/1999 trata do emprego das Forças Armadas Brasileiras, dispondo em seu art. 15, §§ 2º e 3º, sobre a possibilidade de auxílio aos Estados-membros na defesa da lei e da ordem, desde que esgotados os instrumentos constantes no rol do art. 144 da Lei Maior, reconhecidos formalmente pelo Chefe do Poder Executivo como "indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional".*

Dessarte*, a segurança pública, embora ordinariamente caiba aos órgãos arrolados no art. 144 da Constituição Federal, poderá vir a caracterizar função de natureza militar na medida em que a insuficiência dos instrumentos ordinários próprios aos Estados-membros comprometer de forma insofismável a garantia da lei e da ordem, de proteção atribuída constitucionalmente às Forças Armadas.*

No caso vertente não se vislumbra exercício ordinário de atividade de segurança pública*. Trata-se de ação de segurança pública em contexto de pacificação de territórios que se encontravam ocupados por organizações criminosas, sofisticadamente articuladas, que ali instauraram um verdadeiro "estado paralelo", tudo viabilizado pelo esgotamento e pela insuficiência das forças públicas do Estado do Rio de Janeiro. Plenamente demonstrada, pois, a necessidade de atuação das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem.*

Ademais*, da narrativa constante na exordial acusatória exsurge a lesão a bem jurídico tutelado pela legislação militar, perpetrada por agente plenamente capaz de entender a ilicitude de suas ações. Veja-se, a propósito, a dinâmica fática narrada na exordial acusatória:*

*(...) **Quando a tropa estava se retirando do local**, pois estava tudo dentro da normalidade, um dos soldados ouviu e avistou um dos integrantes da festa lançar ofensas contra a tropa. Como o ofensor foi identificado, foi dado início a uma abordagem pessoal, ocasião em que o flagranteado aproximou-se do Sargento Diego Rafael Rodrigues e, após dizer que o militar não era bem vindo na festa, puxou-o pelo braço e jogou cerveja em seu corpo, e, em seguida, o chamou de "filho da puta", evadindo-se do local, sendo alcançado logo depois, ocasião em que tentou resistir à prisão, sendo contido pelos militares.*

***Restou configurada, assim, a intenção de desmoralizar a atuação dos militares do Exército**, inclusive com o emprego de violência física, o que revela a competência da Justiça Castrense para o feito. Nesse sentido, leciona a jurisprudência dessa Suprema Corte: "É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado". (**HC 107.731**, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJE 185 de 26-9-2011).*

***Outrossim**, a condição de civil do paciente não afasta a competência da Justiça Militar, que se afigura legítima ante ao disposto no art. 9º, III, d, do Código Penal Militar, "in verbis":*

> ***Art. 9º** Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:*
>
> *(…)*
>
> ***III – os crimes praticados por militar da reserva**, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*
>
> *(…)*
>
> ***d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar**, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (…)*

***Também não prospera a pretensão pela aplicação dos benefícios processuais previstos na Lei n. 9.099/95 aos acusados por crimes militares**, ainda que configurem crimes de menor potencial ofensivo, diante da existência de expressa vedação legal. Esse o teor do art. 90-A do aludido diploma legal, "ipsis litteris":*

> ***Art. 90-A**. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.*

***De se ver que a norma não excepciona o crime militar praticado por civis**, obstando de forma absoluta a aplicação dos benefícios despenalizadores no âmbito da Justiça Castrense. Na verdade, a proibição está embasada na inspiração que move o Direito Penal Militar, qual seja a realização do princípio da defesa do Estado contra inimigos interiores e exteriores.*

***Em vista da própria destinação das Forças Armadas**, não se concebe que possa existir infração de menor potencial ofensivo na hipótese de crime militar, que visa à manutenção não apenas da hierarquia e disciplina, mas, ainda, da proteção da administração castrense. O caso dos autos, aliás, bem retrata o acerto da vedação legal, pois não há sentido em admitir a atuação excepcional das Forças Armadas para garantia da ordem pública e, simultaneamente, ter como*

de menor ofensividade o desacato de seus agentes. Daí não falar-se em lesão ao princípio da isonomia.

***Destarte**, somos pela denegação da ordem.* [Grifei.]

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Discute-se**, na presente ação de "*habeas corpus*", **se estaria compreendido**, *na competência da Justiça Militar da União*, **o julgamento** de ação penal **referente** à suposta prática, *por civil*, de delito de desacato (**CPM**, art. 299) **cometido** contra militar do Exército **no desempenho** *da função de policiamento ostensivo* **em ambiente estranho** àquele submetido à administração das Forças Armadas.

Passo ao exame do pleito ora formulado.

Os fundamentos nos quais se apoia a presente impetração **revestem-se** de inquestionável relevo jurídico, **pois o acórdão** objeto de impugnação nesta sede processual, **emanado** do e. Superior Tribunal Militar, **ofende**, *segundo entendo*, *o postulado do juiz natural*, **porque proferido** a respeito de delito **destituído** *de natureza castrense*.

Cabe ter presente, *no ponto*, **a advertência** desta Corte **a propósito** *da excepcionalidade* da submissão *de civis*, **em tempo de paz**, à jurisdição penal da Justiça Militar da União:

"***HABEAS CORPUS***" *– CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS* ***CONTRA*** *MILITAR EM MANOBRA –* ***INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR*** *– COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA* ***COMUM*** *–* ***POSTULADO DO JUIZ NATURAL*** (...) *–* ***PEDIDO DEFERIDO***.

EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO-SE DE RÉU CIVIL.

– ***Não se tem por configurada*** *a competência penal da Justiça Militar da União,* ***em tempo de paz****, tratando-se* ***de réus civis, se*** *a ação delituosa a eles atribuída* ***não afetar****, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares,* ***que constituem****, em essência,* ***nos delitos castrenses****, os bens jurídicos penalmente tutelados.*

– ***O caráter anômalo*** *da jurisdição penal castrense sobre civis,* ***notadamente*** *em tempo de paz.* ***O caso*** "***Ex Parte Milligan***" *(1866):* ***um precedente histórico valioso***.

O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

– ***O princípio da naturalidade do juízo*** *representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas* ***que conformam*** *a própria atividade legislativa do Estado e condicionam o desempenho, pelo poder público, das funções de caráter penal-persecutório,* ***notadamente*** *quando exercidas em sede judicial.*

***O postulado do juiz natural**, em sua projeção político-jurídica, **reveste-se de dupla função instrumental**, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem, por titular, **qualquer** pessoa **exposta**, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, **enquanto limitação insuperável**, representa **fator de restrição** que incide sobre os órgãos do poder estatal **incumbidos** de promover, judicialmente, a repressão criminal.*

*– **É irrecusável**, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** –, que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. **Nenhuma pessoa**, em consequência, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. **A nova** Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado –, **consagrou**, de modo explícito, **o postulado fundamental** do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "**ninguém** será processado nem sentenciado **senão** pela autoridade competente".* [**HC 81.963/RS**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Cumpre enfatizar, *desde logo*, **que a Justiça Militar da União – cujos órgãos** (Conselhos de Justiça **e** o e. Superior Tribunal Militar) **não** se identificam **nem** se subsumem à noção de tribunais de exceção **ou** de juízos "*ad hoc*" (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 88/89, item n. 21.1, 25. ed., 2010, Atlas; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 669, item n. 47.3, "c", 5. ed., 2010, Saraiva; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 215, item n. 2.29, 2007, Elsevier; PEDRO LENZA, "**Direito Constitucional Esquematizado**", p. 777/778, item n. 14.9.22, 14. ed., 2010, Saraiva, *v.g.*) – **dispõe de competência penal** para processar e julgar **civis**, *mesmo em tempo de paz*, por **suposta** prática de crime militar **tipificado** *em lei* (KILDARE GONÇALVES CARVALHO, "**Direito Constitucional**", p. 1076, item n. 14, 13. ed., 2007, Del Rey, *v.g.*), **eis** que a Constituição da República, **ao remeter** ao plano da legislação ordinária **a definição** dos delitos castrenses, **viabilizou** a qualificação *de qualquer* civil, em **algumas** situações específicas, como *possível* sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal, **como claramente resulta** da leitura do próprio Código Penal Militar, **considerada** a regra **inscrita** em seu art. 9º, **em contexto que permite reconhecer** que, no ordenamento positivo brasileiro, **a conceituação** de crime militar **rege-se** pelo critério objetivo, **estabelecido** "*ratione legis*", **segundo se extrai** do magistério da doutrina (JORGE ALBERTO ROMEIRO, "**Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral**", p. 66, item n. 48, 1994, Saraiva; CÉLIO LOBÃO, "**Direito Penal Militar**", p. 50/53, item n. 8, 1990, Brasília Jurídica; JOSÉ DA SILVA LOUREIRO NETO, "**Direito Penal Militar**", p. 17/28, item n. 2.2, 5. ed., 2010, Atlas, *v.g.*).

Isso significa, *portanto*, que a Justiça Militar da União possui, *excepcionalmente*, **em tema** de delitos castrenses, jurisdição penal *sobre civis*, **quer** em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra externa.

A tentativa de o Estado **pretender sujeitar**, *arbitrariamente*, a Tribunais castrenses, **em tempo de paz**, *réus civis*, **fazendo instaurar**, *contra eles*, **perante** órgãos da Justiça Militar da União, **fora** das **estritas** hipóteses legais,

procedimentos de persecução penal, por **suposta** prática de crime militar, **representa clara violação** ao princípio constitucional do juiz natural (**CF**, art. 5º, LIII).

Não se pode deixar de acentuar, *bem por isso*, **o caráter anômalo** da submissão **de civis**, *notadamente em tempo de paz*, **à jurisdição** dos Tribunais **e** órgãos integrantes da Justiça Militar da União, por **suposta** prática de crime militar, **especialmente** se se tiver em consideração que tal situação – **porque** revestida de excepcionalidade – **só** se legitima **se e quando** configuradas, *quanto a réus civis*, as hipóteses delineadas em sede legal, cujo reconhecimento **tem merecido**, *do Supremo Tribunal Federal*, **estrita** interpretação.

É importante observar que, *no plano do direito comparado*, **registra-se**, *modernamente*, em **diversos** sistemas normativos **vigentes** em Estados **impregnados** *de perfil democrático*, clara tendência, **quer** no sentido **da extinção** (*pura e simples*) de tribunais militares *em tempo de paz*, **permitindo-lhes**, *no entanto*, **a existência**, *embora circunstancialmente*, **apenas** quando deflagrado estado de guerra, **quer**, *ainda*, no sentido **da exclusão** de civis da jurisdição penal militar, **valendo destacar**, *sob tais aspectos*, o ordenamento positivo **de alguns** países, **como o de Portugal** (Constituição de 1976, art. 213, *Quarta Revisão* Constitucional de 1997), **o da Argentina** (*Ley Federal* 26.394/2008), **o da Colômbia** (Constituição de 1991, art. 213), **o do Paraguai** (Constituição de 1992, art. 174), **o do México** (Constituição de 1917, art. 13) **e o do Uruguai** (Constituição de 1967, art. 253, *c/c Ley* 18.650/2010, arts. 27 e 28).

De outro lado, **cabe registrar** *importantíssima* decisão **proferida** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22-11-2005, **no julgamento** do "*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*", **em que se determinou** *à República do Chile*, dentre **outras** providências, **que ajustasse**, em prazo razoável, **o seu** ordenamento interno **aos padrões internacionais** *sobre jurisdição penal militar*, **de forma tal** que, **se** se considerasse necessária a existência (**ou** subsistência) de uma jurisdição penal militar, **fosse esta limitada**, *unicamente*, ao conhecimento de delitos funcionais **cometidos por militares** *em serviço ativo*.

Mais do que isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **na Sentença** proferida no "*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*", **determinou** que a República do Chile **estabelecesse**, em sua legislação interna, **limites** à competência material e pessoal dos Tribunais militares, **em ordem a que**, "***en ninguna*** *circunstancia* ***un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares*** (...)" (**grifei**).

O Supremo Tribunal Federal, *por sua vez*, **tem entendido**, *em casos* como o ora em análise, **que não se tem** por configurada a competência da Justiça Militar da União, *em tempo de paz*, **tratando-se** de réus civis, **se** a ação eventualmente delituosa por eles praticada **não afetar**, *de modo real* **ou** *potencial*, a integridade, a dignidade, o funcionamento **e** a respeitabilidade das instituições militares, **que constituem**, *em essência*, os bens jurídicos penalmente tutelados.

Mostra-se grave, *por isso mesmo*, a instauração, *em tempo de paz*, de ação penal militar **contra civil**, **com o objetivo** de submetê-lo, **fora** dos casos **autorizados** em lei, **a julgamento** perante a Justiça Militar da União!

Cabe rememorar, *por oportuno*, **histórica decisão** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (**verdadeira** "*landmark ruling*"), **proferida** no julgamento, **em 1866**, do caso "*Ex Parte Milligan*" (**71 U.S. 1**).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *nesse importante precedente*, **ao examinar** decisão condenatória **motivada** por fatos ocorridos no curso da Guerra Civil americana, **veio a invalidar** tal condenação, **que impusera** a pena de morte (enforcamento), por traição, **a um acusado civil**, *Lambden P. Milligan*, **por entender** que, **mesmo** que se tratasse de um crime praticado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que ocorrera, **ainda assim um civil não poderia ser julgado por uma Corte militar** ("*martial court*"), **desde** que os órgãos judiciários da Justiça comum *estivessem funcionando regularmente*.

Nesse julgamento, enfatizou-se, **por unânime votação**, que a Constituição **não se suspende** em períodos de crise **ou** de emergência nacional, **pois ela representa**, *enquanto estatuto do poder e instrumento das liberdades*, a lei suprema **que a todos** se aplica, **tanto** a governantes, **como** a governados, **quer** em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra.

Concluiu-se, *por tal razão*, **naquela decisão**, que o julgamento **de civis**, *por tribunais militares* (cortes marciais), **era inadmissível** nos locais **em que houvesse** tribunais civis **em pleno e regular funcionamento**:

> ***On the 10th day of May, 1865****, Lambden P. Milligan presented a petition to the Circuit Court of the United States for the District of Indiana, to be discharged from an alleged unlawful imprisonment (...).*
>
> ***Milligan insists*** *that said military commission had no jurisdiction to try him upon the charges preferred, or upon any charges whatever; because he was a citizen of the United States and the State of Indiana, and had not been, since the commencement of the late Rebellion, a resident of any of the States whose citizens were arrayed against the government, and that the right of trial by jury was guaranteed to him by the Constitution of the United States (...).*
>
> ***The importance of the main question*** *presented by this record cannot be overstated; for it involves the very framework of the government and the fundamental principles of American liberty.*
>
> *(...)*
>
> ***The controlling question in the case is this****: Upon the facts stated in Milligan's petition, and the exhibits filed, had the military commission mentioned in it jurisdiction, legally, to try and sentence him? Milligan, not a resident of one of the rebellious states, or a prisoner of war, but a citizen of Indiana for twenty years past and never in the military or naval service, is, while at his home, arrested by the military power of the United States, imprisoned, and, on certain criminal charges preferred against him, tried, convicted, and sentenced to be hanged by a military commission, organized under the direction of the military commander of the military district of Indiana. Had this tribunal the legal power and authority to try and punish this man?*

No graver question *was ever considered by this court, nor one which more nearly concerns the rights of the whole people; for it is the birthright of every American citizen when charged with crime, to be tried and punished according to law. The power of punishment is, alone through the means which the laws have provided for that purpose, and if they are ineffectual, there is an immunity from punishment, no matter how great an offender the individual may be, or how much his crimes may have shocked the sense of justice of the country, or endangered its safety. By the protection of the law human rights are secured; withdraw that protection, and they are at the mercy of wicked rulers, or the clamor of an excited people. If there was law to justify this military trial, it is not our province to interfere; if there was not, it is our duty to declare the nullity of the whole proceedings. The decision of this question does not depend on argument or judicial precedents, numerous and highly illustrative as they are. These precedents inform us of the extent of the struggle to preserve liberty and to relieve those in civil life from military trials. The founders of our government were familiar with the history of that struggle; and secured in a written constitution every right which the people had wrested from power during a contest of ages. By that Constitution and the laws authorized by it this question must be determined. The provisions of that instrument on the administration of criminal justice are too plain and direct, to leave room for misconstruction or doubt of their true meaning. Those applicable to this case are found in that clause of the original Constitution which says, "That the trial of all crimes, except in case of impeachment, shall be by jury"; and in the fourth, fifth, and sixth articles of the amendments (...).*

Have any of the rights guaranteed *by the Constitution been violated in the case of Milligan? and if so, what are they?*

(...)

But it is said *that the jurisdiction is complete under the "laws and usages of war".*

(...)

It is claimed that martial law *covers with its broad mantle the proceedings of this military commission. The proposition is this: that in a time of war the commander of an armed force (if in his opinion the exigencies of the country demand it, and of which he is to judge), has the power, within the lines of his military district, to suspend all civil rights and their remedies, and subject citizens as well as soldiers to the rule of his will; and in the exercise of his lawful authority cannot be restrained, except by his superior officer or the President of the United States.*

If this position is sound *to the extent claimed, then when war exists, foreign or domestic, and the country is subdivided into military departments for mere convenience, the commander of one of them can, if he chooses, within his limits, on the plea of necessity, with the approval of the Executive, substitute military force for and to the exclusion of the laws, and punish all persons, as he thinks right and proper, without fixed or certain rules.*

The statement of this proposition shows its importance*; for, if true, republican government is a failure, and there is an end of liberty regulated by law. Martial law, established on such a basis, destroys every guarantee of the Constitution, and effectually renders the "military independent of and superior to the civil power" – the attempt to do which by the King of Great Britain was deemed by our fathers such an offence, that they assigned it to the world as one of the causes which impelled them to declare their independence. Civil liberty and this kind of*

martial law cannot endure together; the antagonism is irreconcilable; and, in the conflict, one or the other must perish.

(...)

***It follows**, from what has been said on this subject, **that there are occasions** when martial rule can be properly applied. If, in foreign invasion or civil war, the courts are actually closed, and it is impossible to administer criminal justice according to law, then, on the theatre of active military operations, where war really prevails, there is a necessity to furnish a substitute for the civil authority, thus overthrown, to preserve the safety of the army and society; and as no power is left but the military, it is allowed to govern by martial rule until the laws can have their free course. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power. Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction. It is also confined to the locality of actual war.* [**Grifei**.]

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância **em face** do caráter de fundamentalidade **de que se reveste**, *em nosso sistema jurídico*, **o princípio do juiz natural**.

Com efeito, **o princípio da naturalidade do juízo** representa uma das *mais* importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e que condicionam** o desempenho, *por parte do poder público*, das funções de caráter penal-persecutório, **notadamente** quando exercidas em sede judicial.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**O Processo Penal na Atualidade**", "*in*" "Processo Penal e Constituição Federal", p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/Apamagis, São Paulo), **no sentido** de que, *ao rol de postulados básicos*, **deve acrescer-se** "*aquele do Juiz natural, contido no item n. LIII do art. 5º, que declara que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'*. ***É que autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto**, explícita ou implicitamente, **pois**, se assim não fosse, **a lei poderia burlar** as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, **criando outros órgãos** para o processo e julgamento de determinadas infrações*" (**grifei**).

A essencialidade do princípio do juiz natural **impõe** *ao Estado* **o dever de respeitar** essa garantia básica **que predetermina**, *em abstrato*, os órgãos judiciários **investidos** de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o princípio do juiz natural **reveste-se**, *em sua projeção político-jurídica*, **de dupla** função instrumental, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem, por titular, **qualquer** pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, **e**, **enquanto limitação insuperável**, *incide sobre os órgãos do poder* incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

Vê-se, *desse modo*, **que o postulado** da naturalidade do juízo, **ao qualificar-se** como prerrogativa individual ("*ex parte subjecti*"), tem, *por destinatário*

específico, o réu, **erigindo-se**, *em consequência*, como direito público subjetivo **inteiramente** oponível ao próprio Estado. Esse **mesmo** princípio, *contudo*, **se analisado** em perspectiva diversa, "*ex parte principis*", **atua** como **fator** de inquestionável **restrição** ao poder de persecução penal, **submetendo** *o Estado* **a múltiplas limitações inibitórias** de suas prerrogativas institucionais.

Isso significa que o postulado do juiz natural **deriva** de cláusula constitucional tipicamente *bifronte*, **pois**, *dirigindo-se* a **dois** destinatários distintos, *ora representa* um **direito do réu** (*eficácia positiva* da garantia constitucional), *ora traduz* uma **imposição** ao Estado (*eficácia negativa* dessa mesma garantia constitucional).

O princípio da naturalidade do juízo, *portanto*, **encerrando** uma garantia constitucional, **limita**, *de um lado*, os poderes do Estado (**impossibilitado**, *assim*, de instituir juízos "*ad hoc*" **ou** de criar tribunais de exceção) **e assegura** ao acusado, *de outro*, o direito ao processo perante autoridade competente, **abstratamente** designada na forma de lei **anterior** (vedados, *em consequência*, os juízos "*ex post facto*").

É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER – **após destacar** a importância histórica **e** político-jurídica do princípio do juiz natural – **acentua**, *com apoio no magistério* de JORGE FIGUEIREDO DIAS ("**Direito Processual Penal**", vol. 1/322-323, 1974, Coimbra), **que esse postulado constitucional** acha-se tutelado por garantias irredutíveis **que se desdobram**, "*na verdade*, ***em três conceitos***: **só são** *órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição;* ***ninguém pode*** *ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato;* ***entre*** *os juízes* ***pré****-constituídos* ***vigora*** *uma ordem taxativa de competências,* ***que exclui*** *qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja*" ("**O Processo em Sua Unidade – II**", p. 39, item n. 6, 1984, Forense – **grifei**).

O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** –, é que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judicial competente. **Nenhuma pessoa**, *em consequência*, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. A nova Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado –, **consagrou**, *agora de modo explícito*, **o postulado fundamental** *do juiz natural*. O art. 5º, LIII, da Carta Política **prescreve** que "***ninguém*** *será processado* ***nem*** *sentenciado* ***senão*** *pela autoridade competente*" (**grifei**).

A importância político-jurídica desse princípio essencial – **que traduz** uma das projeções concretizadoras da cláusula do "*due process of law*" – **foi acentuada** pelo autorizado magistério de eminentes autores, **tais como** ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**O Processo em sua unidade – II**", p. 3/4, 1984, Forense), GIUSEPPE SABATINI ("**Principii Costituzionali del Processo Penale**", p. 93/131, 1976, Napoli), TAORMINA ("**Giudice naturale e processo penale**", p. 16, 1972, Roma), JOSÉ CIRILO DE VARGAS ("**Processo Penal**

e Direitos Fundamentais", p. 223/232, 1992, Del Rey Editora), MARCELO FORTES BARBOSA ("**Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**", p. 80/81, 1993, Malheiros) **e** ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ("**Constituição de 1988 e Processo**", p. 30/32, item n. 10, 1989, Saraiva).

O exame da impetração **revela** que o ora paciente **é civil**, havendo sido denunciado, pelo Ministério Público Militar, **como autor** de *suposta* prática delituosa, *de natureza castrense*, **tipificada** no art. 299 do Código Penal Militar **e que teria** sido alegadamente cometida em ambiente **estranho** ao da administração das Forças Armadas.

Sustenta-se que o delito **atribuído** ao ora paciente **teria ocorrido** "*quando uma equipe de militares do Exército realizava genuína atividade de policiamento*", **cuja natureza**, por envolver **típica** atividade de *segurança pública*, **afastaria** o ilícito penal em questão **da esfera** de competência penal da Justiça Militar da União, **fazendo instaurar**, *ao contrário*, **por efeito** do que dispõe o art. 109, **inciso** IV, da Constituição, a competência penal da Justiça Federal **comum**.

Impende registrar, *por necessário*, que esta Suprema Corte, **defrontando-se** *com situação assemelhada* à exposta nesta **sede** processual, **por não considerar** a atividade de policiamento ostensivo *função de natureza militar*, **reconheceu a incompetência absoluta** da Justiça Castrense para processar e julgar *civis* que, *em tempo de paz*, tivessem *alegadamente* cometido fatos que, **embora** em tese delituosos, **não se subsumem** à descrição abstrata dos elementos **que compõem** a estrutura jurídica *dos tipos penais militares* (**CC 7.030/SC**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **HC 68.928/PA**, rel. min. NÉRI DA SILVEIRA – **HC 101.471/PA**, rel. min. AYRES BRITTO, *v.g.*):

> "***HABEAS CORPUS***". **PACIENTE ACUSADO DE DESACATO E DESOBEDIÊNCIA PRATICADOS CONTRA SOLDADO DO EXÉRCITO *EM SERVIÇO EXTERNO DE POLICIAMENTO DE TRÂNSITO, NAS PROXIMIDADES DO PALÁCIO DUQUE DE CAXIAS, NO RIO DE JANEIRO***.
>
> ***Atividade que não pode ser considerada função de natureza militar**, para efeito de caracterização de crime militar, **como previsto** no art. 9º, III, "d", do Código Penal Militar.*
>
> ***Competência da Justiça comum**, para onde deverá ser encaminhado o processo criminal.*
>
> ***"Habeas corpus" deferido.*** [**HC 75.154/RJ**, rel. min. ILMAR GALVÃO – **Grifei**.]

Desse modo, e considerados **os precedentes** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise, **reconheço configurada**, no caso, *a absoluta incompetência* da Justiça Militar da União **para processar e julgar** o ora paciente, *que é civil*, **a quem** se imputou a prática de delito que, *evidentemente*, **não** se qualifica como crime enquadrável na competência penal desse ramo especializado do Poder Judiciário da União.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas **e acolhendo** a diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Corte Suprema, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para invalidar** o procedimento penal **instaurado** contra o ora paciente **perante** a Justiça Militar da União (**Processo** 182-44.2011.7.01.0401 – 4ª Auditoria da 1ª CJM), **desde** a denúncia, *inclusive*, **sem prejuízo** da renovação da "*persecutio criminis*" **perante** órgão judiciário competente da Justiça Federal comum, **contanto** que *ainda não consumada* a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado.

A **presente** decisão **deverá** ser comunicada ao e. Superior Tribunal Militar (**HC** 195-12.2011.7.00.0000/RJ) **e** ao senhor juiz-auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM (**Processo** 182-44.2011.7.01.0401), **para que os autos** do Procedimento Ordinário em questão **sejam remetidos** ao e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para que, **mediante** regular distribuição, sejam eles encaminhados a uma das varas federais criminais competentes na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 112.936/RJ — Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Weslley da Silva Cordeiro. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor público-geral federal). Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, para invalidar o procedimento penal instaurado contra o ora paciente perante a Justiça Militar da União (Processo 182-44.2011.7.01.0401 – 4ª Auditoria da 1ª CJM), desde a denúncia, inclusive, sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis* perante órgão judiciário compente da Justiça Federal comum, contanto que ainda não consumada a prescrição penal da pretensão punitiva do Estado. Determinou, ainda, que os autos do procedimento ordinário em questão sejam remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para que, mediante regular distribuição, sejam eles encaminhados a uma das varas federais criminais compententes na cidade do Rio de Janeiro/RJ, nos termos do voto do relator. Falou, pelo Ministério Público Federal, o dr. Mário José Gisi.

Presidência do ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 5 de fevereiro de 2013 — Fabiane Duarte, secretária.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 291.822 — RS

Relator: O sr. ministro Marco Aurélio

Recorrentes: Federação dos Contabilistas do Estado do Rio Grande do Sul e outros — Recorrido: Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul – Sindiconta/RS

Devido processo legal – Pauta – Julgamento – Interrupção – Pedido de vista. Fica longe de vulnerar o devido processo legal o fato de a sequência do julgamento, interrompido ante pedido de vista, acontecer sem nova publicação da pauta, desde que haja intervalo razoável.

Devido processo legal – Juntada de documento – Ciência da parte contrária. Despicienda é a juntada de documentos sem vista à parte contrária, quando não levados em conta na decisão proferida e a vinda ao processo tenha ocorrido entre a prolatação do voto do relator e a continuidade do julgamento, presente o interregno resultante de pedido de vista.

Sindicato – Reunião de categorias que guardam afinidade – Desmembramento. A impossibilidade de desmembramento de sindicato, considerados segmentos diversos, decorre da circunstância de as categorias terem regência legal única, não alcançando categorias simplesmente conexas ou afins, quando prevalece a liberdade de associação. Precedente: RMS 21.305/DF, por mim relatado no Plenário, acordão publicado no *Diário da Justiça* de 29 de novembro de 1991.

Sindicato – Existência jurídica. O registro versado no inciso I do art. 8º da Constituição Federal é o civil das pessoas jurídicas, não se podendo cogitar de observância da formalidade presente poder ou órgão público, ou seja, o Ministério do Trabalho.

Organização sindical – Categorias afins – Contabilistas e contadores. Mostra-se possível o desmembramento do sindicato se referente a categoria específica no que o primitivo englobava contabilistas e contadores – inteligência do Diploma Maior da República, a nortear a disciplina normativa ordinária, revelando recepcionado o art. 571, primeira parte, da Consolidação das Leis do Trabalho, não subsistindo a exigência de autorização da Comissão do Enquadramento Sindical.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em negar provimento ao recurso

extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 29 de novembro de 2011 — Marco Aurélio, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível 594073728, entendeu focar-se a discussão na liberdade e na unicidade sindical, ante o disposto no art. 8º, II, da Constituição Federal. Consignou estar-se diante da criação de um novo sindicato, cujo efeito concreto é o desmembramento do sindicato titular. Decidiu ser possível o fenômeno em uma mesma categoria profissional, dentro de determinada base territorial, respeitando-se a área mínima de um município. Afastou o argumento de afronta ao princípio da unicidade sindical. A dissociação referir-se-ia a classes ecléticas, constituídas de atividades ou profissões específicas, mas conexas ou similares, no caso, contadores e técnicos em contabilidade. Concluiu que, após a criação do novo sindicato, relativo aos contadores, cessaria a representatividade do antigo órgão de classe, independente de exclusão por ato formal.
>
> Os embargos de declaração protocolados foram desprovidos.
>
> No extraordinário interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, os recorrentes articulam com violação aos arts. 5º, LV e LX; 8º, I, II e V; 93, IX, do Diploma Maior. Sustentam o cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação para se manifestarem quanto a documento apresentado pelos recorridos, circunstância que lhes teria ocasionado prejuízo processual. Asseveram a inexistência de publicação da pauta com vista à continuidade do julgamento, apesar de expressamente requerida. Anotam a inconstitucionalidade da criação de um sindicato dos contadores, em face de o Sindicato dos Contabilistas abranger bacharéis e técnicos em contabilidade e de a Carta da República estabelecer o princípio do sindicato por categoria e não por função. Afirmam descaber a possibilidade de os próprios substituídos virem a escolher a qual categoria pertencem. Arguem não ser o princípio da liberdade sindical ilimitado. Salientam ter o Supremo firmado entendimento de que o Ministério de Estado do Trabalho é o órgão estatal competente para o registro que confere o caráter sindical, resultando inválido o mero registro civil. Citam como precedente o RMS 21.305/DF, da relatoria de Vossa Excelência.
>
> O recorrido, nas contrarrazões, apontou o acerto da decisão atacada. Explicita que, no campo contábil, existem dois profissionais distintos reconhecidos por lei: o contador e o técnico em contabilidade. Defende a impossibilidade de confundir-se categoria com função, pois aquela consubstancia o conjunto de pessoas que exercem determinadas funções dentro de um âmbito profissional. Aduz ser contador uma categoria, na qual são realizadas auditoria, perícia, avaliação, consultoria, entre outras. Reitera não fazerem os contadores e os técnicos em contabilidade parte da mesma classe ante o fato de a legislação designar-lhes atribuições distintas – Decreto-Lei 7.988/1945 e Lei 3.384/1958. Os contadores graduam-se

nas Faculdades de Ciências Contábeis, e os técnicos, em cursos profissionalizantes, sendo os sucessores dos chamados guarda-livros.

O extraordinário foi admitido na origem (fls. 958 a 964).

Por decisão do ministro Celso de Mello, relator originário, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República (fl. 1317).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da subprocuradora-geral da República Helenita Caiado de Acioli, manifestou-se pelo provimento do recurso. Alude à contrariedade ao entendimento do Supremo de que somente o registro posterior no Ministério de Estado do Trabalho é apto a constituir uma entidade sindical. Ressalta que o técnico faz parte da categoria geral de contadores, por força do art. 2º do Decreto-Lei 9.295/1946, devendo a questão ser vista sob o aspecto do "gênero" e não da "especialidade".

Em 17 de março de 2006, o ministro Celso de Mello deu provimento ao extraordinário nos seguintes termos (fls. 1353 a 1360):

> *Decisão*: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão, que, emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu ser, a parte ora recorrida, "(...) o único representante sindical da categoria dos contadores, dentro da sua base territorial (...)" (fl. 558).
>
> Sustenta-se, na presente sede recursal, que o Tribunal de Justiça local teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.
>
> O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre subprocuradora-geral da República, dra. *Helenita Caiado de Acioli*, ao opinar pelo conhecimento e provimento do apelo extremo, assim resumiu e expôs a controvérsia instaurada nesta sede recursal (fls. 1333, 1337/1341):
>
> > *"***Recurso extraordinário**. **Criação de novo sindicato** *na mesma base territorial.* **Pluralismo sindical**. **Afronta** *ao art. 8º da Lei Maior.* **Desmembramento** *de categoria diferenciada.* **Decreto-Lei 9.295/1996**. *Registro do ato constitutivo arquivado no Ministério do Trabalho.* **Precedentes** *da Suprema Corte.*
> >
> > **Parecer** pelo conhecimento e provimento do recurso.
> >
> > (...)
> >
> > **14. Segundo estabelece** o art. 5º, XVII, da Constituição Federal, 'é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar', e o inciso XVIII garante que 'a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento'. Mais adiante, o inciso XX preconiza que 'ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado'.
> >
> > **15. Como se vê**, a Constituição Federal de 1988 consagrou no Capítulo 'Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos' a regra da plena liberdade de associação para fins lícitos e, como caso especial, outra correspondente à da liberdade profissional e sindical (CF, art. 8º).
> >
> > **16. Com efeito**, a ampla liberdade de associação profissional ou sindical constitui princípio geral, determinando o art. 8º, I e II, da Constituição Federal o registro dos atos constitutivos da entidade no órgão competente e a observância da unicidade sindical, ao dispor, *in verbis*:
> >
> > **Art. 8º** (...)
> >
> > **I – a lei não poderá exigir a autorização do Estado** para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão

competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, **em qualquer grau**, representativa de categoria profissional ou econômica, **na mesma base territorial**, em que será definida pelos trabalhadores ou empregados interessados, **não podendo** ser inferior à área de um município.

17. Acresce notar que, **segundo entendimento** esposado pela Excelsa Corte, **somente** o Ministério do Trabalho tem condições de avaliar, com base nos dados contidos em seus arquivos, a observância desses requisitos (**nesse sentido: RE 146.822**, Segunda Turma, eminente ministro relator **Paulo Brossard, DJ** de 15-4-1994, p. 5049, entre outros).

18. Postas essas considerações, verifica-se, primeiramente, **que o acórdão recorrido, ao decidir** que 'o registro de ato constitutivo de entidades sindicais far-se-á no ofício do Registro Civil das Pessoas jurídicas' (fl. 556), **contrariou o entendimento** do Supremo Tribunal Federal.

19. Por outro lado, a decisão impugnada **inobservou a regra inscrita no inciso II do art. 8º** da Lei Maior, **já que o técnico em contabilidade faz parte da categoria geral de contadores** por força do art. 2º do Decreto-Lei 9.295/1946, **que regulamenta** atividade profissional na área contábil, **cujo teor se reproduz**: 'A fiscalização de exercício da profissão de contabilista, assim entendendo-se os profissionais habilitados como contadores e técnicos em contabilidade (...)'.

20. O fato de o acórdão recorrido ter decidido que para o contador se exige, necessariamente, diploma de curso superior e para o técnico em contabilidade apenas o de nível médio, cada um com atribuições exclusivas, o que tornaria viável a criação de um novo sindicato deste último, não parece a melhor exegese do art. 2º do Decreto-Lei 9.295/1946, **uma vez que inexistem**, na espécie, **duas categorias** de trabalhadores **que possam ensejar** o seu fracionamento. **Destarte**, a profissão ora em análise **tem que ser vista** pelo gênero e não pela especialidade porquanto ambas fazem parte do ramo das ciências contábeis.

21. Sobreleva notar, ainda, o disposto no art. 511, § 3º, da CLT, **recepcionado** pela Constituição Federal, **que define** a categoria profissional diferenciada como sendo a que se forma de empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas em razão de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

22. Ora, considerando que a profissão de contador constitui uma categoria única, com regulamento próprio, **dela fazendo** parte, como visto, **os técnicos em contabilidade**, seria inviável o seu desdobramento sem ofensa ao princípio da unicidade sindical.

23. À toda evidência, a criação **de um novo** sindicato, o Sindicato dos Técnicos de Contabilidade, **na mesma base territorial, levaria ao pluralismo sindical**, tão nocivo aos interesses dos trabalhadores, haja vista o enfraquecimento da categoria em relação ao sindicato patronal.

24. A propósito do tema, vale destacar o acórdão proferido pelo eminente ministro **Marco Aurélio**, *in verbis*:

> **Criação por desmembramento – Categoria diferenciada**. A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. **Tratando-se de categoria diferenciada**, definida à luz do disposto no § 3º do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, **descabe cogitar de desdobramento**, por iniciativa dos interessados, **consideradas** as funções exercidas pelos sindicalizados. O disposto no parágrafo único do art. 570 do referido Diploma aplica-se às hipóteses de existência de categorias similares ou conexas e não de categoria diferenciada, muito embora congregando trabalhadores e empregadores diz respeito à base territorial do sindicato – art. 8º, II, da Constituição Federal e não à categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas. Mostra-se contrária ao princípio da unicidade sindical a criação de ente que implique desdobramento de categoria disciplinada em lei como única (...) (*RTJ* 137/1131).
>
> **Isto posto**, o parecer **é pelo conhecimento e provimento** do recurso." (Grifei.)

Passo a apreciar a postulação recursal ora deduzida na presente causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, quando sustenta que o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça local transgrediu o art. 8º, I e II, da Constituição da República.

Cumpre assinalar, desde logo, o fato de que o Tribunal ora recorrido – ao decidir que "O registro do ato constitutivo de entidades sindicais faz-se no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas" (fl. 556), mostrando-se desnecessária, em consequência, a efetivação ulterior desse mesmo ato registral no Ministério do Trabalho (fl. 556/558) – dissentiu, frontalmente, do entendimento jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, cuja orientação, no tema, firmada em 1992 (MI 144/SP, rel. min. *Sepúlveda Pertence*, *RTJ* 147/868-869), tem sido observada em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte (*RTJ* 152/782, rel. min. *Celso de Mello* – *RTJ* 153/273-274, rel. min. *Paulo Brossard* – *RTJ* 159/661, rel. min. *Sepúlveda Pertence* – MI 388/SP, rel. min. *Néri da Silveira* – RE 146.822-EDv-AgR/DF, rel. min. *Moreira Alves*), valendo referir, no ponto, a decisão do Supremo consubstanciada em acórdão assim ementado:

> *Registro sindical e liberdade sindical*.
>
> – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no art. 8º, I, da Carta Política – e tendo presentes as várias posições assumidas pelo magistério doutrinário (uma, que sustenta a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra, que se satisfaz com o registro personificador no Ministério do Trabalho e a última, que exige o duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical) –, firmou orientação no sentido de que não ofende o texto da Constituição a exigência de registro sindical no

Ministério do Trabalho, órgão este que, sem prejuízo de regime diverso passível de instituição pelo legislador comum, ainda continua a ser o órgão estatal incumbido de atribuição normativa para proceder à efetivação do ato registral. Precedente (...).

– O registro sindical qualifica-se como ato administrativo essencialmente vinculado, devendo ser praticado pelo ministro do Trabalho, mediante resolução fundamentada, sempre que, respeitado o postulado da unicidade sindical e observada a exigência de regularidade, autenticidade e representação, a entidade sindical interessada preencher, integralmente, os requisitos fixados pelo ordenamento positivo e por este considerados como necessários à formação dos organismos sindicais. (*RTJ* 159/413-414, rel. min. *Celso de Mello*, Pleno.)

Essa orientação jurisprudencial, hoje consagrada no enunciado constante da Súmula 677/STF, de que claramente divergiu o Tribunal de Justiça ora recorrido, nada mais reflete senão o reconhecimento de que, embora a entidade sindical possa constituir-se independentemente de prévia autorização governamental – eis que é plena a sua autonomia jurídico-institucional em face do Estado (CF, art. 8º, I) –, a Constituição não vedou a participação estatal no procedimento administrativo de efetivação, mediante ato vinculado, do registro sindical.

O eminente ministro *Xavier de Albuquerque*, em magnífico estudo sobre essa especial questão jurídica (*LTr*, vol. 53/11, p. 1273/1285), após resenhar as várias posições assumidas pela doutrina – uma, sustentando a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra, satisfazendo-se apenas com o registro personificador no Ministério do Trabalho, e a última, exigindo duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical –, expendeu magistério definitivo a propósito do tema, enfatizando, com absoluta correção, com apoio nas lições, dentre outros, de *Amauri Mascaro Nascimento* (Organização sindical na perspectiva da Constituição. *LTr*, vol. 52/1, p. 5-15), de *Octavio Bueno Magano* (A organização sindical na nova Constituição. *LTr*, vol. 53/1, p. 38-43) e de *Eduardo Gabriel Saad* (*Constituição e direito do trabalho*, p. 178-179 e 226, 1989), que a necessidade do registro sindical não se expõe à cláusula constitucional que proíbe a exigência da autorização estatal para que se possam fundar organismos sindicais.

Vê-se, pois, considerado esse primeiro aspecto da controvérsia constitucional em exame, que o acórdão ora questionado na presente sede recursal extraordinária não pode subsistir.

Há, ainda, no entanto, um outro fundamento cujo relevo jurídico-constitucional foi bem ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 1339/1340):

"19. **Por outro lado**, a decisão impugnada **inobservou a regra inscrita no inciso II do art. 8º** da Lei Maior, **já que o técnico em contabilidade faz parte da categoria geral de contadores** por força do art. 2º do Decreto-Lei 9.295/1946, **que regulamenta** atividade profissional na área contábil, **cujo teor se reproduz**: 'A fiscalização de

exercício da profissão de contabilista, assim entendendo-se os profissionais habilitados como contadores e técnicos em contabilidade (...)'.

20. **O fato de o acórdão recorrido** ter decidido que para o contador se exige, necessariamente, diploma de curso superior e para o técnico em contabilidade apenas o de nível médio, cada um com atribuições exclusivas, o que tornaria viável a criação de um novo sindicato deste último, não parece a melhor exegese do art. 2º do Decreto-Lei 9.295/1946, **uma vez que inexistem**, na espécie, **duas categorias** de trabalhadores **que possam ensejar** o seu fracionamento. Destarte, a profissão ora em análise **tem que ser vista** pelo gênero e não pela especialidade porquanto ambas fazem parte do ramo das ciências contábeis.

21. **Sobreleva notar**, ainda, o disposto no art. 511, § 3º, da CLT, **recepcionado** pela Constituição Federal, **que define** a categoria profissional diferenciada como sendo a que se forma de empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas em razão de estatuto profissional especial **ou** em consequência de condições de vida singulares.

22. **Ora, considerando que a profissão de contador** constitui uma categoria única, com regulamento próprio, **dela fazendo** parte, como visto, **os técnicos em contabilidade**, seria inviável o seu desdobramento sem ofensa ao princípio da unicidade sindical.

23. **À toda evidência**, a criação **de um novo** sindicato, o Sindicato dos Técnicos de Contabilidade, **na mesma base territorial**, **levaria ao pluralismo sindical**, tão nocivo aos interesses dos trabalhadores, haja vista o enfraquecimento da categoria em relação ao sindicato patronal." (**Grifei**.)

Como precedentemente salientado, assiste plena razão ao Ministério Público Federal também na passagem de seu douto pronunciamento, na qual reconhece vulnerada a cláusula inscrita no inciso II do art. 8º da Constituição da República.

Com efeito, sustenta-se, nesta sede recursal, que, tratando-se de contador e de técnico em contabilidade vinculados a uma mesma entidade fiscalizadora (o Conselho Regional de Contabilidade), tornar-se-á infringente do princípio da unicidade sindical o ato que objetivar a constituição de entidade representativa somente dos contadores, estruturada em base territorial na qual já atue, como sucede no caso, organismo sindical que represente os integrantes da categoria dos Contabilistas, gênero de que são espécies os contadores e os técnicos em contabilidade.

Cabe ter presente, neste ponto, o que dispõe o Decreto-Lei 9.295/1946, que, ao regulamentar a atividade profissional na área contábil, expressamente prescreveu que a profissão de contabilista – que constitui categoria profissional diferenciada (CLT, art. 511, § 3º) – abrange "os profissionais habilitados como contadores **e** técnicos em contabilidade (...)" (art. 2º – Grifei).

Esse dado particular – vale dizer, a circunstância de o profissional contabilista (que compreende tanto o contador quanto o técnico em contabilidade) constituir uma categoria profissional diferenciada, legalmente disciplinada como única (DL 9.295/1946, art. 2º) – assume relevo jurídico na resolução da presente controvérsia, pois o Supremo Tribunal Federal, ao versar o tema concernente à criação de organização sindical, na hipótese de categoria profissional diferenciada, e tendo em perspectiva o

postulado constitucional da unicidade sindical, assim decidiu tal questão (*RTJ* 137/1131, rel. min. *Marco Aurélio*):

> "**Criação por desmembramento – Categoria diferenciada**. A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. **Tratando-se de categoria diferenciada**, definida à luz do disposto no § 3º do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, **descabe** cogitar de desdobramento, por iniciativa dos interessados, consideradas as funções exercidas pelos sindicalizados. **O disposto no parágrafo único do art. 570** do referido Diploma **aplica-se** às hipóteses de existência de categorias similares ou conexas **e não de categoria diferenciada**, muito embora congregando trabalhadores que possuem funções diversas. A definição atribuída aos trabalhadores e empregadores diz respeito à base territorial do sindicato – art. 8º, II, da Constituição Federal e não à categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas. **Mostra-se contrária ao princípio da unicidade sindical a criação de ente que implique desdobramento de categoria disciplinada em lei como única** (...)." (Grifei.)

Cumpre não desconhecer, no ponto, ante a pertinência de sua aplicabilidade ao caso, a advertência emanada desta Suprema Corte, no sentido de que "A **inviabilidade** do surgimento de sindicato específico **corre à conta** das chamadas **categorias diferenciadas**, no que submetidas a estatuto único, considerada a prestação de serviços (...)". (*RTJ* 176/943, rel. min. *Marco Aurélio* – Grifei.)

Se é certo que, em princípio, a lei não pode impedir a criação e o surgimento de novas entidades sindicais, considerada a cláusula constitucional que consagra a liberdade de associação (CF, art. 8º, *caput*), não é menos exato – consoante proclamou o Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 129/1045, rel. min. *Célio Borja* – *RTJ* 153/273-274, rel. min. *Paulo Brossard*) – que o direito de associação sofre as restrições ditadas pelo postulado da unicidade sindical (CF, art. 8º, II), de tal modo que, havendo duas entidades sindicais referentes à mesma categoria profissional, com identidade de base territorial, como sucede na espécie, deverá prevalecer aquela primeiramente constituída e titular de registro sindical efetivado em momento anterior (*RTJ* 180/1104-1105, rel. min. *Nelson Jobim*), em ordem a prestigiar a fórmula segundo a qual "*prior in tempore, potior in jure*".

Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 1333/1341), conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se.

O Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul (SINDICONTA/RS) interpôs agravo regimental contra a aludida decisão (fls. 1363 a 1386).

Instado a pronunciar-se, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da subprocuradora-geral da República Sandra Cureau, manifestou-se pelo

provimento do regimental, sustentando a diferença entre as categorias de contador e de técnico em contabilidade (fls. 1404 a 1408).

Em 1º de fevereiro de 2007, o ministro Celso de Mello declarou-se suspeito por razões de foro íntimo, conforme previsão do art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil (fl. 1475).

Houve a redistribuição do processo a Vossa Excelência em 5 de março de 2007 (fl. 1418).

Por meio da decisão de fls. 1435 e 1436, Vossa Excelência reconsiderou o provimento do extraordinário:

> *Unicidade sindical mitigada – Crivo do Colegiado*.
>
> 1. Por meio do ato de fls. 1353 a 1360, foi acolhido o pleito formulado no extraordinário e julgado procedente o pedido inicial, relativo à impossibilidade de criação do sindicato dos contadores.
>
> No agravo de fls. 1363 a 1386, o Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul (SINDICONTA/RS) argumenta que o pronunciamento implica afronta ao princípio constitucional da liberdade de associação sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta da República. Sustenta que o extraordinário nem merecia ultrapassar a barreira do conhecimento, diante da evidente pretensão dos recorrentes de obter o reexame de matéria fática e em razão do envolvimento de tema legal. Alude à pertinência dos Verbetes nos 279 e 636 da Súmula desta Corte.
>
> Em seguida, discorre sobre a existência de duas categorias profissionais autônomas: a de contador e de técnico em contabilidade. Aduz que, ao contrário do que registrado na decisão atacada, no julgamento do MS 21.305/DF, de minha relatoria, apenas se "vedou a constituição do Sindicato dos Pilotos da Aviação Comercial porque os pilotos, além de não representarem uma profissão em si, assim definida pela legislação específica, tal profissão (*sic*) também não era reconhecida como uma categoria diferenciada no quadro do art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho. A profissão lá elencada era a dos aeronautas" (fl. 1376). Com relação ao caso concreto, reafirma a existência de duas profissões distintas, a dos contadores e a dos técnicos em contabilidade, e ressalta que (fl. 1378):
>
> > alegar que *contabilista* representa uma categoria diferenciada, que não comporta a constituição de sindicatos específicos para cada profissão – *contador e técnico em contabilidade* – significa atentar não apenas contra a CLT e as normas que regulamentam as referidas profissões, como também contra o próprio preceito constitucional da liberdade de associação sindical (art. 8º, I/CF).
>
> Evoca o Decreto-Lei 9.295/1946, a Resolução CFC 496/1979 e o art. 1º da Lei 3.384/1958. Transcreve trechos do voto proferido pelo ministro Carlos Velloso no julgamento do AI 524.983-AgR/RJ, no qual envolvida situação análoga à presente, relativa a enfermeiros e técnicos e auxiliares de enfermagem.
>
> A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 1404 a 1408, preconiza o provimento do agravo.
>
> Os agravados, na contraminuta de fls. 1422 a 1430, salientam o acerto da conclusão adotada no ato impugnado, porquanto o profissional da contabilidade se denomina contabilista. Citam precedentes jurisprudenciais.

2. Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente constituído (fls. 934 e 982), restou protocolada no quinquídio.

Conforme ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, o quadro está a ensejar o crivo de Colegiado da Corte quanto ao tema veiculado no recurso extraordinário, de modo a viabilizar a possibilidade de os interessados procederem à sustentação oral. Processo a processo, caso a caso, o Supremo há de definir o alcance da unicidade sindical versada no art. 8º, II, da Constituição Federal.

3. Reconsidero a decisão proferida, formalizada pelo meu antecessor, para que o extraordinário tenha o regular seguimento e venha a ser submetido ao Colegiado.

4. Publiquem.

Informo ter o Superior Tribunal de Justiça negado provimento ao Recurso Especial 112.190/RS, interposto pelo ora recorrente, em acórdão assim ementado:

Processual – Recurso especial – Divergência – Acórdão do Supremo Tribunal Federal – Matéria constitucional – Sindicato dos contabilistas – Sindicato dos contadores – Dissociação (CLT, art. 571) – Ofensa inexistente.

I – O STJ não compõe dissídio pretoriano, em que o paradigma é acórdão do Supremo Tribunal Federal, tomado em recurso extraordinário.

II – Não ofende o art. 571 da CLT, acórdão que declara lícita a dissociação de sindicato, louva-se no art. 1º, alíneas *a* e *b*, do DL 9.295/46, para afirmar que não existe a profissão de contabilista, mas convivem duas categorias legalmente diferenciadas, atuando na área contábil.

Anoto ser o extraordinário anterior à vigência do sistema da repercussão geral.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado devidamente credenciado (fls. 24 e 544), restou protocolada no prazo assinado em lei. A publicação do acórdão impugnado ocorreu em 15 de abril de 1996, segunda-feira (fl. 846), vindo à balha a manifestação do inconformismo em 30 de abril seguinte, terça-feira (fl. 883). Conheço.

Relativamente ao devido processo legal, observem que o recurso apreciado pelo Tribunal de Justiça entrou em pauta, ganhando o fenômeno publicidade, em 7 de fevereiro de 1995. Deu-se início, nessa data, ao julgamento. Após o voto do relator provendo o recurso, pediu vista o revisor. Houve a retomada do julgamento em 2 de maio imediato.

Conforme ressaltado no pronunciamento decorrente dos embargos declaratórios, o próprio Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê que, ante pedido de vista, o processo permanece em pauta. Em outras palavras: pode ser julgado em qualquer das sessões subsequentes, como no caso, muito embora depois do interregno de quase sessenta dias.

No tocante ao problema do documento juntado, ficou esclarecido que isso aconteceu após o voto do relator, não tendo influenciado a maioria formada. Vale frisar que o Superior Tribunal de Justiça não deu provimento ao recurso especial interposto.

Quanto à matéria de fundo propriamente dita, atentem para a liberdade de associação prevista no inciso XVII do art. 5º da Constituição Federal. Sendo esta um grande todo, nota-se a mitigação do princípio da unicidade sindical. O art. 8º da Lei Maior revela livre associação profissional ou sindical e encerra a desnecessidade da autorização do Estado para a criação de sindicato, remetendo ao registro no órgão competente, vedada a interferência e a intervenção do poder público. A alusão a registro no órgão competente direciona àquele das pessoas jurídicas e, no acórdão proferido, ficou consignada a ocorrência. No inciso II do citado art. 8º, apenas há obstáculo ao surgimento do mesmo sindicato em área geográfica representada por município. Então, desde que o novo sindicato seja criado em município diverso, é possível placitá-lo.

Conforme fez ver o Tribunal de Justiça – e a premissa fática mostra-se inafastável –, na espécie, ocorreu o desdobramento de categorias profissionais afins, ou seja, separaram-se os contadores dos contabilistas. Antes, o Sindicato dos Contabilistas de Porto Alegre, o Sindicato dos Contabilistas de Canoas e o Sindicato dos Contabilistas de Pelotas, congregados sob a Federação dos Contabilistas do Rio Grande do Sul, representavam não só os contabilistas como também os contadores. Consoante assentou o Tribunal de Justiça, viável seria o desdobramento, com a criação de sindicato próprio aos contadores. Pertinente é a lição do mestre Amauri Mascaro Nascimento transcrita no acórdão impugnado no que, presente a reunião de categorias em um mesmo sindicato, dá-se a possibilidade de virem a implementar a dissociação:

> A dissociação ou desmembramento de categorias ecléticas, assim caracterizadas porque são constituídas de atividades ou profissões específicas, mas, também, conexas ou similares, é perfeitamente possível, nada impedindo o desmembramento, passando a constituir uma categoria própria, específica. O art. 571 da Consolidação das Leis do Trabalho dá respaldo à dissociação. [*Direito sindical*. 2. ed., p. 243.]

A origem da junção, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, é única, ou seja, o somatório de forças considerados segmentos afins que não teriam, inicialmente, como formarem, isoladamente, entidade sindical. Não cabe evocar o que decidido quando do julgamento do RMS 21.305, do qual fui relator. No caso, havia categoria diferenciada, englobando segmentos, com regência normativa própria, unificada. Por isso prevaleceu a óptica sobre a inviabilidade de desmembramento. Eis a ementa do acórdão do Plenário, publicada no *Diário da Justiça* de 29 de novembro de 1991:

> *Criação por desmembramento – Categoria diferenciada*. A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. Tratando-se de categoria diferenciada, definida à luz do disposto no § 3º do art. 511

da Consolidação das Leis do Trabalho, descabe cogitar de desdobramento, por iniciativa dos interessados, consideradas as funções exercidas pelos sindicalizados. O disposto no parágrafo único do art. 570 do referido diploma aplica-se às hipóteses de existência de categorias similares ou conexas e não de categoria diferenciada, muito embora congregando trabalhadores que possuem funções diversas. A definição atribuída aos trabalhadores e empregadores diz respeito à base territorial do sindicato – art. 8º, II, da Constituição Federal – e não à categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas. Mostra-se contrária ao princípio da unicidade sindical a criação de ente que implique desdobramento de categoria disciplinada em lei como única. Em vista da existência do Sindicato Nacional dos Aeronautas, a criação do Sindicato Nacional dos Pilotos da Aviação Civil não subsiste, em face da ilicitude do objeto. Segurança concedida para cassar-se o ato do registro no Ministério do Trabalho.

Na situação em debate, não se trata da unicidade que norteou o julgamento referido. Inexiste lei a disciplinar, de forma una, as categorias profissionais dos contabilistas e dos contadores, valendo notar distinção substancial entre elas no que a última, ao contrário da anterior, pressupõe integrantes com nível superior.

Concluo – ante as peculiaridades do caso, as premissas fáticas, irremovíveis, constantes do acórdão impugnado – pela improcedência do inconformismo dos recorrentes. Desprovejo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhora presidente, nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE 217.328, que era lícito, no caso de ficar evidenciada a diferenciação entre as espécies de trabalhadores, mesmo sendo conexas – que é este caso –, há a possibilidade de desmembramento sindical. E aqui também há exatamente essa premissa, quando se assenta que a diversidade de interesse e a possibilidade de conflito entre eles restaram apuradas pelo acórdão, cuja revisão, nesta Sede, encontra óbice na Súmula 279 desta Corte. Inadmissibilidade da exigência de obediência às prescrições estatutárias da Federação mais antiga, tendo em vista a garantia da liberdade de instituição da nova entidade.

Então, com esses fundamentos, acompanho integralmente o ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

RE 291.822/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Federação dos Contabilistas do Estado do Rio Grande do Sul e outros (Advogados: Roberto Ozelame Ochoa e outros). Recorrido: Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul – Sindiconta/RS (Advogados: Athanásios G. Flessas e outros, Luciano Brasileiro de Oliveira e Cássio Eduardo Dias Marques).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Unânime. Falaram: o dr. Roberto Ozelame Ochoa, pelos recorrentes, e o dr. Athanásios Georgio Flessas, pelo recorrido. 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, 29 de novembro de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 405.579 — PR

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: União — Recorrida: Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. – GINAP

Constitucional. Tributário. Imposto de importação. Pneus. Benefício fiscal. Redução de 40% do valor devido nas operações realizadas por montadoras. Pedido de extensão a empresa da área de reposição de pneumáticos por quebra da isonomia. Impossibilidade.

Lei federal 10.182/2001. Constituição Federal (arts. 37 e 150, II). Código Tributário Nacional (art. 111).

Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica.

No caso em exame, a eventual conclusão pela inconstitucionalidade do critério que se entende indevidamente restritivo conduziria à inaplicabilidade integral do benefício fiscal. A extensão do benefício àqueles que não foram expressamente contemplados não poderia ser utilizada para restaurar a igualdade de condições tida por desequilibrada.

Precedentes.

Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro 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 recurso contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 1º de dezembro de 2010 — Joaquim Barbosa, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional com base no art. 102, III, *a* e *c*, da Constituição Federal.

A questão gira em torno de se saber se a redução de alíquota disposta na Lei 10.182/2001 pode ser aplicada também à Ginap, empresa que apenas importa, mas não produz pneus.

Assim dispõe o art. 5º da referida lei:

> Art. 5º Fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e **pneumáticos**.
>
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se **exclusivamente** às importações destinadas aos processos produtivos das **empresas montadoras e dos fabricantes de**:
>
> I – veículos leves: automóveis e comerciais leves;
>
> II – ônibus;
>
> III – caminhões;
>
> IV – reboques e semirreboques;
>
> V – chassis com motor;
>
> VI – carrocerias;
>
> VII – tratores rodoviários para semirreboques;
>
> VIII – tratores agrícolas e colheitadeiras;
>
> IX – máquinas rodoviárias; e
>
> X – autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX, **incluídos os destinados ao mercado de reposição**. [Grifei.]

O acórdão atacado, que julgou procedente a apelação da Ginap, ora recorrida, foi assim ementado:

> *Tributário. Imposto de importação. Lei 10.182/2001, art. 5º, § 1º, X. Redução de alíquota. Montadoras e fabricantes de veículos. Suprimentos destinados ao mercado de reposição. Princípio da isonomia.*
>
> *Ofensa ao princípio da isonomia residente na redução da alíquota do imposto de importação somente direcionada às empresas montadoras e fabricantes de veículos, quando atuantes no mercado de reposição, em detrimento das demais empresas importadoras dos mesmos produtos.*
>
> *Provimento da apelação.* [Fl. 295.]

Sustenta a parte recorrente (fls. 304-310) que o recurso extraordinário se justifica porque o acórdão recorrido teria violado o princípio da isonomia (art. 150, II), o princípio da legalidade (art. 37), ambos da Constituição Federal, e o art. 111 do Código Tributário Nacional, que prescreve que a interpretação de leis que estabelecem isenções deve ser literal.

Segundo a recorrente, o princípio da isonomia não poderia ter sido aplicado à recorrida pelo acórdão atacado, uma vez que a Ginap não se encontra em situação equivalente àquela das indústrias de automóveis. Esclarece que as isenções estabelecidas pela Lei 10.182/2001 consubstanciam políticas extrafiscais de incentivo à indústria nacional não violadoras do princípio isonômico. Tais medidas se justificariam pelo art. 170 da Constituição Federal, especialmente seus incisos IV (livre concorrência) e VIII (busca de pleno emprego).

Ainda segundo a parte recorrente, de acordo com o art. 37 da Carta Magna e com o art. 111 do CTN, ao administrador público é vedado violar lei que não admite expressamente extensão da isenção.

Por fim, pleiteia o conhecimento e provimento do extraordinário, para que se reforme o acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Em suas contrarrazões, sustenta a recorrida (fls. 341-378), inicialmente, que o recurso extraordinário não pode ser admitido, pela ausência de embargos de declaração para efeito de prequestionamento. Outrossim, inexistiria lei ou ato governamental local a permitir a invocação pelo recorrente do art. 102, III, *c*, da CF/1988.

Quanto ao mérito, assinala que a Lei 10.182/2001 cuida de desconto sobre alíquota, e não propriamente de isenção. Alega que o acórdão recorrido não violou o princípio da isonomia tributária, mas verdadeiramente o assegurou. Desse modo, o referido diploma legal teria tratado desigualmente empresas que se encontram em situação equivalente, pois a recorrida importa pneumáticos também para o mercado de reposição. Isso levaria, em sua visão, também à violação do princípio da capacidade contributiva e da livre concorrência.

A Ginap procura rebater o argumento da Fazenda Nacional de que a Lei 10.182/2001 estaria defendendo as indústrias nacionais de pneumáticos, pois a mesma lei estaria permitindo a importação, com redução de 40% de imposto, às grandes montadoras de automóveis para o mercado de reposição. Não haveria na citada norma a propalada finalidade extrafiscal, mas a intenção de estabelecer privilégios às multinacionais, fabricantes e montadoras de veículos e autopeças.

Alega, ademais, que o aplicador do direito não pode ficar adstrito à interpretação literal da lei, conforme estabelece o art. 111 do CTN, de sorte que é legítima a interpretação do acórdão recorrido. Salienta que a aplicação da alíquota reduzida por determinação do Judiciário não significa que este esteja legislando, mas apenas enquadrando a recorrida numa situação fática prevista pela norma.

Por fim, requer seja negado seguimento ao recurso, por falta de prequestionamento, bem como que se reconheça a ausência de fundamentação relativamente à alegação do art. 102, III, *c*, da Carta Magna e que seja desprovido o recurso, mantendo-se o acórdão ora recorrido.

O Tribunal *a quo* recebeu o recurso apenas pelo art. 102, III, *a*, da CF/1988, por suposta violação exclusivamente do art. 150, II, também da Constituição Federal (fl. 381).

Antes da chegada do presente recurso extraordinário a meu gabinete, a Fazenda Nacional ajuizou a AC 102, requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Analisando os pressupostos, decidi conceder a liminar.

Na ocasião, concluí pela impossibilidade de o Poder Judiciário acrescentar privilégios fiscais não expressamente dispostos em lei, conforme jurisprudência da Casa.

Instada para se pronunciar, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento apenas pela alínea *a* do permissivo constitucional. No mérito, opinou pelo provimento do recurso, sob o argumento de que "a letra da lei revela que o que se poderá destinar ao mercado de reposição não são os

insumos importados com redução de imposto (pneus, por exemplo) mas os itens fabricados a partir de tais insumos" (fls. 401-402).

É o relatório. Distribuam-se cópias aos gabinetes dos senhores ministros.

QUESTÃO DE ORDEM

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, penso que está em jogo a harmonia da lei com a Constituição Federal.

A meu ver, tergiversou-se. Seria o caso de um incidente para ir a órgão especial e haver pronunciamento. Porque, pela ementa do acórdão, teve-se a lei como inconstitucional.

Suscito questão de ordem para que haja o deslocamento para o Pleno.

EXTRATO DA ATA

RE 405.579/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: União (Advogado: PFN – Luis Alberto Saavedra). Recorrida: Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. – GINAP (Advogados: Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros).

Decisão: A Turma, resolvendo questão de ordem suscitada pelo ministro Marco Aurélio, decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Primeira Turma, 16-12-2003.

Decisão: Retirado de pauta por indicação do relator. Presidência do ministro Maurício Corrêa.

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

Brasília, 4 de março de 2004 — Luiz Tomimatsu, coordenador.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Analiso, inicialmente, a admissibilidade do recurso.

A ora recorrente – Fazenda Nacional –, com base no art. 102, III, *a* e *c*, da CF/1988, sustentou a violação dos arts. 150, II, e 37, ambos da Constituição, e do art. 111 do CTN.

Não houve interposição de embargos de declaração.

Inexiste, no caso, lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Assim, o presente extraordinário somente merece ser admitido com base no art. 102, III, *a*.

Quanto ao prequestionamento necessário, percebe-se que o acórdão recorrido, no voto vencedor do juiz Wellington Mendes de Almeida, refere-se expressamente ao art. 150, II, na expressão "donde o malferimento ao art. 150, II, da Constituição Federal" (fl. 292).

Já no que se refere ao prequestionamento do art. 37 da CF/1988 (princípio da legalidade), a matéria não foi direta nem indiretamente analisada pelo acórdão recorrido.

Com respeito ao art. 111 do CTN, é evidente que não se constitui ele dispositivo constitucional a permitir o uso do recurso extraordinário.

O presente recurso extraordinário encontra-se prequestionado, portanto, somente em relação ao art. 150, II, da CF/1988.

Todavia, parece que o conhecimento do recurso ora em julgamento deve dar-se em virtude não propriamente do art. 150, II (isonomia); mas dos arts. 2º e 48, I, da CF/1988 (princípio da separação de poderes).

O problema de isonomia que a presente questão envolve implica a necessidade de se interpretar a legislação infraconstitucional (no caso, a Lei 10.182/2001). Ou seja, a fim de saber se a norma cria um fator de discrímen, privilegiando empresas montadoras e fabricantes de produtos dispostos no art. 5º, § 1º, X, da referida lei, em detrimento de importadoras de pneus como a Ginap, faz-se necessário um esforço interpretativo da legislação infraconstitucional impróprio em sede de recurso extraordinário.

No entanto, ainda que fosse possível interpretar a legislação infraconstitucional em recurso extraordinário, considerações de mérito levariam ao provimento do recurso.

Como bem salientou a Fazenda Nacional, a isenção de que trata a lei não atinge a importação de pneumáticos para o mercado de reposição, seja para montadoras, seja para fabricantes de veículos. O § 1º do referido art. 5º torna claro que as importações que gozam da isenção estipulada são exclusivamente "destinadas aos processos produtivos". A Fazenda Nacional deixa expresso em seu memorial:

> A letra da lei está a revelar que o que se poderá destinar ao mercado de reposição não são os insumos importados com redução de imposto (categoria dos pneumáticos), mas os itens fabricados a partir desses insumos. É esse o produto que deverá:
>
> I – ser incorporado no processo da indústria automotiva; ou
>
> II – ser comercializado no mercado de reposição.

Portanto, os fabricantes de que trata o art. 5º, § 1º, somente podem importar pneumáticos para que estes sejam envolvidos em algum processo produtivo. A lei não permite a sua destinação imediata ao mercado consumidor.

Isso significa que, ainda que se pudesse analisar o presente recurso sob o prisma da isonomia, a recorrida não se encontraria em situação equivalente à dos fabricantes de que trata o art. 5º, § 1º.

O conhecimento do presente recurso merece dar-se em virtude do princípio da separação de poderes (arts. 2º e 48, I, da CF/1988) e não propriamente do princípio da isonomia.

Nesse sentido, não vejo razão para alterar o entendimento que esposei quando do deferimento do efeito suspensivo na AC 102.

É remansosa a jurisprudência deste Tribunal, em sede de recurso extraordinário, no que se refere à impossibilidade de o Poder Judiciário acrescentar privilégios fiscais àqueles expressamente previstos em lei.

Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados: RE 213.201, RE 191.530 e RE 191.531, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; RE 161.338, rel. min. Marco Aurélio; RE 167.922, rel. min. Ilmar Galvão; RE 166.122, rel. min. Celso de Mello; e RE 153.314, rel. min. Paulo Brossard.

Assim, como afirmou o ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão unânime:

> Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DL 2.434/1988, art. 6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade arguida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva. [RE 213.201, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 12-9-1997.]

Em acórdão vencedor por unanimidade, sustentou o ministro Ilmar Galvão:

> Não cabe ao Poder Judiciário estender a isenção de modo a alcançar as operações não previstas pelo legislador, tendo em vista que o ato de que decorre a isenção fiscal escapa ao seu controle. [RE 167.922, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 24-3-1995.]

Chega à mesma conclusão o ministro Celso de Mello, em acórdão novamente unânime:

> Os magistrados e tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional essa que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo. [RE 166.122, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, *DJ* de 10-3-1995.]

Tal fórmula, consagrada pelo Tribunal, poderia ser sintetizada no dizer de Helmut Simon, ao se referir aos limites da faculdade de interpretação da jurisdição constitucional na Alemanha – o que perfeitamente se aplicaria ao caso brasileiro:

> Na interpretação e aplicação do princípio da igualdade, há que se confiar ao legislador uma considerável margem de confirguração.[1]

Mais especificamente no campo tributário, Ricardo Lôbo Torres asseverou:

> É importante observar que o controle se faz sempre sobre a desigualdade na lei feita, sobre o privilégio ou a discriminação estabelecidos na norma jurídica ou na sua aplicação, para preservar **a** igualdade na lei e perante a lei. Inexiste o controle sobre a não incidência tributária, sobre a lei que deveria ser elaborada.[2]

Ricardo Lobo Torres bem enfatiza que a omissão parcial nas leis isentivas pode ser controlada pelo Judiciário. No entanto, tal omissão, caso existente, não pode ser suprida pela via do extraordinário.

Também entre os tributaristas, Roque Carazza explicita, acerca do princípio da legalidade nas isenções:

> Em rigor, a competência para tributar e a competência para isentar são como o verso e o anverso de uma mesma moeda.[3]

Ora, isso dá a perfeita dimensão de que o acréscimo de isenções pelo tribunal violaria o regime de competências tributárias estabelecido pela Constituição Federal.

O pleito da Fazenda Nacional, portanto, merece ser acolhido. A manutenção do acórdão recorrido, ou seja, da decisão que concedeu o benefício fiscal à recorrida, implicaria a violação da jurisprudência deste Tribunal que se assenta na premissa de que não é dado acrescentar exemplos à lei sob o argumento do princípio da isonomia. Como bem acentuado pelo ministro Sepúlveda Pertence, no trecho acima citado, a conclusão pela inconstitucionalidade da lei levaria a sua não aplicação àqueles que recebem o benefício, e não a extensão do benefício àqueles que não o recebem.

O argumento da recorrida – de que a Lei 10.182/2001 versaria sobre desconto do Imposto de Importação, e não propriamente sobre isenção – é irrelevante do ponto de vista prático. Sendo desconto ou isenção, o privilégio foi concedido pelo acórdão recorrido de modo a acrescentar exemplos não dispostos na lei.

Dessa forma, e constatando a violação do princípio da separação de poderes por parte do acórdão recorrido (arts. 2º e 48, I, da CF/1988), conheço do recurso, para dar-lhe provimento.

---

[1] "[E]n la interpretación y aplicación del principio de igualdad hay que confiar al legislador un considerable margen de configuración". SIMON, Helmut. La Jurisdicción Constitucional. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional.* Madrid: IVAP; Marcial Pons, 1996. p. 856.

[2] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. III: Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 343.

[3] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 768.

Julgo prejudicada a AC 102 e, por consequência, o agravo regimental contra a decisão que concedeu efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário.

Invertam-se os ônus sucumbenciais.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, peço vênia para divergir do ministro relator.

A questão factual que interessa à solução da causa não é o fato controvertido de que os destinatários do art. 5º, § 1º, as montadoras e os fabricantes, não se limitam a usar os insumos no processo de fabricação. Esse pode ser um fato controvertido, mas nada tem a ver com o fundamental da causa. O fato básico da causa é saber, diante da atividade da impetrante, se ela tem, ou não, direito ao incentivo fiscal.

Ora, é da petição inicial e, como tal, não foi controvertido, nem poderia sê-lo, que é outro o suporte histórico da pretensão da impetrante. Dispõe o item 1 da petição:

> 1. A impetrante é empresa nacional que tem, dentre seus objetivos sociais, o comércio da importação de pneus, câmaras de ar, equipamentos para veículos, no mercado de reposição, para carros, caminhões, ônibus, etc. (...)

Em síntese, é fato incontroverso não ser a impetrante montadora nem fabricante de veículo.

Portanto, trata-se de saber se a esse fato certo deve, ou não, ser aplicado, por extensão, o art. 5º, § 1º, sob fundamento de que, deixando de incidir tal norma na situação factual da impetrante, estaria – como reconheceu o acórdão – violado o art. 150, II, da Constituição Federal, isto é, o princípio da igualdade tributária.

Em outras palavras, trata-se apenas de saber se a incontestada situação factual da impetrante é a mesma que constitui a hipótese da norma. Razão por que, com o devido respeito, conheço do recurso.

VOTO
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, os fatos são incontroversos. O fato que respalda o próprio texto normativo, ou seja, o envolvimento de montadora, o fornecimento de material destinado à reposição e a circunstância de a recorrente importar esse mesmo material e não ser montadora. Então, não há qualquer dúvida quanto aos fatos.

Por isso, peço vênia ao relator para conhecer do recurso.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, apenas para fazer o contraponto. Não teria a menor dúvida em acompanhar o voto do relator caso estivéssemos diante apenas da atuação precípua de montadoras e fabricantes, caso não houvesse a cláusula final do inciso X do § 1º do art. 5º. Essa cláusula encerra discrímen que não é aceitável, porque enseja a montadoras e fabricantes a atuação no mercado para a simples reposição de peças, inclusive pneumático, com tratamento diferenciado. A meu ver, incide, realmente, a proibição do inciso II do art. 150 da Constituição Federal, segundo o qual é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Uma coisa é a montadora e o fabricante adquirindo para agregar a certo produto. Algo diverso – como citado no exemplo, da tribuna, relativamente à Disbrave – é a importação pela montadora, cessão à concessionária, para vender, em termos de reposição, o produto.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): Ministro, é evidente que a legislação está beneficiando o produtor, ou seja, a produção nacional de veículos. Vossa Excelência adquire o produto da montadora nacional com essas reduções de tributos em relação aos pneus. Isso é caso específico. Quer me parecer, e aqui está a minha dúvida, é que este mercado de reposição é o dos produtos fabricados; ou seja, para manter aquele que adquire o veículo naquelas condições, quando tiver que repor naquele mesmo veículo, gozará da mesma isenção, adquirindo na própria entidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Em uma empresa.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): O exemplo de Plenário mostra uma distorção. Isso é outro problema. Aí temos o problema da venda que seja feita pelas montadoras, vendendo no mercado e concorrendo com isso. Esse é outro problema. É uma questão de fiscalização. Creio que, aqui, a reposição é em relação ao próprio veículo que foi fabricado nacionalmente, para manter o *status* de concorrência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, presidente, a concorrência, então, é desleal, porque a recorrida, por exemplo, só importaria para fornecer os pneumáticos a carros vindos do exterior. Seria isso?

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): Seria isso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aí é que não, porque ela está no mercado de forma abrangente, para atender àqueles que precisem da peça de reposição. Ombreia com as demais vendedoras dessas mesmas peças.

Por isso disse que não teria a menor dúvida em sufragar o voto do relator caso não houvesse essa cláusula que acabou por abrir, discrepar do fator que levara ao incentivo fiscal.

Senhor presidente, peço vênia para divergir e nego provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, vou acompanhar o voto do relator e dar provimento. Mas farei algumas considerações.

Em primeiro lugar, o art. 6º da lei fecha porta que estaria aberta ao dizer que, para a fruição dessa redução, é necessária a comprovação de que se é fabricante.

Queria relembrar o grande Francisco Campos em um pequeno trecho: o mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. Porque o executor da lei está sempre obrigado a decidir com igualdade, operando em clima de isonomia. Ora, o discrímen utilizado aqui, para efeito do que Platão disse antes de Rui – que a igualdade consiste em dar tratamento desigual a situações desiguais –, é a utilização no processo produtivo. Está fechado no art. 6º da lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Parece-me que não.

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, farei uma ponderação que, eventualmente, pode tornar prejudicada a questão. Invoco, aqui, o raciocínio do eminente ministro Sepúlveda Pertence, no RE 191.526. Supondo-se que tudo isso seja verídico, nesse tipo de interpretação, o que sucede é que seria inconstitucional a norma nesse passo, e que, portanto, as montadoras e as fabricantes não têm direito ao benefício, mas, daí, não resulta benefício nenhum para a impetrante.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, placitamos uma inconstitucionalidade e deixamos de observar o Texto Maior. Não poderemos mais nos reunir para julgar a inconstitucionalidade de ato.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não resulta benefício nenhum para a impetrante. Isso é, o de que se trata é, eventualmente, de descobrir norma que seria inconstitucional em relação às beneficiárias, que perderiam o benefício da redução.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A decisão do Tribunal, de qualquer sorte, foi na linha de um tipo de sentença aditiva. Quer dizer, reconheceu à entidade que teria sido desigualada, pela opção do legislador, o direito de, também, ter esse benefício.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): Mas, aí, é extensivo.

O sr. ministro Eros Grau: Concluindo, senhor presidente, dou provimento. A meu ver o discrímen é perfeitamente adequado. Se há alguma distorção, certamente não pode ser objeto de correção no âmbito deste recurso extraordinário. Haverá outras vias. A fiscalização que fiscalize, o prejudicado pela prática de concorrência desleal que vá ao Cade e assim por diante. Mas não no âmbito deste recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, há situações que nos deixam em perplexidade, assim como certas pessoas usam das palavras não para revelar

os pensamentos, mas para escondê-los, as leis, também, incidem nesse tipo de discurso matreiro.

A meu ver, a exemplo do ministro Marco Aurélio, este inciso X do § 1º do art. 5º.

O sr. ministro Marco Aurélio: Se não houvesse essa parte, não teria a menor dúvida em acompanhar o voto do relator.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu também. Terminou desnaturando a própria lei, de acordo com o § 1º do art. 5º da lei aqui discutida. Usando até de uma expressão, que me parece própria do jargão mercantil, para pneus, onde se diz "incluídos os destinados ao mercado de reposição". É uma linguagem típica da venda de pneus no varejo.

Por isso, peço vênia ao eminente relator para acompanhar a dissidência iniciada pelo ministro Marco Aurélio.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, com o devido respeito aos votos dissidentes, vou acompanhar o voto do eminente relator, já pelos argumentos de que lancei mão e, ainda, porque o venerando acórdão reconheceu ofensa à regra constitucional da isonomia tributária, fazendo-a incidir sobre fato certo que não lhe comporta a incidência. Isso significa que houve infringência dessa mesma regra, ao aplicá-la a uma situação factual indiscutível que não comporta essa aplicação.

Na verdade, a norma, a despeito da impropriedade da interpretação – parece-me que a interpretação correta é de que concerne a peças de insumo propriamente dito, de substituição –, destina-se a estimular o desenvolvimento da indústria nacional, dirigindo-se, portanto, ao mercado de criação e, por isso mesmo, não pode beneficiar o mercado comercial, que tem por objeto produtos acabados, destinados ao mercado chamado "mercado de reposição".

Com o devido respeito, mais uma vez, acompanho o voto do eminente ministro relator, dando provimento ao recurso.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, gostaria de fazer uma pergunta ao eminente relator. A discussão parece centrar-se exatamente na "desequiparação" que resulta da parte final do art. 5º, § 1º, X: "incluídos os destinados ao mercado de reposição". Portanto, afirma-se que essas empresas estariam numa posição privilegiada em relação àquelas que, também, habitualmente exercem essas atividades.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Ministro Gilmar Mendes, lembre-se de que adverti a Corte de que se trata de mandado de segurança em que

não há nenhuma prova, nos autos, de que as beneficiárias dessa isenção ou dessa redução estejam realmente concorrendo nesse mercado de reposição.

O sr. ministro Marco Aurélio: É a letra expressa da lei: "incluídos os destinados ao mercado de reposição". Não é a fabricação do produto.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Creio que é preciso reler esse dispositivo. O § 1º do art. 5º dispõe:

> (...) aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de:
>
> X – autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX, incluídos os destinados ao mercado de reposição.

Vale dizer, isso beneficia a quem?

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas não envolve mercado de reposição.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: Não, ministro.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mercado de reposição é aquele que acionamos quando precisamos de um pneumático para substituir o gasto.

O sr. ministro Cezar Peluso: É para fabricante de pneu também.

O sr. ministro Sepúlveda Pertence: A indústria produz autopeças, algumas incorporadas ao próprio veículo que ela fabrica, que ela monta, e outras para o mercado de reposição. Não é a venda da própria mercadoria importada.

O sr. ministro Cezar Peluso: A releitura dessa parte significa fabricantes de pneus.

VOTO
(Retificação)

O sr. ministro Marco Aurélio: Senhor presidente, vou reajustar o meu voto no conhecimento, pois, se essa é a óptica que prevalece, o Tribunal de origem interpretou a lei, e a jurisprudência da Corte não admite extraordinário para se perquirir o acerto, ou desacerto, da interpretação de texto legal. Dou certo sentido à lei, os colegas dão outro.

Peço que Vossa Excelência já consigne a retificação do meu voto quanto ao conhecimento, acompanhando o relator.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, peço vênia ao Tribunal para pedir vista, pois parece que a questão é bastante intrincada e merece ser examinada.

EXTRATO DA ATA

RE 405.579/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: União (Advogado: PFN – Luis Alberto Saavedra). Recorrida: Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. – GINAP (Advogados: Renata Saraiva Verano e outros).

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do relator. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, nesta assentada, o ministro Eros Grau e o presidente, ministro Nelson Jobim. Presidência do ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, I, do RISTF). Plenário, 12-8-2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, vencidos o relator e o ministro Marco Aurélio, que dele não conheciam. Votou o presidente. No mérito, após o voto do ministro Joaquim Barbosa (relator), provendo o recurso, no que foi acompanhado pelos ministros Eros Grau e Cezar Peluso, e dos votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o ministro Gilmar Mendes. Declarou impedimento o ministro Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Carlos Velloso. Falaram, pela recorrente, o dr. Euler Barros Ferreira Lopes, procurador da Fazenda Nacional, e, pela recorrida, o dr. Luís Roberto Barroso. 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. Procurador-geral da República, dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 25 de novembro de 2004 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal (fls. 304-310), com fundamento no art. 102, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No caso, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. (GINAP), para conceder mandado de segurança e estender à impetrante – com fundamento na isonomia tributária, art. 150, II, da Constituição Federal – benefício fiscal reservado a montadoras e fabricantes de veículos, nos termos do art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001:

> Art. 5º Fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumáticos.
>
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de:
>
> (...)
>
> X – autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX, incluídos os destinados ao mercado de reposição.

O acórdão recorrido possui a seguinte ementa:

> Tributário. Imposto de importação. Lei 10.182/2001, Art. 5º, § 1º, X. Redução de alíquota. Montadoras e fabricantes de veículos. Suprimentos destinados ao mercado de reposição. Princípio da isonomia. Ofensa ao princípio da isonomia residente na redução da alíquota do imposto de importação somente direcionada às empresas montadoras e fabricantes de veículos, quando atuantes no mercado de reposição, em detrimento das demais empresas importadoras dos mesmos produtos. Provimento da apelação. [Fl. 295.]

A União Federal alega que o aresto impugnado violou o princípio da isonomia (art. 150, II, da CF/1988) e o princípio da legalidade (art. 37 da CF/1988). Nas razões deduzidas, a União Federal afirma:

> A empresa recorrida não está na atividade de fabricação de veículos, mas sua atuação mercadológica restringe-se à comercialização de peças de reposição para veículos, no caso pneus. Essa precisão deixa claro que a recorrida não se encontra em situação equivalente às indústrias de automóveis. [Fl. 306.]

A recorrente refuta, ainda, a configuração de ofensa à isonomia tributária na restrição do citado benefício às montadoras e fabricantes de veículos:

> A importação de um produto para comercialização, por si só, não cria direito à isenção tributária ao importador, posto que tal benesse deve ter um retorno social evidente, do contrário ensejaria favorecimento indevido e, portanto, ilícito. Considerando que o bem maior envolvido, nesses casos, é o interesse público (e não o particular), a motivação da isenção e intervenção do Estado na economia deve se dar em defesa desse valor transcendental. A política nacional de incentivos à indústria nacional está motivada pelo comprovado efeito multiplicador dessa atividade econômica a nível interno, além do retorno em tributos e geração de empregos. A empresa recorrida é um comércio apenas, portanto não há concorrência direta entre uma e outra. [Fl. 308.]

Em sede de contrarrazões, a recorrida sustenta que "inversamente ao que argumenta a recorrente, o e. Tribunal *a quo* assegurou o princípio constitucional da isonomia à recorrida, eis que a Lei 10.182/2001 trata empresas que se encontram em situação equivalente, mas que recebem tratamento tributário especial" (fl. 355).

Para a recorrida, "não existe qualquer diferença entre aqueles contribuintes que fabricam automóveis, mas importam para o mercado de reposição, daqueles que importam a mesma mercadoria, mesmo não sendo fabricante, e a coloca também no mercado de reposição, pois que nenhuma lei poderá ferir os princípios nem tampouco as normas constitucionais, já que estas devem sempre ser vistas ocupando o mais alto escalão do ordenamento jurídico positivo." (fls. 360-361).

Em decisão de fls. 142-145, nos autos da conexa AC 102/PR, o relator, ministro Joaquim Barbosa, concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

A subprocuradora-geral da República dra. Ela Wiecko V. de Castilho, em parecer de fls. 396/403, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso pela

alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição, por entender que "o que se poderá destinar ao mercado de reposição não são os insumos importados com redução de impostos (pneus, por exemplo), mas os itens fabricados a partir de tais insumos, ou seja, esses itens tanto poderão ser destinados à incorporação no processo produtivo das indústrias, quanto serem comercializados no mercado de reposição." (fls. 401-402).

Superada a questão pertinente ao conhecimento, o relator votou pelo provimento do recurso, asseverando:

> O presente feito merece ser conhecido em virtude do princípio da separação de poderes (arts. 2º e 48, I, da Constituição), e não propriamente do princípio da isonomia.
>
> Nesse sentido, não vejo razão para alterar o entendimento que esposei por ocasião do deferimento do efeito suspensivo na AC 102.
>
> Com efeito, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal, em recurso extraordinário, no que se refere à impossibilidade de o Poder Judiciário acrescentar privilégios fiscais àqueles expressamente previstos em lei.
>
> (...)
>
> Ora, isso dá a perfeita dimensão de que o acréscimo de isenções pelo tribunal violaria o regime de competências tributárias estabelecido pela Constituição Federal.
>
> O pleito da Fazenda Nacional, portanto, merece ser acolhido. A manutenção do acórdão recorrido, ou seja, da decisão que concedeu o benefício fiscal à recorrida, implicaria a violação da jurisprudência deste Tribunal, que se assenta na premissa de que não é dado acrescentar exemplos à lei sob o argumento do princípio da isonomia. Como bem acentuado pelo ministro Sepúlveda Pertence, no trecho citado, a conclusão pela inconstitucionalidade da lei levaria à sua não aplicação àqueles que recebem o benefício, e não à extensão do benefício àqueles que não o recebem.
>
> O argumento da recorrida – de que a Lei 10.182/2001 versaria sobre desconto do Imposto de Importação, e não propriamente sobre isenção – é irrelevante do ponto de vista prático. Sendo desconto ou isenção, o privilégio foi concedido pelo acórdão recorrido de modo a acrescentar exemplos não dispostos na lei.
>
> Dessa forma, e constatando a violação do princípio da separação de poderes por parte do acórdão recorrido (arts. 2º e 48, I, da CF/1988), conheço do recurso, para dar-lhe provimento.
>
> Julgo prejudicada a AC 102 e, por consequência, o agravo regimental interposto da decisão que concedera efeito suspensivo ao presente recurso.

Na oportunidade, os ministros Eros Grau e Cezar Peluso acompanharam o relator. Por outro lado, os ministros Carlos Britto e Marco Aurélio abriram divergência para negar provimento ao apelo extremo. Pedi vista para melhor examinar a questão.

Em primeiro lugar, divirjo do voto do relator, ministro Joaquim Barbosa, que conheceu do recurso pela violação dos arts. 2º e 48, I, da Constituição Federal, pois a recorrente não impugnou o acórdão com esses parâmetros.

De fato, relativamente à alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente apontou violação apenas dos arts. 150, II, e 37 da Constituição Federal.

Em que pese a discussão quanto à *causa petendi* aberta no recurso extraordinário (RE 388.830/RJ, de minha relatoria, *DJ* de 10-3-2006 e RE 298.694/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-4-2004), no caso não me parece necessário avaliar a questão fora do aspecto da isonomia tributária e da legalidade estrita.

Dessa forma, passo a analisar a questão à luz dos fundamentos suscitados no apelo extremo.

O acórdão recorrido concedeu a segurança à recorrida nos seguintes termos:

> Como visto a pretensão da impetrante reside na extensão do benefício concedido pelo art. 5º, § 1º, da Lei n. 10.182/2001, que reduz em 40% o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos acabados e semiacabados, e pneumáticos, exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de veículos, incluídos os destinados ao mercado de reposição (inciso X).
>
> Creio estar com razão a requerente.
>
> Deveras, é ela obrigada a atuar em mercado altamente competitivo, em desigualdade com as montadoras e fabricantes de veículos que, a par de importarem, com a redução do imposto, as mercadorias destinadas à produção, ainda são agraciadas com o mesmo direito ao atuarem no mercado de reposição, atividade secundária e não exclusiva das empresas beneficiadas, evidenciando, assim o discrímen nefasto.
>
> Não há afastar a conclusão de que, atuando as montadoras e fabricantes de veículos no mercado de reposição, estarão recebendo tratamento diferenciado em face das empresas meramente importadoras dos mesmos bens destinados ao consumo interno, que sofrerão, sobre tais produtos, a incidência do imposto na sua alíquota integral, donde o malferimento ao art. 150, II, da Constituição Federal.
>
> Por bem enfocar a matéria trazida a debate, e por amor à brevidade, sirvo-me do bem lançado parecer ministerial aduzido em primeiro grau e encampado, por inteiro, nesta instância, *verbis:*
>
> > Como bem destaca a doutrina, a norma jurídica tributária, ao passar pela verificação do princípio da igualdade, merece observar uma série de requisitos, constituindo uma verdadeira prova de constitucionalidade, cujos principais passos são a seguir destacados.
> >
> > > Detectar a existência de discriminação implementada pela regra matriz de incidência analisada (...) identificar qual é o elemento de discriminação utilizado pela norma analisada (...) aferir a existência de correlação lógica entre o elemento de discriminação e o tratamento diferenciado (...) perquirir a efetiva ocorrência da relação de subordinação e pertinência lógica entre a discriminação procedida e os valores positivados no texto constitucional. [GONÇALVES, J.ª Lima. *Isonomia da norma tributária*, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 69.]
> >
> > Por sua vez, a norma questionada prevê que "fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes e conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumático (...) (aplicando-se) exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes (...) incluídos os (equipamentos pneumáticos) destinados ao mercado de reposição" (Lei 10.182/2001, art. 5º, § 1º e inciso X).

> Ora, o critério de discriminação ressurge cristalino da norma questionada. O privilégio em comento apenas atinge as empresas montadoras e fabricantes de automóveis. Porém, o benefício fiscal de 40% de redução do II alcança não só os suprimentos destinados ao mercado de reposição.
>
> Neste ponto exsurge a inadequação da norma com o texto constitucional. Enquanto limitado o benefício à produção de veículos, era evidente a correlação lógica entre o "elemento de discriminação e o tratamento diferenciado", até porque as montadoras de veículos, enquanto produtoras exclusivas dos mesmos, encontrar-se-iam em situação diferenciada a justificar plenamente a liberdade fiscal.
>
> Porém, quando a redução também atinge a importação destinada ao mercado de reposição de peças e acessórios, dentre os quais os pneumáticos, criou a norma ora impugnada, de forma odiosa, critério de distinção injustificável, beneficiando uma determinada categoria econômica (...). Falta, portanto, a necessária pertinência lógica.
>
> Calha ainda sinalar que a atuação das empresas beneficiadas no mercado de reposição implica, à toda evidência, em maltrato ao princípio da livre concorrência.
>
> Por todo o exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança. [Fls. 293-294.]

No presente caso, o benefício fiscal em discussão refere-se ao imposto de importação (II), modalidade tributária em que a extrafiscalidade é elemento definidor.

À época da vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, em 1808, o imposto de importação tratava-se da mais expressiva fonte de receitas para o poder público. E, de igual modo, ao longo de todo o século XIX.

A modalidade começou a perder importância como fonte de receita durante a República Velha, em razão dos recolhimentos decorrentes de impostos de exportação, alavancados com nossas vendas de café no mercado internacional.

A partir de então, o imposto de importação consolidou-se como ferramenta de política econômica e fiscal, sobretudo para proteção dos produtores nacionais, do câmbio e do balanço de pagamentos (cf. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro.* 11. ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 212).

Sob a égide da Constituição de 1946, a União administrou regime de alíquotas e, por exemplo, fomentou a indústria automobilística nacional, a partir de dificuldades criadas para a importação de veículos automotores. Protegeu-se essa indústria ao longo das décadas de 1960, 1970 e 1980.

Atualmente, em razão da economia globalizada, o imposto de importação resiste com elementos extrafiscais da mais alta relevância para a política econômica. Por isso, o art. 153, § 1º, da Constituição Federal de 1988 faculta a alteração de sua alíquota diretamente pelo Poder Executivo.

No entanto, a espécie não cuida da relação entre importadores e produtores nacionais, mas de concessão de benefício fiscal exclusivo a determinada parcela dos contribuintes do imposto de importação.

Nesse contexto, a limitação do benefício fiscal às importações "das empresas montadoras e dos fabricantes" (art. 5º, § 1º, da Lei 10.182/2001), combinada com a parte final do inciso X, que inclui os componentes, autopeças conjuntos e subconjuntos "destinados ao mercado de reposição", não se justifica na extrafiscalidade do imposto de importação, nem se compatibiliza com a isonomia tributária.

Com efeito, o mencionado dispositivo cria posição privilegiada para determinado grupo de importadores em relação aos demais, no exercício das mesmas atividades.

Nos termos da norma questionada, montadoras e fabricantes gozam de 40% de redução do imposto de importação, por exemplo, na aquisição de pneus estrangeiros, tanto para o mercado originário, isto é, a produção de veículos novos, quanto para o mercado de reposição.

Assim, caso prevaleça o entendimento da recorrente, montadoras e fabricantes poderiam privilegiar-se do benefício para competir no mercado de reposição com larga vantagem em relação aos demais concorrentes.

É o caso da recorrida. Por atuar tão somente no ramo de reposição de pneus, a União lhe nega o benefício previsto na lei questionada. Dessa forma, sofre com concorrência que pode oferecer preços melhores, em virtude da redução da carga fiscal.

Na hipótese, o tratamento diferenciado, no exercício da mesma atividade, entre montadoras/fabricantes e demais importadores que atuam somente no ramo de reposição de pneus não se sustenta perante a Carta Magna.

À primeira vista, a complexa questão seria facilmente resolvida com a declaração de inconstitucionalidade da expressão "incluídos os destinados ao mercado de reposição", de modo que nem as montadoras e as fabricantes, nem as demais importadoras, tenham direito ao benefício fiscal. No entanto, tal conclusão é tão simples quanto equivocada.

A mencionada solução me preocupa porque retira completamente o benefício do imposto de importação no mercado de reposição de peças e pneus, que influi substancialmente no mercado originário de produção de veículos, daí por que previsto no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001.

A declaração de nulidade total da referida expressão, com eficácia *ex tunc*, resultará, invariavelmente, em distorção do sistema do imposto de importação concebido para a produção de veículos e do estímulo pretendido à indústria automobilística.

Ademais, tal distorção repercute na oferta dos produtos no mercado de reposição, com impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação (cf. COOTER & ULEN. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson: 2007. p. 32 et seq).

Ressalte-se que a inconstitucionalidade não reside no benefício em si, mas na exclusão dos demais contribuintes não contemplados no dispositivo, nada obstante realizarem as mesmas atividades dos expressamente beneficiados.

Por isso, o Tribunal deve encontrar solução que, ao enfrentar a inconstitucionalidade da regra do art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001 e do sistema normativo dele decorrente, preserve os estímulos aos investimentos e à produção, pelo menos até que o legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria.

Nesse sentido, as técnicas da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e da interpretação conforme à Constituição podem oferecer alternativa viável.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp 948/SE, rel. min. Moreira Alves, Pleno, *DJ* de 18-3-1977, *RTJ* 82/55-6; Rp 1.100/AM, rel. min. Francisco Rezek, Pleno, 18-10-1985, *RTJ* 115/993).

Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (Cf. Rp 1.454/DF, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, *DJ* de 20-5-1988, *RTJ* 125/997).

O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (Cf. Rp 1.389/RJ, rel. min. Oscar Corrêa, Pleno, *DJ* de 12-8-1988, *RTJ* 126:514; Rp 1.454/DF, rel. min. Octavio Gallotti, *RTJ* 125/997; Rp 1.399/RJ, rel. min. Aldir Passarinho, Pleno, *DJ* de 9-9-1988).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 95.) e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADI 2.405/RS, rel. min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-4-2006; Rp 1.417/DF, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-5-2004).

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Cf., a propósito, Rp 1.389/RJ, rel. min. Oscar Corrêa, Pleno, *DJ* de 12-8-1988, *RTJ* 126/514; Rp 1.454/DF, rel. min. Octavio Gallotti, *RTJ* 125/997; Rp 1.399/RJ, rel. min. Aldir Passarinho, Pleno, *DJ* de 9-9-1988).

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme a Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral" (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301).

Destaque-se, ainda, que, gradual e positivamente, o Supremo Tribunal afasta-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com efeito, a interpretação conforme à Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 95). Porém, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Tais casos foram levantados pela primeira vez por ocasião da propositura cumulativa de uma *representação interpretativa* e de uma representação de inconstitucionalidade, suscitando-se a indagação sobre o significado dogmático da interpretação conforme à Constituição (Rp 1.417/DF, rel. min. Moreira Alves, Pleno, *DJ* de 15-4-1988).

No caso, o Supremo Tribunal, seguindo orientação formulada por Moreira Alves, reconheceu que a *interpretação conforme à Constituição*, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Daí entender incabível a sua aplicação no âmbito da *representação interpretativa*.

Não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme à Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto.

Deve-se acentuar, porém, que, na decisão da Rp 1.417/DF, rel. min. Moreira Alves, Pleno, *DJ* de 15-4-1988, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas, sim, como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Assinale-se, porém, que o Tribunal não procedeu, inicialmente, a qualquer alteração na parte dispositiva da decisão, que continua a afirmar a *improcedência* da arguição, *desde que* adotada determinada interpretação.

As decisões proferidas nas ADI 491-MC e 319, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 25-10-1991 e 30-4-1993, parecem sinalizar que, pelo menos no controle abstrato de normas, o Tribunal tem procurado, nos casos de exclusão de determinadas hipóteses de aplicação ou hipóteses de interpretação do âmbito normativo, acentuar a equivalência dessas categorias.

Particularmente, entendo que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição encontra dificuldades significativas.

A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação

conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97).

Portanto, se essa equiparação parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

Maior dificuldade ainda adviria do fato de que, ao fixar como constitucional dada interpretação e, expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade, o Tribunal não declara – até porque seria materialmente impossível fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo.

Por outro lado, a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e mesma categoria, se parcialmente correta no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral (cf. SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, *Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C. H. Beck, 1985. p. 187).

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, caso se pretenda realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).

A decisão proferida na ADI 491-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 25-10-1991, parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas *hipóteses de aplicação*, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal, após reconhecer que a inconstitucionalidade arguida visava apenas à extensão de vantagens ao Ministério Público, contida implicitamente na referência aos incisos "IV a XIII" do art. 64, optou por suspender – *sem redução de texto* – a aplicação do parágrafo único do art. 86 da Constituição do Estado do Amazonas no que concerne à remissão ao inciso V do art. 64 dela constante.

Também na ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994, na qual se questionava a cobrança do IPMF, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar 77/1993, nos pontos em que determinou a incidência da exação sobre as pessoas jurídicas de direito público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição.

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de "explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal" (ADI 1.045, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 6-5-1994).

Esses precedentes denotam que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste tema, parece que o legislador fez, pelo que se depreende do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868, uma clara opção pela separação das figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme à Constituição.

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana (cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano:

> *La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier*

órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de "legislador negativo". Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico "arsenal" sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple "constitucionalidad/inconstitucionalidad", es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, "la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección" de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, "certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo." [CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer (ed.). *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005, *en prensa*.]

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Nesse sentido, Rui Medeiros expõe que "as sentenças manipulativas, recorda *Crisafulli*, nasceram de uma exigência prática e não de abstractas lucubrações teóricas. Foi a preocupação em evitar que das decisões de inconstitucionalidade derivassem *vazios* no ordenamento – aliada à inércia do legislador em preenchê-los – que levou a *Corte Costituzionale* a adoptar, sempre que possível, sentenças *autoaplicativas*." (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 499).

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, *DJ* de 7-5-2004).

Breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização converteu essas decisões, comumente denominadas "atípicas", em modalidades "típicas" no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado em sua admissibilidade, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2.405/RS, rel. min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, rel. min. Moreira Alves, *DJ* 19-4-1996; Rp 1.417/DF, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127).

No recente julgamento conjunto das ADI 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17-5-2006, *Informativo*/STF 427).

No julgamento das ADI 1.351 e 1.354 (rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 30-3-2007), o Plenário do STF deu interpretação conforme à Constituição aos art. 56 e 57 da Lei 9.096/1995, para eliminar as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito.

Em diversos casos mais antigos (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar que, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, o Tribunal acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*. Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional.* Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005; MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001;

LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

A respeito da evolução da jurisdição constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte consideração:

> (...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.
>
> Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.
>
> Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. [MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 238 et seq.]

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo procurador-geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.

Nesse contexto, a assunção de atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido.

De fato, principalmente nos casos de ofensa ao princípio de isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade.

De maneira recorrente, tenho insistido que a isonomia é conceito relacional. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação [MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974. p. 345 (354)]. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a *inconstitucionalidade relativa* (*relative Verfassungswidrigkeit*), não no sentido de inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*).

No caso, a completa nulidade do benefício fiscal a ser produzido por decisão simples de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001 não alcança os objetivos pretendidos e extingue estímulos extrafiscais da política econômica.

Assim, torna-se necessária solução diferenciada, isto é, decisão que exerça "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Morais, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade". Acrescenta Blanco de Morais:

> às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a *função de reparação*, ou de restauração corretiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade. [MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 262-263.]

Na espécie, entendo que o benefício previsto no art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001 coaduna-se com o caráter extrafiscal do imposto de importação e deve continuar em vigor sem, no entanto, excluir os demais contribuintes.

Repita-se que a incompatibilidade com o texto constitucional não advém da redução da alíquota do imposto de importação, mas tão somente da exclusão de contribuintes em situação equivalente.

O atentado à isonomia consiste exatamente em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar uniformemente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada.

Em precedente que aproveita à espécie, no julgamento da ADI 1.600/DF, o Pleno deste STF declarou a inconstitucionalidade da incidência de ICMS na prestação de serviços de transporte aéreo internacional de cargas sobre as empresas nacionais, em razão da isonomia tributária, tendo em vista a existência de

tratados internacionais concedendo isenção às empresas estrangeiras. O citado acórdão tem a seguinte ementa, no pertinente:

> *Ementa: Constitucional. Tributário. Lei Complementar 87/1996. ICMS e sua instituição. Arts. 150, II, e 155, § 2º, VII, a, e VIII, da CF. (...) Inconstitucionalidade da exigência do ICMS na prestação de serviços de transporte aéreo internacional de cargas pelas empresas aéreas nacionais, enquanto persistirem os convênios de isenção de empresas estrangeiras. Ação julgada, parcialmente procedente.* [ADI 1.600/DF, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim, *DJ* de 20-6-2003.]

Trata-se de claro caso em que a isonomia tributária foi aplicada para estender benefícios fiscais concedidos de forma restrita.

Na espécie, não há dúvida de que há *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*, em virtude de o art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001 conceder vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

A exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo [cf. *BVerfGE* 18, 288 (301); 22, 349 (360)]; e explícita (cf. *BVerfGE* 25, 101), se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos [cf., a propósito, MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber*, Berlim, (s.n.), 1974. p. 345 (349); IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos, 1980. p. 109; JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, Berlim, (s.n.), 1972. p. 51 et seq.].

Abstraídos os casos de exigência constitucional inequívoca [cf., também, *BVerfGE* 21, 329 (338, 343, 353); 22, 163 (174 et seq.); 27, 220 (230); 27, 364 (374); 27, 391 (399); 29, 283 (303); 39, 196 (204)], a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade [MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber.* Berlim, (s.n.), 1974. p. 345 (348); IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos, 1980. p. 109.].

Assim, poderia ser objeto da declaração de nulidade, em sentido técnico, tanto a disposição que outorga o benefício como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente por uma norma [MAURER. *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*. In: *Festschrift für Werner Weber.* Berlim, (s.n.), 1974. p. 345 (349); SCHNEIDER, Bernd Jürgen. *Funktion der Normenkontrolle und des rechtlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*. Frankfurt am Main, (s.n.), 1988. p. 174].

A Corte Constitucional alemã abstém-se de pronunciar a nulidade da norma. Nesses casos, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes

possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia [cf. *BVerfGE* 8, 28 (36 et seq.); 14, 308 (311 et seq.); 15, 46 (59 f.; 75 et seq.); 15, 121 (125 et seq.); 17, 122 (134 et seq.); 18, 257 (273); 18, 288 (301 et seq.); 21, 329 (337 et seq.; 353 et seq.); 22, 163 (174 et seq.); *BVerfGE* 22, 349 (359 et seq.); 26, 100 (110, 115); 26, 163 (171 et seq.); 27, 220 (230 et seq.); 27, 364 (374 et seq.); 28, 324 (361 et seq.); 29, 1 (10); 29, 57 (70 et seq.); 29, 71 (83); 29, 283 (303 et seq.); 31, 187 et seq.; 32, 362 (362 et seq.); 37, 154; 37, 217; 38, 1 (22); 38, 41; 38, 61; 38, 213; 42, 176; 42, 369; 43, 58; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 47, 1; 48, 227; 56, 192; 62, 256; 63, 119; 67, 348; 71, 1; 71, 146; 71, 224], a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante [*BVerfGE* 13, 248 (260); 18, 288 (301 et seq.)].

Isso implicaria, nos casos em que a disposição se mostrasse aplicável apenas a determinado grupo, que, após a declaração de nulidade, nenhuma pretensão poderia ser dela derivada. Todavia, a cassação da norma que não contempla determinado grupo no seu âmbito de aplicação não assegura, por si só, o gozo do direito pretendido ao eventual postulante.

O Tribunal alemão não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefício [cf. STARCK. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, *VVDStRL* 34 (1976). p. 43 (83)]. Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, "uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão" (Steine statt Brot) [IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden*: Nomos, 1980. p. 110. Ver, também, Jülicher, Die *Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*. p. 52. Cf., também, *BVerfGE* 22, 349 (359); 25, 236 (246, 252); 32, 157 (163); 52, 369 (379); 56, 196 (215)].

Vê-se assim que, nos casos de ofensa ao princípio de isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade.

Como já enfatizado, o postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação [MAURER. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber*, Berlim, (s.n.), 1974. p. 345 (354)].

Em princípio, essa relação normativa inconstitucional (*verfassungswidrige Normrelation*) [IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos, 1980. p. 214] não pode ser superada mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar (STERN, Klaus. *Staatsrecht der Bundesrepublik*, v. 2. p. 960).

Essa concepção foi contestada por Sachs. A suposição de que a ofensa ao princípio da isonomia não pode ser aferida em face de uma regra determinada,

configurando sempre a inconstitucionalidade de uma "relação normativa", afigurar-se-ia desde já equivocada, porque, na sua opinião, o direito de igualdade deve ser entendido, exclusivamente, como pretensão a uma abstenção ou pretensão à supressão de um tratamento discriminatório [SACHS, Zur dogmatischen Struktur der Gleicheitsrechte als Abwehrrechte, *DöV*, 1984. p. 411 (418)].

A argumentação desenvolvida por Sachs mostra-se problemática, porque ela vislumbra a inconstitucionalidade, exclusivamente, no favorecimento. Não se esclarece porque o benefício e não a exclusão há de ser considerado inconstitucional (cf. HEIN, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden, (s.n.), 1988. p. 104).

A simples incompatibilidade dos direitos de igualdade com a concessão de privilégios não logra fundamentar satisfatoriamente essa posição, uma vez que não se pode distinguir, de forma geral, entre a concessão de benefícios ao arrepio do princípio da igualdade ou a imposição de ônus em contrariedade ao mesmo princípio (cf. HEIN, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden, (s.n.), 1988. p. 104).

Essa orientação vislumbra no princípio da isonomia apenas um direito de proteção contra favorecimento de terceiros, revelando-se problemática, uma vez que, com fundamento no princípio da igualdade, permitir-se-ia intervenção em *esfera jurídica alheia* (*fremde Rechtssphäre*). Essa ideia importaria inversão do significado do princípio da isonomia, pois geralmente pode-se derivar do princípio da igualdade apenas pretensão à eliminação de intervenção no âmbito da própria esfera jurídica [DÜRIG. In: MAUNZ & DÜRIG, *Kommentar Zum Grundgesetz*, art. 3, § 1º, n. 471; ERICHSEN, Hans-Uwe. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, v. 1 64; DAX, *Das Gleichbehandlungsgebot* 127; GÖTZ, *Die Zuständigkeiten für normative Entscheidung über schicksalbestimmende Fragen in der* BRD, NJW 1979 1478 (1480); HENKE. *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht* 118].

Também em relação às leis que consagram obrigações de forma incompatível com o princípio da igualdade houve por bem a Corte Constitucional alemã abandonar a orientação que recomendava a simples pronúncia da nulidade [*BVerfGE* 8, 28 (37); 8, 51 (70 e s.); 6, 273 (281); 9, 291 (301). Cf., também, SCHNEIDER, Bernd Jürgen. *Funktion der Normenkontrolle und des rechtlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*. Frankfurt am Main, (s.n.), 1988. p. 188; PESTALOZZA, Christian. "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1. p. 520 (535)].

Em inúmeros casos, atinentes às leis tributárias e a diplomas concessivos de benefícios sociais, tem-se valido o Tribunal Constitucional alemão do *topos* "liberdade de conformação do legislador" (*Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) para declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade [*BVerfGE* 23, 1 (10); 25, 101 (110); 28, 227 (242 et seq.); 33, 90 (105 et seq.); 33, 106 (114 et seq.); 45, 104 (114); 51, 1 (9 et seq.); 61, 319 (320, 356 et seq.); 62, 256 (288 et seq.].

Entretanto, na espécie, a mera declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade não parece representar solução adequada, uma vez que ensejaria a suspensão das relações jurídicas configuradas de forma indefinida, até a atuação do legislador.

In casu, afigura-se de bom alvitre a utilização da técnica das decisões manipulativas de efeitos aditivos, estendendo o benefício contemplado aos contribuintes em situação equivalente às fabricantes e montadoras, como a recorrida.

No presente caso, a ponderação da solução para a evidente quebra do princípio da isonomia deve ser solucionada, no ponto, pela extensão do benefício tributário aos demais contribuintes em situação equivalente, pois sua completa eliminação repercutiria de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição.

Isto é, em juízo de ponderação interna, a solução de estender o referido benefício tributário satisfaz com maior intensidade os mandamentos constitucionais que a extinção total do benefício.

Ressalte-se que tal decisão não afronta o princípio da separação de poderes, eis que não se retira do Poder Legislativo a possibilidade superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão. Da mesma forma, o Poder Executivo pode a qualquer momento alterar a alíquota do imposto de importação, por meio de decreto, de sorte a superar eventuais impactos da decisão aditiva.

Dessa forma, ao conceder a segurança, o Tribunal *a quo* não violou a Carta Magna, mas a aplicou corretamente, pois enquanto perdurar o benefício fiscal às montadoras e fabricantes, a cobrança da alíquota integral de imposto de importação sobre a recorrida é inconstitucional.

Nesse contexto, a extensão do benefício fiscal à recorrida – por meio de decisão de manipulativa de efeitos aditivos – revela-se como solução mais adequada ao ordenamento constitucional.

Portanto, também entendo correta a interpretação adotada pelo Tribunal *a quo* para estender o benefício de redução de 40% do imposto de importação, previsto no art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001, também aos contribuintes, diversos dos fabricantes e montadoras, que atuem no mercado de reposição.

Nesses termos, peço vênia ao relator para acompanhar a divergência, negando provimento ao recurso extraordinário e cassando a liminar concedida às fls. 142-145 da AC 102/PR.

É como voto.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhora presidente, já faz algum tempo que proferi esse voto, mas eu gostaria de reafirmar o que sustentei, no

sentido de ser bastante pacífica a jurisprudência deste Tribunal em recurso extraordinário, no que se refere à impossibilidade de o Poder Judiciário acrescentar privilégios fiscais expressamente previstos em lei e estendê-los a outros possíveis beneficiários.

Citei, no meu voto, inúmeros precedentes nesse sentido, como, por exemplo: RE 213.201; RE 191.530 e RE 191.531, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; RE 161.338, rel. min.Marco Aurélio; RE 167.922, rel. min. Ilmar Galvão; RE 166.122, rel. min. Celso de Mello; RE 153.314, rel. min. Paulo Brossard.

Citei ainda o voto do ministro Sepúlveda Pertence no RE 213.201, quando Sua Excelência sustentou o seguinte:

> Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DL 2.434/1988, art. 6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade arguida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.

Em acórdão vencedor, por unanimidade, sustentou também o ministro Ilmar Galvão num desses precedentes:

> Não cabe ao Poder Judiciário estender a isenção de modo a alcançar as operações não previstas pelo legislador, tendo em vista que o ato de que decorre a isenção fiscal escapa ao seu controle.

À mesma conclusão chegou o ministro Celso de Mello em acórdão também unânime. Disse Sua Excelência o seguinte:

> Os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob o fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo.

Esse foi o ponto de vista do ministro Celso de Mello no RE 166.122.

Reafirmo, portanto, o meu voto, dando provimento ao recurso extraordinário.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhora presidente, eu só queria tecer uma rápida consideração, porque o ministro Gilmar Mendes agitou um tema tão

importante a influenciar, por certo, as posturas interpretativas deste Tribunal em causas multitudinárias. Sua Excelência disse que o foco da alegação de inconstitucionalidade não está propriamente no benefício em si, ou seja, se o benefício fosse de aplicabilidade geral e não apenas adstrito a uma categoria de empresários, a um setor empresarial, nem haveria impugnação judicial; o problema da lei não está na instituição do benefício que cumpre, aqui, um nítido papel de extrafiscalidade – foi o que entendi do voto do ministro Gilmar Mendes. E Sua Excelência sugere que o ordenamento sofreria menos com a extensão do benefício a todos os setores empresariais envolvidos do que a sua eliminação pura e simples, quando ninguém sairia beneficiado pela lei. E daí Sua Excelência agita, esgrime o manejo da interpretação conforme como uma técnica idônea a resolver o caso concreto.

Nós sabemos que, na interpretação conforme, a Constituição tem por pressuposto a polissemia do texto normativo ou do dispositivo posto em causa, ou seja, é preciso que o dispositivo posto em causa, para admitir a interpretação conforme, seja plurissignificativo e que uma das suas significações seja inconstitucional, e na interpretação conforme se nega a incidência a um dos sentidos, a um dos significados do dispositivo que se entende ofensivo da Constituição.

Partindo desse pressuposto de que qualquer medida corretiva, radical, no sentido de excluir para todo e qualquer setor empresarial o benefício é mais ofensiva da Constituição do que sua extensão a todos os setores, considero viável o uso dessa técnica da interpretação conforme para resolução de casos concretos, entendendo que se trata aí de uma modulação material do texto normativo, não é uma modulação temporal evidente, mas material. Essa modulação material, desde que não perca de vista o referencial do texto interpretado e, em última análise, homenageie a Constituição como um todo, não chega a incorrer no risco de uma sentença aditiva, ou autoaplicativa, ou manipulativa, parece-me que não, a meu ver ela é uma sentença que, no nosso caso agora examinado, plenificará a chamada interpretação teleológica. Ou seja, se, em última análise, a finalidade da lei foi conferir um benefício que cumpre uma função benfazeja no plano da extrafiscalidade, a extensão desse benefício a todos os setores corresponderia a uma interpretação cheia do texto, seria uma potencialização teleológica do texto, porque a interpretação contrária, radical, excludente do benefício para todo e qualquer setor empresarial seria mais ofensiva do ordenamento.

Quando a opção é assim radical, eu também admito essa hipótese da interpretação conforme a significar uma modulação material do dispositivo interpretado. Assim, negaríamos incidência à interpretação restritiva que adscreve o benefício a um exclusivo setor empresarial. Não me parece que isso acarretaria a pecha de invencionice; ou seja, o Poder Judiciário a se colocar no lugar do legislador, criando um benefício por ele não originariamente visado.

Penso que a matéria é muito delicada, muito sensível, demanda de nossa parte uma detida, uma aturada reflexão.

O ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista, o que foi ótimo. Sua Excelência, por certo, trará contribuições fundamentais para o nosso

posicionamento, mas antecipo que não me causa espécie, não me repugna trabalhar com a interpretação conforme para conferir ao texto, interpretando uma dimensão normativa aparentemente nova, mas perfeitamente consentânea com a plenitude teleológica desse mesmo texto, com a originária intenção do legislador.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Ministro Carlos Britto, não deixei de refletir sobre essas questões, especialmente sobre uma possível polissemia do texto. Mas, diante do texto da norma impugnada neste recurso extraordinário, não tive outra alternativa. Veja Vossa Excelência o que diz a norma:

> § 1º O disposto no *caput* aplica-se às importações destinadas aos processos produtivos das montadoras e dos fabricantes de:
> I – veículos leves: automóveis e comerciais leves;
> II – ônibus;
> III – caminhões;
> IV – reboques e semirreboques;
> V – chassis com motor;
> VI – carrocerias;

Não vejo como estender isso a uma empresa que se dedica à comercialização pura e simples de pneumáticos; não vejo como fazer isso, sem me colocar no papel de legislador.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas o ponto nevrálgico do texto, ou o seu calcanhar de Aquiles, a suscitar toda essa discussão está na sua parte final:

> (...) incluídos os destinados ao mercado de reposição.

E não faz sentido manter o advérbio exclusivamente, foi o que o ministro Gilmar Mendes enfatizou.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Na verdade, aqui não há solução. A quebra na isonomia é evidente. A questão é sobre a técnica, como resolver o tema. A quebra de isonomia é evidente por quê?

O sr. ministro Marco Aurélio: Penso que estão querendo convencer o ministro que pediu vista do processo!

O sr. ministro Menezes Direito: Por isso é que estou só ouvindo, para aprender.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A quebra da isonomia é evidente. Agora, a discussão é saber como se resolve, ou se finge que não houve inconstitucionalidade, e essa pode ser uma opção, mas a quebra da isonomia é evidente; ou se adota alguma técnica para resolver o problema.

EXTRATO DA ATA

RE 405.579/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: União (Advogado: PFN – Luis Alberto Saavedra). Recorrida: Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. – GINAP (Advogados: Renata Saraiva Verano e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Nelson Jobim. Plenário, 17-2-2005.

Decisão: Após o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, negando provimento ao recurso e cassando a liminar concedida, e das manifestações dos ministros Joaquim Barbosa (relator) e Carlos Britto, reafirmando os votos proferidos anteriormente, pediu vista dos autos o ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o ministro Celso de Mello. Presidência da ministra Ellen Gracie.

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

Brasília, 17 de outubro de 2007 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, que tem por objeto a cassação de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região o qual reconheceu à recorrida o direito de obter redução do imposto de importação incidente sobre a importação de pneus novos, acórdão esse calcado em suposta violação ao art. 150, II, da Constituição Federal, pois a Lei 10.182/2001, ao conceder tal redução apenas a fabricantes e montadoras de veículos e de peças, teria ferido o princípio da igualdade tributária, estabelecendo situações desiguais entre contribuintes que se encontram em idêntica posição.

Dado o largo lapso temporal decorrido desde o início do julgamento, convém fazer breve digressão sobre os votos já anteriormente proferidos.

Na sessão de 25-11-2004, esta Corte deliberou conhecer do recurso extraordinário em testilha, vencidos, quanto a esse particular, o ministro relator, **Joaquim Barbosa**, e o ministro **Marco Aurélio**.

No tocante ao mérito, o ministro relator votou pelo provimento do recurso, posicionamento esse que foi seguido, posteriormente, pelos ministros **Eros Grau** e **Cezar Peluso**. Na ocasião, negaram provimento ao recurso os ministros **Marco Aurélio** e **Ayres Britto**.

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do ministro **Gilmar Mendes**, tendo o ministro **Celso de Mello** declarado seu impedimento.

Na sequência, na sessão de 17-10-2007, o ministro **Gilmar Mendes** votou pelo não provimento do recurso, tendo os ministros **Joaquim Barbosa** e **Ayres Britto** ratificado os votos anteriormente proferidos.

Na ocasião, o ministro **Joaquim Barbosa** destacou no seu voto que a "isenção de que trata a lei não atinge a importação de pneumáticos para o

mercado de reposição, seja para montadoras, seja para fabricantes de veículos. O § 1º do art. 5º torna claro que as importações que gozam da isenção estipulada são exclusivamente 'destinadas aos processos produtivos'".

O ministro **Cezar Peluso** assinalou que o acórdão reconheceu ofensa à regra constitucional da isonomia, fazendo-a incidir "sobre fato certo que não lhe comporta incidência. Isso significa que houve infringência dessa mesma regra, ao aplicá-la a uma situação factual indiscutível que não comporta aplicação". Afirmou que a interpretação do dispositivo deve ser no sentido de voltar-se para "estimular o desenvolvimento da indústria nacional, dirigindo-se, portanto, ao mercado de criação e, por isso mesmo, não pode beneficiar o mercado comercial, que tem por objeto produtos acabados, destinados ao assim denominado 'mercado de reposição'".

Em erudito voto-vista, o ministro **Gilmar Mendes** acompanhou a divergência. Depois de considerar que o dispositivo objeto do mandado de segurança estabelece "posição privilegiada para determinado grupo de importadores em relação aos demais, no exercício das mesmas atividades", traçou o quadro das diversas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. Disse o ministro **Gilmar Mendes** que a evolução jurisprudencial da Suprema Corte pode livrá-la "do vetusto dogma do legislador negativo", para alinhar-se "à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias". Com isso, "a assunção de atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves à efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional".

No entendimento do ministro **Gilmar Mendes**, o caso em pauta é capaz de ensejar um avanço da Suprema Corte nessa direção. Assim, entendeu "que o benefício previsto no art. 5º, § 1º, X, da Lei 10.182/2001 coaduna-se com o caráter extrafiscal do imposto de importação e deve continuar em vigor sem, no entanto, excluir os demais contribuintes". Isso é assim na perspectiva do voto-vista porque a "incompatibilidade com o texto constitucional não advém da redução da alíquota do imposto de importação, mas tão somente da exclusão de contribuintes em situação equivalente".

É que, para o ministro **Gilmar Mendes**, o "atentado à isonomia consiste exatamente em se tratarem desigualmente situações iguais, ou em se tratarem uniformemente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada". Depois de rechaçar como solução adequada a declaração de constitucionalidade sem pronúncia de nulidade, "uma vez que ensejaria a suspensão das relações jurídicas configuradas de forma indefinida, até a atuação do legislador", optou pela técnica "das decisões manipulativas de efeitos aditivos, estendendo o benefício contemplado aos contribuintes em situação equivalente às fabricantes e montadoras, como a recorrida".

Afirma o ministro **Gilmar Mendes** que, no presente caso, "a ponderação da solução para a evidente quebra do princípio da isonomia deve ser solucionada,

no ponto, pela extensão do benefício tributário aos demais contribuintes em situação equivalente, pois sua completa eliminação repercutiria de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição". Assim, "em juízo de ponderação interna, a solução de estender o benefício tributário satisfaz com maior intensidade os mandamentos constitucionais que a extinção total do benefício". Acrescentou, ainda, "que tal decisão não afronta o princípio da separação de poderes, eis que não se retira do Poder Legislativo a possibilidade de superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão. Da mesma forma, o Poder Executivo pode a qualquer momento alterar a alíquota do imposto de importação, por meio de decreto, de sorte a superar eventuais impactos da decisão aditiva". Finalmente, reconheceu que, "enquanto perdurar o benefício fiscal às montadoras e fabricantes, a cobrança da alíquota integral de imposto de importação sobre a recorrida é inconstitucional".

Nessa ocasião, o saudoso ministro **Menezes Direito** pediu vista.

Inicio as considerações sobre o tema, rejeitando, desde logo, a alegada violação à letra *c* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, pois a decisão recorrida em nenhum momento julgou válida lei ou ato de governo local contestados em face desta Constituição.

Relativamente à alínea *a* do permissivo constitucional, o recurso preenche os requisitos gerais de admissibilidade, motivo pelo qual passo ao exame do mérito.

No presente caso, verifica-se que a questão central a ser dirimida consiste no exame do art. 5º da Lei 10.182, de 2001, e de sua compatibilidade com a isonomia tributária, artigo esse que veicula norma de incentivo fiscal de redução em 40% do imposto de importação incidente na importação de "partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e de pneumáticos", direcionado, exclusivamente, para as empresas montadoras e fabricantes de veículos ou de partes de veículos.

No entendimento da impetrante, a quebra da isonomia está identificada pela circunstância de não estar ela alcançada pela redução da alíquota do imposto de importação em razão de atuar apenas no mercado comercial, não sendo, portanto, fabricante. A regra jurídica de benefício estaria criando situação de desigualdade, abrangida pelo art. 150, II, da Constituição Federal. Tudo porque, segundo ela, se há situação idêntica de atuação em um mesmo segmento de mercado, a carga tributária deveria ser a mesma.

Tal arguição foi aceita pelo Tribunal de origem sob o fundamento de que a expressão "incluídos os destinados ao mercado de reposição" estaria a permitir que disso se beneficiassem montadoras que cumulativamente atuassem no mercado de reposição de pneumáticos, a par de sua atividade de fabricação de veículos automotores.

De minha parte, inclino-me a considerar que as normas em discussão não se afiguram como arbitrárias, mas diferenciam um grupo razoável de pessoas jurídicas (fabricantes), em razão da particularidade de atuarem no setor

produtivo, descabendo falar-se em posição privilegiada para determinado grupo de importadores em relação aos demais no exercício das mesmas atividades.

É que o art. 5º da Lei 10.182/2001 não tem o alcance dado pelo v. acórdão recorrido. Ele permite a redução do tributo em tela para pneus apenas **se esses forem utilizados na fabricação de veículos**, não estendendo o benefício ao caso de pneus destinados ao mercado de reposição, desvinculados que estão do processo de fabricação de um novo veículo ou de partes de um veículo.

Essa é a interpretação que sobressai da norma em apreço, a qual apenas concede o benefício fiscal às importações dos insumos constantes do *caput* – quais sejam: "partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumáticos" – quando esses se destinam **exclusivamente** ao processo produtivo das empresas montadoras e dos fabricantes dos produtos elencados nos incisos I a X, conforme expresso no § 1º.

Assim, a condição para fazer jus ao benefício é que os insumos importados possam ser usados na produção de veículos ou de partes desses veículos.

A particularidade relativa aos fabricantes nacionais de "autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos" empregados na produção de veículos é que a lei lhes concede o benefício mesmo que parte dos itens fabricados seja **destinada ao mercado de reposição**.

Dessa forma, o que se poderá destinar ao mercado de reposição não são os próprios insumos (dentre eles os pneumáticos) importados com redução do imposto de importação, mas apenas os **produtos fabricados a partir desses insumos** – e somente aqueles contidos no inciso X –, os quais, por sua vez, são partes, componentes, conjuntos ou subconjuntos dos itens elencados nos incisos I a IX do § 1º do art. 5º da referida lei.

Esse entendimento é corroborado pelo teor do art. 6º da mesma lei, que impõe exigências para a fruição da redução do imposto de importação, quais sejam, habilitação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) e "comprovação, exclusivamente para as empresas fabricantes dos produtos relacionados **no inciso X do § 1º** do artigo anterior, de que mais de cinquenta por cento do seu faturamento líquido anual é decorrente da **venda desses produtos, destinados à montagem e fabricação dos produtos relacionados nos incisos I a IX do citado § 1º e ao mercado de reposição**".

Assim, vê-se que, ao contrário do que afirma a recorrente, em nenhum momento a lei permitiu a importação desonerada de pneumáticos, ou de quaisquer outros produtos acabados, destinados ao mercado de reposição, seja para montadoras, seja para fabricantes de veículos. Questões concernentes a eventuais distorções, como bem acentua o ministro **Eros Grau**, "certamente não podem ser objeto de correção no âmbito deste recurso extraordinário. Haverá outras vias. A fiscalização que fiscalize, e o prejudicado pela prática de concorrência desleal que vá ao Cade, e assim por diante, mas não no âmbito deste recurso extraordinário".

No mesmo sentido, transcrevo o bem elaborado parecer apresentado nestes autos pela eminente subprocuradora-geral da República dra. Ela W. V. de Castilho, que, ao cuidar dessa norma, assim afirmou:

> Ora, a exegese de tal norma não demanda maiores esforços interpretativos, porquanto a letra da lei revela que o que se poderá destinar ao mercado de reposição não são os insumos importados com redução de imposto (pneus, por ex.), mas os itens fabricados a partir de tais insumos, ou seja, esses itens tanto poderão ser destinados à incorporação no processo produtivo das indústrias, quanto serem comercializados no mercado de reposição. Vê-se, pois, que, em momento algum, a lei autorizou a importação, com o IPI reduzido, de produtos destinados diretamente ao mercado de reposição, quer para as montadoras, quer para os fabricantes de veículos (...). [Fls. 401/402.]

Registro, por oportuno, que a União (Fazenda Nacional), em memorial entregue na secretaria do gabinete, informa que, em pesquisa realizada junto ao Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), "entre 1º de janeiro de 2001 a 31 de dezembro de 2003 nenhuma outra empresa, seja fabricante ou montadora, importou pneumáticos para revenda no mercado de reposição, a não ser, justamente, a ora recorrida, sendo de se ressaltar, que das importações de pneus efetuadas com redução de imposto no ano de 2003, as efetivadas pela recorrida correspondem a 11% do total desse ano, valor expressivo, a influenciar, inclusive, o controle da balança comercial".

Ora, não se cogita de equivalência entre empresas que atuam no mercado de reposição de pneus, como é o caso da impetrante, e os fabricantes que utilizam pneus (insumos) no processo de fabricação de veículos, que são os destinatários da norma, não se podendo afirmar que existe violação ao princípio constitucional da igualdade a ensejar interpretação extensiva da referida redução a todas as empresas que atuam no mercado de reposição de pneus.

Sobre isonomia, destaco citação feita pela ministra **Ellen Gracie**, na ADI 1.276/SP, *DJ* de 29-11-2002, citando lição de Santiago Dantas (Igualdade perante a lei. In: *Problemas de direito positivo*, Rio de Janeiro: Forense, 1953), para quem "[s]e analisarmos os casos em que as leis diferenciadoras ou classificadoras ferem o nosso sentimento jurídico, e merecem o nome de arbitrárias, e os casos em que nos parecem corresponder a um agrupamento razoável de casos ou pessoas, logo percebemos que o nosso juízo se forma exclusivamente sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei".

Percebo que o legislador utilizou-se legitimamente do caráter extrafiscal do imposto de importação, comumente utilizado como instrumento regulador da atividade econômica, consistente no estímulo ao crescimento e à competitividade da indústria nacional, podendo o benefício ser utilizado de forma díspar, agrupando contribuintes que se encontram numa mesma situação fática – no caso, fabricantes – sem ofender os postulados da isonomia tributária, pois foram agrupados seres de uma mesma categoria considerada essencial, segundo critérios razoáveis. Se fosse diferente, não haveria razão alguma para identificar-se a extrafiscalidade do imposto.

Com o devido respeito aos que entendem em sentido contrário, considero que não existe situação comparável entre as atividades de fabricar ou montar e a de comerciar. Não se pode deixar de reconhecer que a igualdade pressupõe a existência de mecanismo de comparação, ou seja, é necessário que haja igualdade de situação de fato ou de direito capaz de fazer incidir o princípio constitucional. Quando a lei especial beneficia a atividade industrial não se pode dizer que se está ferindo o postulado da isonomia porque deixou de contemplar a atividade comercial.

Nessa conformidade, foi o acórdão recorrido que, de fato, violou o princípio da isonomia (art. 150, II, da Constituição Federal), a partir do momento em que estendeu uma hipótese de redução de alíquota de imposto de importação a uma empresa que não se enquadra entre aquelas cuja atividade econômica justifica a concessão do benefício.

Destarte, o provimento do recurso é medida que se impõe, dada a ausência de violação de norma constitucional, apartando-me, quanto a esse particular, do voto do eminente relator, que proveu o recurso com fundamento em outras violações.

Ressalto, em arremate, que, ainda que assim não fosse, mereceria provimento o recurso também com fundamento no fato de que esta Corte de há muito já pacificou o entendimento no sentido de que não incumbe ao Poder Judiciário estender benefício fiscal como esse ora em análise, previsto em lei, para alcançar situações que se encontram fora do âmbito de previsão legal dessa isenção.

Cite-se, para ilustrar, a ementa do seguinte julgado, relatado pelo ilustre ministro **Celso de Mello**, que bem apreciou a questão:

> *Agravo de instrumento – IPI – Açúcar de cana – Lei 8.393/1991 (art. 2º) – Isenção fiscal – Critério espacial – Aplicabilidade – Exclusão de benefício – Alegada ofensa ao princípio da isonomia – Inocorrência – Norma legal destituída de conteúdo arbitrário – Atuação do Judiciário como legislador positivo – Inadmissibilidade – Recurso improvido. Concessão de isenção tributária e utilização extrafiscal do IPI.* A concessão de isenção em matéria tributária traduz ato discricionário, que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do poder público (RE 157.228/SP), destina-se – a partir de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal – a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais. *O postulado constitucional da isonomia – A questão da igualdade na lei e da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello).* – O princípio da isonomia – que vincula, no plano institucional, todas as instâncias de poder – tem por função precípua, consideradas as razões de ordem jurídica, social, ética e política que lhe são inerentes, a de obstar discriminações e extinguir privilégios (*RDA* 55/114), devendo ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei

e da igualdade perante a lei (*RTJ* 136/444-445). A alta significação que esse postulado assume no âmbito do Estado Democrático de Direito impõe, quando transgredido, o reconhecimento da absoluta desvalia jurídico-constitucional dos atos estatais que o tenham desrespeitado. Situação inocorrente na espécie. – A isenção tributária concedida pelo art. 2º da Lei 8.393/1991, precisamente porque se acha despojada de qualquer coeficiente de arbitrariedade, não se qualifica – presentes as razões de política governamental que lhe são subjacentes – como instrumento de ilegítima outorga de privilégios estatais em favor de determinados estratos de contribuintes. *Isenção tributária: reserva constitucional de lei em sentido formal e postulado da separação de poderes.* – **A exigência constitucional de lei em sentido formal para a veiculação ordinária de isenções tributárias impede que o Judiciário estenda semelhante benefício a quem, por razões impregnadas de legitimidade jurídica, não foi contemplado com esse** "***favor legis***". A extensão dos benefícios isencionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes. Os magistrados e tribunais, que não dispõem de função legislativa – considerado o princípio da divisão funcional do poder –, não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusa a própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo. Precedentes. [AI 360.461-AgR/MG, Segunda Turma, *DJE* de 28-3-2008.]

Também já tive oportunidade de proferir decisão monocrática, no mesmo sentido, apreciando tal questão, em cuja fundamentação são citados diversos outros precedentes:

A irresignação não merece prosperar, haja vista que o acórdão recorrido decidiu em sintonia da jurisprudência da Corte no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, em razão do princípio da isonomia, estender tratamento tributário diferenciado a destinatários não contemplados pela previsão legal, sob pena de afronta ao princípio fundamental da separação dos poderes; caso contrário, faria o Judiciário papel de legislador positivo, função estranha à competência que a Constituição lhe conferiu. Nesse sentido, anote-se:

> **Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. PIS/Pasep e Cofins. Extensão de tratamento diferenciado. Isonomia. Impossibilidade jurídica do pedido. 1. O acolhimento da postulação da autora – extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/Pasep e da Cofins – implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados. Precedentes. Agravo regimental não provido. [RE 402.748-AgR/PE, Segunda Turma, rel. min. Eros Grau, *DJE* de 16-5-2008.]**

> Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. [RE 388.660/RN, *DJE* de 16-3-2010.]

Não há que se falar, portanto, em direito líquido e certo da recorrida a ser amparado pela impetração em tela, razão pela qual, com a vênia dos eminentes ministros que votaram de forma diversa, dou provimento ao recurso extraordinário, para – reconhecendo que o acórdão recorrido violou a norma do art. 150, II, da Constituição Federal – denegar a postulada segurança, arcando a vencida com as custas do processo, sem se cogitar, contudo, em condenação em honorários de advogado, nos termos da Súmula 512 deste Tribunal. Consequentemente, reconheço prejudicada a AC 102/PR, em apenso a estes autos, bem assim o agravo regimental lá interposto contra a decisão concessiva da pretendida liminar.

É como voto, com o relator.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, gostaria só de fazer uma brevíssima observação, na linha do que já foi citado no meu voto pelo ministro Dias Toffoli.

Toda questão – e procurei mostrar aqui no meu voto – está associada ao disposto na própria lei, a Lei 10.182, que estabeleceu o seguinte – e isso está muito claro também no voto do ministro Marco Aurélio:

> Art. 5º Fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumáticos.
>
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de:

E aí vem a lista enorme e fala assim:

> X – autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX.

Portanto, supondo que sejam todos peças e componentes de veículos, porque se tratava de uma medida de incentivo a essa área, usando da extrafiscalidade que marca o Imposto de Importação. Mas veja-se a parte final:

> incluídos os destinados ao mercado de reposição.

Esse é um dado, inclusive, da realidade. Se a administração fazendária contempla, e o texto permite o quê? Que uma empresa concessionária de veículos – portanto, que vende veículos e vende as peças de reposição – beneficie-se dessa isenção, dessa redução. E, se ela concorre com outro...

O sr. ministro Ayres Britto: Atuando no campo da reposição, e não apenas no campo da fabricação.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Da fabricação, porque ela atua no campo da reposição de peças.

Então, é este o ponto, e o caso é interessante, porque é aquele da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Por quê? Porque se contempla um dado grupo, um dado nicho e não se estende o benefício a outrem que está aparentemente nas mesmas condições.

O sr. ministro Ayres Britto: Na mesma situação.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nós não estamos aqui a discutir os benefícios das montadoras, dos fabricantes de veículos. Isso não está em jogo.

O sr. ministro Ayres Britto: O problema não é a concessão do benefício, é a adscrição dele, do benefício, a somente um determinado segmento empresarial.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A um dado segmento. E, neste caso específico, ao segmento...

O sr. ministro Marco Aurélio: O fator de discriminação passa a ser odioso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É esse o ponto. Se de fato essa concessão não tivesse sido feita a esse setor de reposição, o pedido seria absolutamente incabível. Se de fato nunca houve importação por parte das concessionárias, aí nós teríamos um elemento fático, mas não parece ser isso que está a indicar nos autos. Então, esse é o ponto. E, se caso de fato ocorreu a importação para esse setor, nós estamos dando um tratamento desigual. Por isso que, na formulação final, como é um caso difícil do ponto de vista de solução técnica, poderíamos até declarar a inconstitucionalidade da expressão final, mas, aí, nós não sabemos o que nós alcançamos em termos gerais. Eu optei por um modelo de sentença aditiva, sugerindo que estendêssemos o benefício em nome do princípio da isonomia, na linha do que tinha feito o Tribunal, até que a Fazenda faça a devida avaliação e mantenha ou não a redução para o setor como um todo.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, como técnica de decisão, de decidibilidade, também poderíamos dar interpretação conforme ao dispositivo para excluir a interpretação restritiva, para excluir a interpretação que só alcançasse um segmento de empresários.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Pois é, mas acabamos estendendo um benefício.

O sr. ministro Marco Aurélio: O Tribunal de origem o fez, tanto que, quando votei sobre a matéria, caminhei no sentido de desprover o recurso e aludi ao problema do fator de discriminação, que discreparia da ordem natural das coisas, dos interesses maiores nacionais, e, também, a partir disso, a problemática da concorrência.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhor presidente, a premissa da lei me parece claríssima. Ela cria um benefício a favor única e exclusivamente das empresas montadoras e dos fabricantes, ou seja, quem produz.

O sr. ministro Marco Aurélio: Somente as multinacionais seriam favorecidas? As montadoras são multinacionais.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Não, é que a impetrante não produz nada. Ela não produz nada. Ela comercializa. Ela importa e comercializa.

E essa é uma diferença crucial. Uma coisa é você produzir, você tem custo em insumos, em pessoal; a outra coisa é importar e comercializar. Essa é a diferença.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A questão que tem de ser decidida é a seguinte: se a concessionária – esse é um elemento fático que precisa ser deslindado de forma clara...

O sr. ministro Marco Aurélio: Se é concessionária, não monta.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Se a concessionária recebe esse benefício para importar e vender pneus importados, porque ela atua na peça de reposição, nós temos um tratamento anti-isonômico aqui. É tão somente este ponto, porque, no fundo, essa fórmula final acabou dando a essas concessionárias vinculadas às empresas montadoras uma vantagem que se não concede às demais empresas que atuam no mercado livre.

O sr. ministro Marco Aurélio: Considerado o mesmo produto.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O mesmo produto: pneu importado.

O sr. ministro Ayres Britto: Se fosse exclusivamente para a fabricação, não haveria situação, aí, de falta de isonomia, porque teríamos um setor industrial sendo beneficiado. Mas, na medida em que o benefício alcança a concessionária enquanto comerciante de pneus avulsos...

O sr. ministro Marco Aurélio: Pois é, foi quando disse, em voto, que, se não houvesse essa cláusula do inciso X, não teria dúvida em acompanhar o relator, mas, com ela, evidentemente se abriu o leque para beneficiar todas as empresas que atuem no mercado de reposição.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): O parágrafo é muito claro.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, eu vou ser mais simples, juntarei o voto. Peço muitas vênias à divergência, mas acompanho o ministro relator, provendo o recurso, porque realmente não me parece plausível a argumentação pelas razões do art. 2º, que foi aproveitado também pelo relator, mas exclusivamente com base no princípio da isonomia, tal como me parece que faz agora o ministro Dias Toffoli, ou seja, o fundamento é basicamente esse.

Eu junto o voto, portanto, e dou provimento ao recurso.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu, interessantemente, tenho anotações feitas da assentada anterior, onde se discutiu essa matéria com bastante profundidade. Lembro-me, agora, dos debates que foram veiculados da tribuna.

Vou pedir vênia ao eminente relator para negar provimento ao recurso. E o faço baseado nas singelíssimas anotações que fiz aqui e que coincidem com as

verbalizadas agora pelo ministro Gilmar Mendes e também pelo ministro Marco Aurélio e, em parte, salvo engano, pelo ministro Ayres Britto.

Eu leio o que escrevi, na ocasião, e mantenho esse ponto de vista. Eu dizia e ainda penso o seguinte:

> As montadoras e fabricantes de veículos que também são importadoras, ao se valerem do benefício fiscal previsto no inciso X, § 1º, do art. 5º da Lei 10.182/2001, que concede uma isenção de 40% do imposto de importação, concorrem em condição de vantagem no mercado de reposição de pneus com as demais importadoras, em ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal, que veda tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Portanto, pedindo vênia e me reportando às reflexões que fiz na ocasião em que se iniciou o julgamento, nego provimento ao recurso.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Dias Toffoli: Só queria reiterar algo que consta do meu voto. O art. 6º da referida lei especifica, em relação a todo o art. 5º, que os fabricantes de autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos farão jus à redução de imposto desde que comprovem, junto ao Siscomex, que mais de 50% do seu faturamento líquido anual é decorrente da venda desses produtos destinados à montagem e à fabricação dos produtos relacionados nos incisos de I a X do citado § 1º e ao mercado de reposição. Note-se: exclusivamente para os fabricantes.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Repete o que está no art. 5º.

O sr. ministro Dias Toffoli: É só para reiterar, em razão das manifestações da divergência, que eu faço a leitura do 5º com o 6º.

VOTO

A sr. ministra Ellen Gracie: Presidente, eu peço vênia à divergência e também acompanho o relator.

O art. 5º da Lei 10.182 reduziu o imposto exclusivamente para importações destinadas ao processo produtivo: produzir veículos, produzir peças de reposição. A lei não reduz o imposto para a simples revenda de peças importadas no País. O objetivo da lei foi incentivar a produção nacional. A impetrante atua exclusivamente na venda de peças de reposição, não é montadora de veículo, não é fabricante de peça alguma, a sua situação, portanto, é diversa das empresas beneficiadas pela redução do tributo. Não há, portanto, qualquer violação ao princípio da isonomia.

Por essas razões e entendendo que o acórdão recorrido equivocou-se na interpretação da lei, dando por violado o princípio da isonomia, quando isso de fato não ocorreu. Acompanho o voto do eminente relator para prover o recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 405.579/PR — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: União (Procurador: Procurador-geral da Fazenda Nacional). Recorrida: Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. – GINAP (Advogados: Renata Saraiva Verano e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso, contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Declarou impedimento o ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso, que votou em assentada anterior.

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

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

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 451.907 — PR

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Agravante: União — Agravados: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e outros

Embargos de divergência – Pressupostos formais de sua utilização – Jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal que se consolidou, posteriormente, em sentido oposto ao do acórdão embargado – Divergência de teses configurada – Litisconsórcio ativo facultativo – Autores com domicílio em diversas unidades da Federação – Possibilidade de instauração da causa, contra a União Federal, em qualquer das seções judiciárias onde domiciliados os litisconsortes ativos – Escolha que se submete, unicamente, ao critério exclusivo dos demandantes (CF, art. 109, § 2º) – Admissibilidade dos embargos de divergência – Recurso de agravo improvido.

Função jurídico-processual dos embargos de divergência.

– Os embargos de divergência – instituídos pela Lei 623, de 19-2-1949, preservados pelo RISTF (arts. 330/332) e hoje disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 546, na redação dada pela Lei 8.950/1994) – destinam-se, em sua específica função jurídico-processual, a promover a uniformização de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 162/1082, *v.g.*), suprimindo, desse modo, em obséquio ao princípio da certeza e da segurança jurídicas, os dissídios interpretativos que se registrem entre as Turmas ou que antagonizem uma das Turmas ao próprio Plenário desta Corte.

Legitimidade da pretensão uniformizadora da parte embargante que objetiva fazer prevalecer a posição jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal.

– Acórdão embargado que não reflete a jurisprudência predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal: hipótese que justifica a admissibilidade dos embargos de divergência.

Orientação hoje consolidada na jurisprudência do STF.

– Nas causas intentadas contra a União Federal, os litisconsortes ativos, quando domiciliados em unidades diversas da Federação, poderão, sempre a seu exclusivo critério, ajuizar a concernente ação no foro do domicílio de qualquer deles, sem prejuízo de sua opção por qualquer dos outros critérios definidores da competência da Justiça Federal comum estabelecidos no art. 109, § 2º, da Constituição da República. Precedentes de ambas as Turmas do STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Ausente, neste julgamento, a ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 20 de março de 2013 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se de recurso de agravo**, tempestivamente interposto, contra decisão **que recebeu** os embargos de divergência, **para conhecer e negar provimento** ao recurso extraordinário **deduzido** pela parte ora recorrente.

Inconformada com essa decisão, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando** o restabelecimento do acórdão emanado da colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (**fls. 187/190**).

Sendo esse o contexto, **submeto**, à apreciação do egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Não assiste** razão à parte ora recorrente.

Com efeito, *tal como ressaltado na decisão ora recorrida*, os embargos de divergência, **que constituem** instrumento processual **de uniformização** de jurisprudência (**RTJ 162/1082**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **revelam-se oponíveis** quando – **manifestados** no âmbito do Supremo Tribunal Federal – **insurgem-se** contra decisão **de uma** de suas Turmas que, em recurso extraordinário, em agravo de instrumento **ou**, *ainda*, em agravo em recurso extraordinário (**Lei** 12.322/2010), **diverge** de julgado **de outra** Turma **ou do Plenário** desta Suprema Corte (**RISTF**, art. 330).

Vê-se, *portanto*, que a existência de dissenso **qualifica-se** *como pressuposto necessário* da adequada utilização *dos embargos de divergência*, **considerada a finalidade** que motivou o legislador a positivá-los em nosso sistema de direito positivo.

Como se sabe, os embargos de divergência – **instituídos** pela Lei 623, de 19-2-1949, **preservados** pelo RISTF (arts. 330/332) **e hoje disciplinados** pelo Código de Processo Civil (art. 546, **na redação** dada pela Lei 8.950/1994) – **destinam-se**, *em sua específica função jurídico-processual*, **a promover a uniformização de jurisprudência** no âmbito do Supremo Tribunal Federal,

suprimindo, *desse modo*, **em obséquio** ao princípio da certeza **e** da segurança jurídicas, **os dissídios interpretativos** que se registrem **entre** as Turmas **ou** que antagonizem **uma** das Turmas **ao próprio** Plenário desta Corte.

Essa modalidade recursal – que desempenha **a mesma** função reservada **ao antigo** recurso de revista **previsto** no art. 853 do CPC de 1939 (VICENTE GRECO FILHO, "**Direito Processual Civil Brasileiro**", vol. 2/308, 1989, 4. ed., Saraiva) – **acha-se condicionada**, **quanto** à sua utilização, a **vários** requisitos, que, **atendidos**, impõem a regular tramitação processual dos embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal, **como sucede** naqueles casos, *como de que ora se cuida*, em que se registra, *efetivamente*, a ocorrência de dissenso jurisprudencial **no âmbito** desta Corte Suprema.

É importante assinalar, *bem por isso*, **considerada** a própria finalidade **a que se destinam** os embargos de divergência, **que ambas** as Turmas desta Corte, **ao examinarem** *a mesma controvérsia* ora suscitada **nestes** autos, **proferiram** julgamentos **nos quais veio a prevalecer** *entendimento diametralmente oposto* àquele resultante do acórdão embargado.

Cabe registrar que a parte ora recorrida, **ao deduzir** os embargos de divergência, **demonstrou**, com a transcrição dos textos pertinentes, **a existência** de dissídio jurisprudencial, **mencionando** as circunstâncias **que identificam** os casos confrontados, **mostrando-se consistentes**, *sob tal perspectiva*, **os seguintes fragmentos** (fls. 127 **e** 130):

> *O entendimento esposado pelo Acórdão da Primeira Turma diverge totalmente da posição adotada pela Segunda Turma, no acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 94.027-8/RS, Relator Ministro MOREIRA ALVES, onde ficou reconhecida a possibilidade da formação do litisconsórcio ativo facultativo entre litisconsortes domiciliados em diversas jurisdições podendo a ação ser ajuizada no domicílio de qualquer um deles.*
>
> *(...)*
>
> *Colocadas, frente a frente, as teses esposadas pelo aresto hostilizado e o paradigma, em causas cuja matéria discutida foi a mesma – competência – autores com domicílios em Estados Membros diversos, comprova-se pelos trechos transcritos, a divergência do posicionamento entre as duas Turmas:*
>
> *– No Acórdão embargado, proferido pela Primeira Turma, entendeu a Egrégia Turma não ser possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo, quando os autores têm domicílios diferentes, não podendo optar pelo ajuizamento da ação no foro de um deles, cabendo "aos autores, separadamente, ajuizarem ação nos respectivos domicílios e não partirem para grupamento".*
>
> *– Já no Acórdão paradigma proferido pela Segunda Turma, adotou-se o posicionamento de ser perfeitamente possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo mesmo tendo os litisconsortes domicílios diferentes, sendo-lhes lícito optarem pela propositura da ação no foro do domicílio de qualquer um deles, caso em que a competência se estende a todos integrantes do litisconsórcio.*

Vale referir, *por relevante*, **que ambas** as Turmas do Supremo Tribunal Federal **proferiram** decisões (**RTJ 209/355**, rel. min. MENEZES DIREITO – **AI 766.246-AgR/SP**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI –

RE 484.235-AgR/MG, rel. min. ELLEN GRACIE, *v.g.*) *que tornam plenamente acolhível* a postulação recursal **deduzida** pela parte ora recorrida, **eis que reconheceram**, *aos litisconsortes ativos*, nas ações contra a União Federal, **a faculdade de optar**, *sempre a seu exclusivo critério*, pela propositura da ação no domicílio *de qualquer* um deles, **considerada** a norma inscrita **no § 2º** do art. 109 da Constituição da República (**RE 256.608/AL**, rel. min. ELLEN GRACIE – **RE 370.604/RS**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Verifico que o acórdão embargado, **emanado** da colenda Primeira Turma desta Suprema Corte, **diverge**, *frontalmente*, de referida diretriz jurisprudencial.

Mostra-se relevante observar que esse entendimento **já prevalecia**, nesta Suprema Corte, **quando vigente** a Carta Federal de 1969:

> ***Competência. Foro competente*** *para a propositura de ação* ***contra*** *a União Federal* ***quando há litisconsórcio ativo facultativo****, em que os litisconsortes* ***são domiciliados*** *em Estados-membros* ***diversos.*** *Interpretação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal.*
>
> *–* ***Nessa hipótese****,* ***é facultado aos litisconsortes*** *optarem pela propositura da ação* ***no domicílio de qualquer um deles****.*
>
> *Recurso extraordinário* ***não*** *conhecido.* [**RE 94.027/RS**, rel. min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.]

Essa **mesma** orientação, *por sua vez*, **tem o beneplácito** da jurisprudência que a colenda Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça **firmou** na matéria, **em plena consonância** com a diretriz **hoje prevalecente** no Supremo Tribunal Federal:

> ***PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPETÊNCIA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. AUTORES DOMICILIADOS EM DIVERSAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. UNIÃO, INSS E RFFSA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.***
>
> *(...)*
>
> *2. Por outro lado, ainda que se tratasse de ação ajuizada* ***apenas*** *em face da União Federal por autores domiciliados* ***em unidades diversas*** *da federação,* **é cediço reconhecer** *que o precedente da Segunda Turma indicado pela embargante* ***não mais representa*** *o atual entendimento daquele órgão colegiado,* ***o qual alinhou*** *seu posicionamento* **à tese prevalente** ***no âmbito do STJ e do STF, nos seguintes termos****: "****Os litisconsortes****, nas ações* ***contra*** *a União,* ***podem optar*** *pela propositura da ação* ***no domicílio de qualquer deles****.* ***Precedentes*** à luz da Constituição Federal de 1988".
>
> *3. Agravo regimental* ***não*** *provido.* [**EREsp 1.041.190-AgR/RJ**, rel. min. CASTRO MEIRA – **Grifei**.]

Registre-se, *finalmente*, que o acórdão **resultante** do julgamento **do RE 461.259/RS**, rel. min. MARCO AURÉLIO, *invocado como padrão de confronto*, neste recurso de agravo, **emanou da própria** colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal **que** é – no contexto da **presente** causa – *o mesmo órgão judiciário* de que proveio o acórdão impugnado nos **embargos de divergência** em causa.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso, **eis que plenamente acolhíveis**, *no caso*, **os embargos de divergência opostos** pela parte ora recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 451.907-EDv-AgR/PR — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: União (Procurador: Procurador-geral da Fazenda Nacional). Agravados: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e outros (Advogados: Tânia Regina Pereira e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausente, neste julgamento, a ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 20 de março de 2013 — Luiz Tomimatsu, assessor-chefe do Plenário.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 489.155 — SP

Relator: O sr. ministro Ricardo Lewandowski

Agravante: Giulini Adolfomer Indústria Química Ltda. — Agravado: Estado de São Paulo

Agravo regimental em agravo de instrumento. Tributário. ICM. Isenção concedida na saída do produto. Benefício fiscal que não se comunica com a etapa anterior da entrada da matéria-prima tributada. Agravo improvido.

I – Este Tribunal possui o entendimento de que a isenção do ICM concedida na saída do produto não se comunica com a etapa anterior da entrada da matéria-prima tributada. Assim, no presente caso, não há se estender a isenção do tributo às matérias-primas adquiridas, visto que tal benefício fiscal foi concedido apenas ao produto final. Precedentes.

II – Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, o ministro Ayres Britto e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

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

RELATÓRIO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento.

Eis o teor da decisão agravada:

> Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. O acórdão recorrido entendeu que a isenção concedida ao defensivo agrícola só alcança o produto final, não abrangendo a aquisição de matéria-prima.
>
> Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.
>
> No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se ofensa ao art. 155, § 2º, I, da mesma Carta e art. 19, § 2º; e 23, II e § 2º, da EC 1/1969.
>
> Consta do agravo de instrumento (fl. 5 dos autos e item 3 do agravo de instrumento) que o auto de infração data de 24 de outubro de 1984.

O agravo não merece acolhida. A Primeira Turma do Tribunal já se manifestou contrário ao interesse do recorrente, conforme se verifica da ementa do RE 115.966/RS, rel. min. Moreira Alves, a seguir transcrita:

> *ICM. Isenção. Matéria-prima importada e produto industrializado – A isenção do ICM concedida para a saída do produto industrializado não se comunica a etapa anterior da entrada da matéria-prima importada, para o efeito de o imposto então pago seja creditado por ocasião da saída do produto em que ela se incorporou – Não há, no caso, cumulação de imposto, e, portanto, de ofensa ao disposto no art. 23, II, da Constituição, porquanto, se o ICM é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente haver cumulação, cujo pressuposto e que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não ocorre quando este inexiste. Recurso extraordinário não conhecido. (DJ de 19-8-1988).*

Recentemente, ao decidir o RE 229.763-ED/SP, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 26-4-2002, a Segunda Turma se posicionou no mesmo sentido.

Ademais, esta Corte vem entendendo que sequer existe o direito de creditamento de ICMS pago na operação anterior, no caso de haver isenção na operação seguinte e em se tratando de fato gerador ocorrido após a EC 23/1983, a exemplo do que se constata da ementa do RE 176.144/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, a seguir transcrita:

> ICM: manutenção de crédito relativo a aquisição de matéria-prima incorporada a mercadoria cuja saída estava isenta do imposto: impossibilidade. Firmou-se a jurisprudência do STF, na vigência da EC 23/1983, no sentido de que o direito de abater o montante cobrado nas operações anteriores (CF 69, art. 23, II) pressupunha a existência de algo do qual esse montante pudesse ser abatido. De maneira que, não sendo devido o ICM na saída da mercadoria, não se poderia pretender a manutenção dos valores creditados na entrada da matéria-prima que nela se incorporou. (*DJ* de 19-12-2001).

Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RE 270.827-AgR/SP, rel. min. Nelson Jobim; RE 207.851-AgR/RJ, rel. min. Néri da Silveira; RE 205.832/SP, rel. min. Carlos Velloso.

Além disso, quanto a eventual ofensa ao art. 155, § 2º, I, da Constituição, tem-se mantido o seguinte entendimento, conforme se pode verificar pela decisão no RE 212.019/SP, rel. min. Ilmar Galvão, cuja ementa se transcreve a seguir:

> *Ementa: Acórdão que julgou improcedente pretensão do contribuinte de creditar-se do valor do ICMS na aquisição de matérias-primas isentas para fins de compensação com o imposto pago na saída da mercadoria. Alegação de afronta ao princípio da não cumulatividade.*
>
> O princípio da não cumulatividade opera a compensação do tributo pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, evitando-se a sua cumulação. Se uma das operações não é tributada, não há possibilidade de cumulação, inexistindo espaço para compensação. Disciplina, ademais, do art. 155, § 2º, II, *a*, da Constituição Federal e da Lei paulista 6.374/1989.
>
> Recurso extraordinário não conhecido (*DJ* de 21-5-1999).

Isso posto, nego seguimento ao recurso. [Fls. 118-120.]

A agravante sustenta que não objetiva

compensação alguma, mas sim, o reconhecimento do fato que, no caso específico, onde se confunde a Agravante, em razão da aquisição de suplemento agrícola com imposto diferido, como contribuinte de fato e de direito, a anulação dos efeitos da isenção ao final concedida implica na anulação desta última, anulando a benesse ultimada pelo legislador.

(...)

No caso dos autos, tributar a entrada do único produto utilizado pela Agravante na fabricação do defensivo agrícola – como pretende a Agravada – acrescente-se que não pela compra de produto tributado, mas como contribuinte de direito, eis que se trata de operação de compra com imposto diferido, significa, além do vilipêndio ao princípio da não cumulatividade, a supressão da isenção concedida pela União Federal, por burla, em benefício dos pequenos e médios agricultores. [Fls. 144-145.]

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski (relator): Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

É que, conforme consignado na decisão agravada, este Tribunal possui o entendimento de que a isenção do ICM concedida na saída do produto não se comunica com a etapa anterior da entrada da matéria-prima tributada. Assim, no presente caso, não há se estender a isenção do tributo às matérias-primas adquiridas, visto que tal benefício fiscal foi concedido apenas ao produto final. Nesse sentido, menciono julgados de ambas as Turmas desta Corte:

ICM. Isenção. Matéria-prima importada e produto industrializado – A isenção do ICM concedida para a saída do produto industrializado não se comunica a etapa anterior da entrada da matéria-prima importada, para o efeito de o imposto então pago seja creditado por ocasião da saída do produto em que ela se incorporou – Não há, no caso, cumulação de imposto, e, portanto, de ofensa ao disposto no art. 23, II, da Constituição, porquanto, se o ICM é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente haver cumulação, cujo pressuposto e que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não ocorre quando este inexiste. Recurso extraordinário não conhecido. [RE 115.966/RS, Primeira Turma, rel. min. Moreira Alves.]

Recurso extraordinário. Tributário. ICM. Isenção. Matéria-prima importada e produto industrializado. Direito de creditamento. Cumulatividade. Inexistência.

1. A isenção do ICM concedida para a saída do produto industrializado não se comunica com a etapa anterior da entrada da matéria-prima tributada. Direito de creditamento. Inexistência.

2. O importador tem o dever de pagar o tributo na entrada da matéria-prima porque dispositivo legal algum assegura isenção a essa operação. Ademais, é certo

que o valor dessa exação passa a integrar o custo da mercadoria industrializada na operação subsequente.

3. Alegação de ofensa ao art. 23, II, da EC 1/1969. Improcedência. A operação subsequente – venda do produto final – configura circulação de mercadoria isenta, razão pela qual não existe a possibilidade de "cumulação" do tributo, pois a exação somente incide na primeira etapa e não na seguinte.

Recurso extraordinário conhecido e provido. [RE 193.637/SP, Segunda Turma, rel. min. Maurício Corrêa.]

Constitucional. Tributário. ICMS. Princípio da não cumulatividade. Direito de crédito. CF, 1967, art. 23, II, com a redação da EC 23, de 1983. Operação realizada na vigência da EC 23/1983. I – ICM recolhido na entrada de matéria-prima empregada na fabricação de produto cuja saída é isenta do referido imposto, operação realizada já na vigência da EC 23/1983, que introduziu alteração no art. 23, II, da CF/1967: inocorrência do direito ao crédito. Precedentes do STF. II – Recurso extraordinário não conhecido. [RE 205.832/SP, Segunda Turma, rel. min. Carlos Velloso.]

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 489.155-AgR/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Agravante: Giulini Adolfomer Indústria Química Ltda. (Advogados: Maurício Jorge de Freitas e outros). Agravado: Estado de São Paulo (Procuradora: PGE/SP – Alcina Mara Russi Nunes).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Presidiu este julgamento o ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o ministro Ayres Britto e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Brasília, 23 de agosto de 2011 — Karima Batista Kassab, coordenadora.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 588.322 — RO

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Associação Comercial de Rondônia – ACR — Recorrido: Município de Porto Velho

Recurso extraordinário. 1. Repercussão geral reconhecida. 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao art. 145, II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia. 9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO. 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 16 de junho de 2010 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra

acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, proferido em embargos infringentes, ementado nos seguintes termos (fl. 379):

> Processual civil. Tributário. Taxa de renovação de funcionamento e localização. Legalidade da Cobrança.
>
> A exigibilidade da taxa de fiscalização de funcionamento e localização pelo Município prescinde de comprovação de atividade fiscalizadora, em face da notoriedade do exercício de poder de polícia da Municipalidade.
>
> A base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel e não coincide com a base de cálculo da Taxa de Renovação, que é a área utilizada.

A recorrente, Associação Comercial de Rondônia (ACR), em suas razões recursais (fls. 425/458), alega, em síntese, violação ao art. 145, II, da Constituição Federal. Sustenta que referido dispositivo constitucional traz a hipótese de incidência das taxas que, na qualidade de tributos vinculados, exigem atuação estatal.

Assim, afirma a inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento cobrada pelo Município de Porto Velho, ao argumento de ausência de exercício do poder de polícia.

Em contrarrazões (fls. 498/526), o Município de Porto Velho frisa que esta Suprema Corte já decidiu reiteradas vezes sobre a constitucionalidade da taxa em comento, de tal sorte que, em seu ver, a questão não merece maiores digressões.

O recorrido sustenta, ainda, que poder de polícia é a faculdade que a administração pública dispõe para condicionar e restringir o uso de gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício de toda a coletividade e do próprio Estado. Também, afirma a inexigibilidade de comprovação de efetiva contraprestação estatal, por ser suficiente que o Município demonstre possuir o aparato necessário para o exercício de seu poder-dever, no âmbito da circunscrição territorial de sua competência.

Alega por fim que, no caso concreto, o poder de fiscalização é incumbido ao Departamento Fiscal da Secretaria Municipal da Fazenda. Ademais, ressalta entender que o exercício de referido poder de polícia é presumido, incumbindo ao contribuinte o ônus de comprovar o contrário.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal *a quo* (fls. 531/534). O ministro Cezar Peluso, então relator, deu provimento ao agravo de instrumento interposto (fls. 2/18) para convertê-lo neste recurso extraordinário (fl. 552).

A repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário, nos termos do acórdão assim ementado, *in verbis* (fl. 575):

> **Recurso. Extraordinário. Tributo. Taxa de Localização e Funcionamento. Comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida**. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a necessidade de comprovação do efetivo poder de polícia para legitimar a cobrança da Taxa de Localização e Funcionamento. [*DJE* de 18-12-2009.]

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 579/582, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): O acórdão do Tribunal *a quo*, proferido no recurso de apelação, foi fundamentado nos seguintes termos:

> Esta Corte vinha decidindo, acompanhando o entendimento do STJ, que a taxa de renovação de licença de funcionamento e localização somente era devida se ficasse comprovado o efetivo exercício do poder de polícia.
>
> Ocorre que o STF afirmou a constitucionalidade da cobrança da taxa pela municipalidade:
>
> > Taxa de licença de localização e funcionamento instituída por lei municipal: constitucionalidade da exação, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal (cf. RE 220.316, Pleno, Galvão, 12-10-1999, *DJ* de 26-6-2001; RE 198.904, Primeira Turma, Galvão, 28-5-1996, *DJ* de 27-9-1996; RE 222.252, Primeria Turma, Ellen, 17-4-2001, *DJ* de 18-5-2001; RE 213.552, Segunda Turma, Marco Aurélio, 30-5-2000, *DJ* de 18-8-2000). (RE 188.908-AgR/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 24-6-2003.)
>
> Acompanhando esse entendimento, o STJ cancelou a Súmula 157, que tratava como inconstitucional a cobrança da taxa.
>
> (...)
>
> Assim, de acordo com o novo entendimento jurisprudencial, a cobrança da taxa de localização e funcionamento é legítima, **não havendo necessidade da comprovação do efetivo exercício do poder de polícia, por parte da municipalidade, bastando a demonstração de potencial atuação ante o aparato fiscal que está dotada**. [Grifamos.]

Em sede de embargos infringentes, o Tribunal de Justiça de Rondônia manteve essa orientação, aduzindo:

> Como se vê dos autos, o acórdão seguiu a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e afirmou que a cobrança de taxa de renovação de localização e funcionamento é legal, **independentemente de haver comprovação de efetiva fiscalização por parte do município**. Esta Corte vinha decidindo, acompanhando o entendimento do STJ, que a taxa de renovação de licença de funcionamento e localização somente era devida se ficasse comprovado o efetivo exercício do poder de polícia.
>
> (...)
>
> Evidencia-se o exercício deste poder de fiscalização na atividade do Município quando este, mediante prévia autorização legislativa, estabelece posturas a serem seguidas pelos contribuintes, limitando, inclusive, o exercício das liberdades individuais em benefício de toda a coletividade. Ou seja, **a atividade de fiscalização é latente, emanado da simples existência do ente municipal**, razão pela qual não se pode falar em legitimidade de cobrança por inexistência de contraprestação.
>
> Nesse sentido é a jurisprudência, como se vê abaixo:
>
> > O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pela municipalidade, da

> taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob a alegação de que o ente não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister. [RE 198.904-1, rel. min. Ilmar Galvão, já citado neste voto, Primeira Turma, *DJU* de 27-9-1996.]

No presente recurso, alega-se violação ao art. 145, II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do *efetivo exercício* do poder de polícia.

O art. 145, II, da Constituição aponta as hipóteses de incidência possíveis para a cobrança de taxas, nos seguintes termos:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos.
> (...)
> II – Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestado ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional diferencia as taxas em razão do exercício do poder de polícia daquelas decorrentes da utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público.

Isto é, conforme assentado pelo ministro Moreira Alves, no julgamento do RE 80.441/ES, "não basta, porém, que a taxa se baseie no poder de polícia: é mister, ainda, que o Estado preste serviço relacionado a este poder" (RE 80.441/ES, rel. min. Moreira Alves, Pleno, *DJ* de 28-4-1978).

Logo, a regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. A materialização da atividade fiscalizadora é necessária, sob pena de se esvaziar o comando constitucional, mediante indevida equiparação das duas subespécies tributárias.

Embora inegável sua essência de serviço público – o exercício do poder de polícia possui uma característica singular, relevante para o ramo do direito tributário: é exercido em benefício primordial da coletividade, não do fiscalizado.

Em outras palavras, a fiscalização incidente sobre qualquer atividade particular não se destina ao estabelecimento isoladamente considerado, mas a todos os administrados que serão indistintamente beneficiados pelo agir da administração pública, ou seja, o serviço do poder de polícia tem o objetivo precípuo de acautelar a coletividade.

Na lição de Ives Gandra da Silva, in *O sistema tributário na Constituição*, Saraiva, 6. ed., p. 90:

> No exercício do poder de polícia, seu grande beneficiário não é o sujeito passivo, mas toda a coletividade, embora, indiretamente, o sujeito passivo também o seja. No serviço público de oferta de um bem material ou imaterial para utilização efetiva ou potencial pelo sujeito, este é o grande beneficiário, e apenas decorrencialmente, a comunidade.

Daí não ser justificável sua cobrança por mera natureza potencial, ao contrário dos serviços específicos e divisíveis. De fato, o exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público profilático, exercido em prol da coletividade.

Assentada a indispensabilidade do exercício do poder de polícia, cabe perquirir se a existência de aparato administrativo pressupõe o efetivo exercício do poder de polícia.

No julgamento do RE 80.441-2/ES, o Plenário desta Corte discutiu a constitucionalidade de taxa similar, que fora instituída pelo Município de Vitória.

Referido julgado foi prolatado ainda sob a égide da Carta de 1967 (EC 1/1969), cujo art. 18, I, estabelecia hipóteses de incidência para criação de taxas nos mesmos moldes da atual Constituição. O precedente foi assim ementado:

> *Taxa de licença de localização e autorização anual para funcionamento e permanência de estabelecimentos produtores, industriais, comerciais e similares. Desde que haja órgão administrativo que exercite essa faceta do poder de polícia do Município, e que a base de cálculo não seja vedada, é essa taxa constitucional. Recurso extraordinário não conhecido.* [RE 80.441-2/ES, Tribunal Pleno, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 28-4-1978.]

Portanto, naquele caso, o STF assentou que a existência de órgão administrativo é um dos elementos aptos a demonstrar o exercício efetivo do poder de polícia, conforme se extrai dos fundamentos apresentados pelo ministro Moreira Alves, reproduzidos a seguir, *in verbis*:

> Entre os exemplos, geralmente citados, de taxa municipal com base no exercício regular do poder de polícia, figura a taxa de licença para localização. Assim, Ribeiros de Morais (*A taxa no sistema tributário brasileiro*, p. 94) cita, como taxa municipal, a taxa para localização: Lourenço dos Santos (*Direito tributário*, 4. ed., p. 57) alude às taxas de licença para funcionamento, no Município, de estabelecimentos comerciais, industriais ou de prestação de serviços.
>
> Não basta, porém, que a taxa se baseie no poder de polícia: é mister, ainda, que o Estado preste serviço relacionado a este poder. Daí dizer *Hector Vllgas* (Verdades e ficções em torno da taxa, in *Revista de Direito Público*, v. 17, p. 330):
>
> > No exercício do poder de polícia o Estado deve necessariamente conceder, por exemplo, autorizações ou licenças, ou estabelecer proibições ou outorgar documentos probatórios dotados de fé pública, porém, ao mesmo tempo, estima equitativo que aqueles que recorrem concretamente pedindo tais atividades, contribuam de forma especial para cobrir os gastos do Estado.
> >
> > (...)
>
> Anteriormente, ao julgar o RE 69.957 (*RTJ* 59/799 *et seq.*) o Plenário desta Corte considerou inconstitucional a taxa de licença de localização instituída pelo Município de Vitória, por considerar que, então não havia órgão administrativo que exercitasse, efetivamente, esse poder de polícia, inexistido, portanto, o caráter contraprestacional característico de toda taxa, ainda, que baseada no poder de polícia (...).
>
> (...)

No caso sob julgamento, a taxa de licença para localização e autorização anual para funcionamento e permanência de estabelecimentos produtores, industriais comerciais e similares se baseia, sem dúvida, no exercício regular do poder de polícia do Município, ademais – o que afasta a invocação do precedente alegado (RE 69.957) – foi criado, como acentua o acórdão recorrido (fl. 224) órgão administrativo para o efetivo exercício desse poder de polícia (...).

A mesma orientação foi seguida quando idêntica taxa, criada pelo Município de São Paulo, foi questionada nesta Corte. A propósito, confira-se:

Taxa de renovação de licenca para localização, instalação e funcionamento. Instituição financeira. Inexistência de ofensa ao art. 18, I, da Constituição Federal (EC 1/1969). **O** Supremo Tribunal Federal tem admitido a constitucionalidade da taxa de renovação anual de licença para localização, instalação e funcionamento de estabelecimentos comerciais e similares, **desde que haja órgão administrativo que exercite o poder de polícia do Município**, e que a base de cálculo não seja vedada. Recurso extraordinário não conhecido. [RE 115.213/SP, Primeira Turma, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 6-9-1991, p. 12036.]

As demandas provenientes daquela municipalidade se repetiram, de forma que se assentou, nesta Suprema Corte, a constitucionalidade da taxa cobrada pelo Município de São Paulo, por se fundar no poder de polícia *efetivamente exercitado pelos seus órgãos fiscalizadores*. Nesse sentido:

Taxa de licença de localização, funcionamento e instalação. Cobrança pela municipalidade de São Paulo. Legalidade: art. 18, I, da CF/1969. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pelo reconhecimento da legalidade da taxa cobrada pelo Município de São Paulo, **pois funda-se no poder de polícia efetivamente exercitado através de seus órgãos fiscalizadores**. Hipótese em que não ocorreu ofensa ao art. 18, I, da Carta precedente. Recurso extraordinário conhecido e provido. [RE 116.518/SP, Primeira Turma, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 30-4-1993, p. 7565.]

Taxa de licença para localização e funcionamento. Exercício do poder de polícia. Art. 145, II, da Constituição. – Ausência de prequestionamento – fundamento suficiente, que não restou impugnado pela agravante. – A cobrança da taxa de localização e funcionamento, pelo Município de São Paulo, prescinde da efetiva comprovação da atividade fiscalizadora, **diante da notoriedade do exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo dessa municipalidade**. Precedentes. – Agravo regimental a que se nega provimento. [RE 222.252-AgR/SP, Primeira Turma, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 18-5-2001, p. 80.]

Taxa de licença de localização e funcionamento instituída por lei municipal: constitucionalidade da exação, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal (cf. RE 220.316, Pleno, Galvão, 12-10-1999, *DJ* de 26-6-2001; RE 198.904, Primeira Turma, Galvão, 28-5-1996, *DJ* de 27-9-1996; RE 222.252, Primeira Turma, Ellen, 17-4-2001, *DJ* de 18-5-2001; RE 213.552, Segunda Turma, Marco Aurélio, 30-5-2000, *DJ* de 18-8-2000). [RE 188.908-AgR/SP, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 17-10-2003, p. 20.]

A jurisprudência deste Tribunal admitiu a existência de órgão administrativo como elemento demonstrador do efetivo exercício de poder de polícia, o que não se confunde com admitir o exercício potencial do poder de polícia.

É certo que há precedentes que afirmam a prescindibilidade da existência de órgão fiscalizador para a cobrança da taxa em comento, a exemplo do RE 198.904-1/RS, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJU* de 27-9-1996.

Na mesma linha se orientam os seguintes julgados:

> *Ementas*: 1. *Recurso.* Agravo regimental das empresas. Intempestividade. Não conhecimento. Não se conhece de recurso interposto fora de prazo. 2. *Recurso.* Agravo. Regimental. Taxa de fiscalização de localização e funcionamento. Cobrança. Legitimidade. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Agravo regimental provido. **Não pode o contribuinte furtar-se à exigência tributária sob a alegação de o ente público não exercer a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister, sendo, pois, irrelevante a falta de prova do efetivo exercício do poder de polícia**. [RE 396.846-AgR/MG, Segunda Turma, rel. min. Cezar Peluso, *DJE* de 29-8-2008.]

> *Ementa: Tributário. Taxa de licença e fiscalização para localização, instalação e funcionamento. Constitucionalidade. Exercício do poder de polícia. Controle. Elementos da base de cálculo própria de impostos. Ausência de identidade. Recurso protelatório. Multa. Agravo improvido.* I – Constitucionalidade de taxas cobradas em razão do serviço de fiscalização exercido pelos Municípios quanto ao atendimento às regras de postura municipais. II – **Presunção a favor da administração pública do efetivo exercício do poder de polícia, que independe da existência ou não de órgão de controle**. Precedentes. III – Constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra. IV – Recurso protelatório. Aplicação de multa. V – Agravo regimental improvido. [AI 654.292-AgR/MG, Primeira Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 30-6-2009.]

Concluímos, portanto, que, à luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente.

Na singularidade do caso concreto, o Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia.

Sem êxito, portanto, a tese do recorrente, na medida em que configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia.

Logo, é constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competente para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, há uma singularidade que não podemos deixar de perceber. Não se trata propriamente de uma taxa, considerado o poder de polícia. Já sustentei que a taxa pressupõe o conteúdo, em termos de dispêndio, de um certo serviço. O que está em jogo é uma taxa de renovação de alvará de localização e funcionamento. Não sei nem qual é a periodicidade, se anual, se bienal, quinquenal, semestral ou mensal. Daqui a pouco teremos até, talvez, ante a fúria arrecadadora dos entes públicos, taxa de renovação mensal.

Admitiria, presidente, que se pudesse cogitar do poder de polícia se a taxa fosse estritamente de funcionamento, mas o objeto da taxa, que é a renovação de alvará, está bem-revelado na nomenclatura.

Creio que a disposição se distancia do que previsto no art. 145 da Constituição Federal. Penso que, no caso, há de se observar o que decidiu a Primeira Turma, com referência inclusive a precedentes. O relator, ministro Moreira Alves, presidente da Turma à época, no RE 286.246-1/SP, deixou assentado:

> O acórdão recorrido, ao fundar-se em que a cobrança da taxa de renovação de licença para localização e funcionamento era indevida por falta de comprovação do exercício, por parte do Município, da atividade de fiscalização [aqui a taxa é para continuar-se a atuar], nada mais fez do que seguir a orientação predominante nesta Corte (assim, a título exemplificativo [mencionou Sua Excelência o ministro Moreira Alves] RE 140.278, 115.213, 115.983, 190.126 e 259.980).

Então, presidente, a partir da premissa segundo a qual não posso substituir, em termos fáticos, o que contido no acórdão impugnado – este é explícito quanto ao envolvimento de renovação de alvará e não da atuação considerado o poder de polícia, chegando-se à mercê da exigência dessa renovação a possibilidade ou não de continuar-se atuando –, peço vênia ao relator para prover o recurso extraordinário e, no caso, acolher o pedido formulado pela Associação Comercial de Rondônia.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, só vou fazer uma ressalva, para a proclamação do resultado.

Acompanho o eminente ministro relator, cujo voto homenageia a jurisprudência da Casa, mas faço a ressalva que já fiz no AI 527.814/MG, que, para a cobrança ganhar o caráter de contrapartida pelo exercício do poder de polícia, é preciso que o Município disponha de um órgão de fiscalização.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu gostaria de fazer uma ponderação, também, e dizer a Vossa Excelência: o que é o poder de polícia, no caso? É disciplinar o uso da propriedade privada em benefício do interesse público. Ora, quando o Município permite que estabelecimento, comercial ou industrial, se localize em determinado lugar, ele já está, na autorização, exercendo esse poder,

porque se ele verifica – não há necessidade que vá *in loco* –, pelos seus dados de caráter geral, que aquela zona, por exemplo, não tolera o uso residencial, ele já está disciplinando a situação. Noutras palavras, ele já está exercendo o poder de polícia. Não precisa ir até o local para examinar.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu concordo com essa tese, originariamente ela é do ministro Ilmar Galvão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Já é, em si, já traz ínsito o exercício do poder de polícia só quando autoriza a localização.

O sr. ministro Ayres Britto: Olha, uma coisa é não ir lá *in loco*, eu concordo; outra, é não dispor sequer de um órgão de fiscalização.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vejam em sentido contrário. Se alguém pedir, por exemplo, a localização e funcionamento de um estabelecimento comercial numa zona estritamente residencial, ele vai indeferir invocando também o poder de polícia. Noutras palavras, ele não precisa ir lá, já está exercendo, em si, o poder de polícia.

O sr. ministro Ayres Britto: Até aí eu concordo. Agora, é preciso que o Município especialize, no seu âmbito de organização, um órgão voltado para essa atividade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Provavelmente a presunção é que todos os Municípios tenham uma ideia geral do seu zoneamento.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): O que não pode é cobrar e não ter de fato.

Agora, é importante, eu gostaria de dizer, senhor presidente, que esta é uma matéria que se repete aí em centenas, talvez até milhares, de Municípios. E se nós começarmos a fazer o *distinguishing* muito preciso, nós corremos o risco de não termos uma jurisprudência sobre esse tema. Daí a minha proposta de deixarmos definido que, claro, se houver órgão fiscalizador, já é uma prova de que o Município exerce. Mas ele também pode provar o exercício de poder de polícia pelo fato de exercer o poder de polícia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Pela própria lei de zoneamento.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Pelas medidas que toma, de zoneamento, pelas licenças que concede, e a reverificação que se faz. E aqui é um tema extremamente importante, não apenas no contexto da sanha tributária ou desse furor arrecadatório, mas no sentido de fiscalização. Saber se, de fato, em um determinado bairro, ou em uma determinada zona, pode funcionar uma determinada atividade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, veja Vossa Excelência: cogita-se da renovação, presente a periodicidade ano. Quer dizer, entendeu-se que sim há um ano. Presumo que se tenha a taxa cobrada para lograr-se algo simplesmente formal – a renovação da licença concedida por mais um ano.

O sr. ministro Ayres Britto: Por isso que faço a ressalva do meu ponto de vista pessoal de que o Município deve criar, na sua estrutura interna, um órgão especializado nessa fiscalização. Não precisa, efetivamente, provar que fiscalizou, mas a disponibilidade de um órgão especializado me parece necessário, até porque o nome da taxa, hoje, é Taxa de Localização e Funcionamento. Quer dizer, a renovação do alvará seria desnecessária, porque o funcionamento já significa uma continuidade, não haveria necessidade de cobrar uma nova taxa a cada ano.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nesse caso concreto, é renovação do alvará.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É que pode mudar não apenas o tipo do comércio exercido, pode mudar o próprio zoneamento.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Condições de habitabilidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Há uma série de circunstâncias supervenientes que justificam que isso seja sempre revisto, sem necessidade de verificação *in loco*.

O sr. ministro Ayres Britto: Acompanho o ministro Gilmar Mendes, apenas com essa ressalva de meu ponto de vista pessoal.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: As edificações se deterioram com o passar do tempo.

EXTRATO DA ATA

RE 588.322/RO — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Associação Comercial de Rondônia – ACR (Advogado: Breno Dias de Paula). Recorrido: Município de Porto Velho (Procurador: Procurador-geral do Município de Porto Velho).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o ministro Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

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, 16 de junho de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.525 — SP

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Recorrente: T4F Entretenimento S.A. — Recorrido: Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo

Recurso extraordinário – Mandado de segurança – Discussão em torno da cobrança de contribuição sindical – EC 45/2004 – Competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, III) – Recurso de agravo improvido.

– Com a promulgação da EC 45/2004, ampliou-se, de modo expressivo, a competência da Justiça do Trabalho, em cujas atribuições jurisdicionais inclui-se, agora, o poder para processar e julgar a controvérsia pertinente à prerrogativa de que dispõem as entidades sindicais (sindicatos, federações e confederações) para exigir o pagamento de contribuição sindical prevista em lei. Em decorrência dessa reforma constitucional, cessou a competência da Justiça Comum do Estado-membro para processar e julgar as causas referentes à exigibilidade de contribuição sindical. Consequente insubsistência da Súmula 222/STJ. Doutrina. Precedentes (STF e STJ).

– Inocorrência, na espécie, da situação excepcional – prolação de sentença de mérito, pela Justiça estadual, em momento anterior ao marco temporal definido no julgamento plenário do CC 7.204/MG, rel. min. Ayres Britto (data da promulgação da EC 45/2004) – que, presente, justificaria o reconhecimento da competência (residual) do Poder Judiciário do Estado-membro para o processo e julgamento da causa. Consequente inaplicabilidade, ao caso, da ressalva feita no precedente referido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Eros Grau, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 25 de maio de 2010 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **A decisão** objeto **do presente** recurso de agravo, **proferida** com apoio na jurisprudência **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal, **reconheceu a competência** da Justiça do Trabalho, **e não** do Poder Judiciário **local**, para o julgamento da presente causa.

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso **com o objetivo de ver reconhecida** a competência do Poder Judiciário **local** para processar e julgar a ação mandamental ajuizada pela parte ora recorrente.

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Não assiste razão** à parte recorrente, **eis que** a decisão ora impugnada **ajusta-se** à orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em exame.

Com efeito, *e tal como ressaltado* na decisão ora agravada, a colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte, **ao julgar o RE 491.723-AgR/PR**, rel. min. CEZAR PELUSO, **fixou** entendimento *que desautoriza* a pretensão deduzida pela parte ora recorrente:

> ***1. RECURSO. Extraordinário. Regimental. Contribuição sindical rural. Competência. Justiça do Trabalho.*** *Decisão* ***mantida.*** *Agravo regimental* ***não*** *provido.* ***É pacífico o entendimento*** *da Corte,* ***segundo o qual compete à Justiça do Trabalho*** *processar* ***e*** *julgar ações* ***que versem*** *sobre representação sindical entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores* ***e*** *entre sindicatos e empregadores,* ***quando não há sentença de mérito, antes*** *da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.* [**Grifei**.]

O exame dos autos **evidencia** que **não** se registra, *na espécie*, **a existência** *de qualquer* sentença de mérito *que haja precedido* a promulgação da EC 45/2004.

Vê-se, *portanto*, **considerados** os elementos que informam o litígio em questão – **e tendo em vista** o marco temporal mencionado (**data da promulgação** da EC 45/2004) –, que a **presente** controvérsia jurídica **inclui-se** na esfera de competência **da Justiça do Trabalho**, razão pela qual se revela **inacolhível** a pretensão recursal ora deduzida nestes autos.

Cabe advertir que, *no precedente jurisprudencial mencionado* (**RE 491.723-AgR/PR**), **foi analisada** a questão referente à competência para processar **e** julgar ação judicial em que se discutia a cobrança de contribuição sindical, *tal como ocorre na espécie em exame*.

Impende assinalar, *por necessário*, que o E. Tribunal Superior do Trabalho, **defrontando-se** com pretensão *idêntica* à deduzida **nesta** sede recursal, **firmou entendimento** *no mesmo sentido* da decisão ora recorrida:

> ***A Emenda Constitucional n. 45/2004****, ao acrescentar* ***o inciso III*** *ao artigo 114,* ***estabeleceu a competência*** *da Justiça do Trabalho* ***para processar e julgar*** *as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.* ***Indiscutível****, pois,* ***a ampliação*** *da competência da Justiça do Trabalho.* ***Assim****,* ***o julgamento*** *da presente demanda –* ***entre*** *o sindicato patronal* ***e*** *a empresa –* ***concernente à contribuição sindical****, encontra-se inserido na competência dessa Justiça do Trabalho.* [**RR 1584/2002-005-03-00.6**, rel. min. MARIA DE ASSIS CALSING – **Grifei**.]

Igual percepção **em torno** da matéria *foi revelada* pelo E. Superior Tribunal de Justiça **em julgamento** que, **emanado** de sua colenda Primeira Seção, **restou consubstanciado** em acórdão assim ementado:

> ***DIREITO SINDICAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA – CNA. EC N. 45/04. ART. 114, III, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.***
>
> ***1. Após a Emenda Constitucional n. 45/04****, a Justiça do Trabalho* ***passou a deter competência*** *para processar e julgar* ***não só*** *as ações sobre representação sindical (externa – relativa à legitimidade sindical, e interna – relacionada à escolha dos dirigentes sindicais),* ***como também*** *os feitos intersindicais* ***e os processos*** *que envolvam sindicatos e empregadores ou sindicatos e trabalhadores.*
>
> ***2. As ações de cobrança de contribuição sindical*** *propostas pelo sindicato, federação ou confederação respectiva* ***contra*** *o empregador,* ***após*** *a Emenda,* ***devem*** *ser processadas e julgadas* ***pela Justiça Laboral****.*
>
> ***3. Precedentes*** *da Primeira Seção.*
>
> ***4. A regra de competência*** *prevista no art. 114, III, da CF/88* ***produz*** *efeitos imediatos,* ***a partir*** *da publicação da EC n. 45/04,* ***atingindo*** *os processos em curso,* ***ressalvado*** *o que já fora decidido sob a regra de competência anterior.*
>
> ***5. Após a Emenda, tornou-se inaplicável a Súmula n. 222/STJ****.*
>
> ***6. A competência*** *em razão da matéria* ***é absoluta e****,* ***portanto****,* ***questão de ordem pública****, podendo ser conhecida pelo órgão julgador* ***a qualquer*** *tempo e grau de jurisdição.* ***Embora*** *o conflito não envolva a Justiça do Trabalho,* ***devem ser remetidos os autos a uma das varas trabalhistas*** *de Guarapuava/PR.*
>
> ***7. Conflito conhecido*** *para determinar* ***a remessa*** *dos autos* ***a uma das varas da Justiça do Trabalho*** *em Guarapuava/PR.* [**CC 48.891/PR**, rel. min. CASTRO MEIRA – **Grifei**.]

Registre-se que *essa mesma compreensão* do tema **é também perfilhada** por autorizado magistério doutrinário (SÉRGIO PINTO MARTINS, "**Direito Processual do Trabalho**", p. 113, item n. 11.4.5, 25. ed., 2006, Atlas; WAGNER D. GIGLIO e CLAUDIA GIGLIO VELTRI CORRÊA, "**Direito Processual do Trabalho**", p. 50, item n. 3g2, 16. ed., 2007, Saraiva, *v.g.*), **como resulta claro** da expressiva lição de CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE ("**Curso de Direito Processual do Trabalho**", p. 247, item n. 2.1.3.2.3, 6. ed., 2008, LTr):

***A competência para processar e julgar causa que envolva discussão sobre contribuição sindical não pertencia** à Justiça do Trabalho, **e sim** à Justiça Comum **dos Estados**. **Nesse sentido**, a Súmula n. 222 do STJ.*

***Agora**, por força da EC n. 45/2004, **que acrescentou o inciso III** ao art. 114 da CF, **a competência para tais demandas passou a ser da Justiça do Trabalho**. **Na verdade**, **está-se**, aqui, **diante** da competência **em razão** das pessoas, **e não** em razão da matéria, **pois basta o sindicato** figurar como autor ou réu em qualquer demanda **em face** de outra(s) entidade(s) sindical(is) ou de trabalhador(es) ou empregador(es), **para fixar** a competência da Justiça do Trabalho.* [**Grifei**.]

Não foi por outro motivo que o Ministério Público Federal, **em douto pronunciamento** da lavra do ilustre subprocurador-geral da República, dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, **ao manifestar-se** sobre o presente recurso de agravo, **assim expôs** o seu correto entendimento (**fls. 299/300**):

***A competência da Justiça do Trabalho ditada pelo art. 114, III, da CF, prescinde** do fato de a controvérsia ser decorrente da relação de emprego, **como ocorre** em relação à competência definida pelo inciso I do art. 114, **bem como da circunstância** da controvérsia ser dirimida à luz da legislação civil (**RE 421.455-AgR**, Carlos Velloso, RTJ 191/732).*

A expressão** "entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores" **condiciona-se** à primeira parte do art. 114, **III**, da CF, **o qual estabelece competir** à Justiça do Trabalho **processar e julgar** as ações sobre representação sindical, **assim entendidas** aquelas relacionadas aos desdobramentos sindicais (**CC 7.221**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25-8-2006). **Assim**, **cuidando-se de controvérsia atinente à legitimidade do sindicato para exigir contribuição sindical**, **a competência para dirimi-la**, nos exatos termos **do inciso III** do art. 114 da CF, **é da Justiça do Trabalho.

***É o que se colhe** da ementa do seguinte precedente:*

> ***Conflito negativo de competência**. **Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Superior do Trabalho. Contribuição sindical. Emenda Constitucional n. 45/04**. **1. A discussão** relativa à legitimidade do sindicato para receber a contribuição sindical **representa** matéria funcional à atuação sindical, **enquadrando-se**, diante **da nova** redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/04 ao artigo 114, **III**, da Constituição Federal, **na competência da Justiça do Trabalho**. Tratando-se de competência absoluta **em razão** da matéria, produz efeitos imediatos, **a partir** da publicação da referida emenda, **atingindo** os processos em curso, **incidindo** o teor do artigo 87 do Código de Processo Civil.*
>
> *2. **Aplica-se**, portanto, **o posicionamento adotado** no CC n. 7.204-1/MG, Pleno, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 9-12-2005, **que definiu** a existência de sentença de mérito na Justiça Comum estadual, proferida **antes** da vigência da EC n. 45/04, **como fator determinante** para fixar a competência da Justiça Comum, **daí a razão** pela qual mantém-se a competência do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *3. Conflito conhecido para declarar competente o Superior Tribunal de Justiça. (**CC 7.456**, Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe de 20-6-2008 (...).*

***A decisão agravada**, portanto, **deve ser mantida** pelos seus próprios **e** jurídicos fundamentos, **pois se ajusta** à orientação jurisprudencial do Supremo*

Tribunal Federal ***firmada*** *acerca da competência constitucional ditada pelo art. 114,* ***III****, da CF,* ***com a redação*** *da EC n. 45, de 30-12-2004.* [**Grifei**.]

Em suma: **com a promulgação** da EC 45/2004, **ampliou-se**, *de modo expressivo*, **a competência** da Justiça do Trabalho, em cujas atribuições jurisdicionais **inclui-se**, *agora*, **o poder** para processar **e** julgar a controvérsia **pertinente** à prerrogativa *de que dispõem* as entidades sindicais (*sindicatos, federações* **e** *confederações*) **para exigir** o pagamento de contribuição sindical **prevista** em lei. **Em decorrência** dessa reforma constitucional, *cessou a competência* da Justiça Comum *do Estado-membro* para processar e julgar as causas referentes à exigibilidade de contribuição sindical.

Sendo assim, *tendo em consideração* as razões expostas **e acolhendo**, *ainda*, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em consequência, *por seus próprios fundamentos*, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 596.525-AgR/SP — Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrente: T4F Entretenimento S.A. (Advogado: Thomas Benes Felsberg). Recorrido: Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo (Advogado: Humberto Peron Filho).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Eros Grau. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 25 de maio de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.673 — RS

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Agravante: União — Agravada: Madecenter Móveis Ltda.

Recurso extraordinário – Tributário – Zona Franca de Manaus – Área livre de comércio, de exportações e importações, e de incentivos fiscais – Isenção quanto às contribuições pertinentes ao PIS/Cofins – Alegada violação a preceitos inscritos na Constituição da República – Ausência de ofensa direta à Constituição – Necessidade de prévia análise da legislação infraconstitucional, notadamente do Decreto-Lei 288/1967 – Prazo para repetição ou compensação de indébito tributário – Impossibilidade de aplicação retroativa das normas inscritas nos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005, notadamente daquela que se revestiria do caráter de interpretação autêntica (Lei Complementar 118/2005, art. 3º) – Descaracterização da natureza interpretativa de referido preceito legal, que introduziu, no tema, evidente inovação material de índole normativa – Perfil das leis interpretativas no sistema de direito positivo brasileiro – Inteira submissão de seus aspectos formais e de seu conteúdo material ao permanente controle de constitucionalidade do Poder Judiciário (ADI 605-MC/DF, rel. min. Celso de Mello) – Incolumidade de situações jurídicas definitivamente consolidadas, tais como previstas no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Fundamental, como expressão concretizadora do princípio constitucional da segurança jurídica – Precedente emanado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, firmado em julgamento de recurso extraordinário (RE 566.621/RS), em cujo âmbito também se reconheceu a existência de repercussão geral – Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012 — Celso de Mello, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: A União Federal **interpôs** recurso extraordinário **contra** decisão, que, **emanada** do e. TRF 4ª Região, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 121):

> ***TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. PRESCRIÇÃO. VERBAS PROVENIENTES DE VENDAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO ÀS RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÕES****. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.*
>
> *– **Desde a vigência** da LC 118/05, **a extinção do crédito** é considerada como ocorrida no momento mesmo do pagamento indevido, **de modo** que o prazo do art. 168, I, do CTN é de cinco anos do pagamento. Tal dispositivo **não tem** cunho interpretativo, **configurando** verdadeira inovação, **de modo que não pode** ter aplicação retroativa para alcançar ações já em curso.*
>
> *– **Para todos os efeitos fiscais**, a exportação de mercadorias **destinadas** à* Zona Franca de Manaus ***será equivalente** a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sobretudo tendo em vista a manutenção, por expressa previsão constitucional, da Zona Franca de Manaus como zona de livre comércio.*
>
> *– Verba honorária majorada para 10% sobre o valor da causa atualizado, em conformidade com art. 20, § 4º, do CPC.* [**Grifei**.]

Opostos embargos de declaração, **foram eles** parcialmente acolhidos, **para fins** de prequestionamento de matéria constitucional (**além** daquela de índole **meramente** legal) **concernente** ao art. 150, § 6º, da Constituição da República (fls. 123/127).

A empresa ora recorrida **deduziu** contrarrazões ao apelo extremo em questão, **sustentando**, caso superada a questão prévia **referente** à incognoscibilidade do presente recurso extraordinário, **fosse este improvido**, **eis que** o acórdão impugnado – *segundo se alega* – **ajusta-se** à jurisprudência que esta Corte **estabeleceu** na matéria em exame.

Ao julgar este recurso extraordinário, **proferi** decisão **que tem** o seguinte conteúdo (fl. 212):

> *A parte ora recorrente, ao deduzir o presente recurso extraordinário, **sustentou** que o Tribunal "a quo" **teria** transgredido preceito inscrito na Constituição da República.*
>
> ***Cumpre ressaltar** que a suposta ofensa ao texto constitucional, **acaso existente**, apresentar-se-ia por via reflexa, **eis** que a sua constatação reclamaria – **para que se configurasse** – a formulação de juízo prévio de legalidade, **fundado** na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. **Não se tratando** de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, **como exigido** pela jurisprudência da Corte (**RTJ 120/912**, rel. min. SYDNEY SANCHES – **RTJ 132/455**, rel. min. CELSO DE MELLO), **torna-se inviável** o acesso à via recursal extraordinária.*
>
> ***Sendo assim**, e pelas razões expostas, **não conheço** do presente recurso extraordinário.*
>
> *(...)*
>
> ***Ministro CELSO DE MELLO***
> ***Relator***

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando** o conhecimento **e** o provimento do recurso extraordinário **que deduziu** (**fls. 215/223**).

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Não assiste razão** à parte ora recorrente, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se**, *com integral fidelidade*, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Com efeito, esta Suprema Corte, **em precedentes específicos** sobre a matéria, **tem corroborado** julgamentos **como** o de que ora se trata, **salientando** que o tema em análise (**referente** à questão da isenção tributária **em face** da Zona Franca de Manaus) **possui** natureza **eminentemente** infraconstitucional, **o que torna inadmissível** o próprio conhecimento do recurso extraordinário, **eis** que, *se inconstitucionalidade houvesse*, **sê-lo-ia por via reflexa**:

> ***AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.***
>
> ***2. Controvérsia decidida** à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.*
>
> ***3. Nos termos** da Súmula n. 636 do STF, não cabe recurso extraordinário por ofensa ao princípio da legalidade, se houver necessidade de rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais.*
>
> *Agravo regimental **a que se nega** provimento.* [**AI 669.592-AgR/SP**, rel. min. EROS GRAU – **Grifei**.]

> ***1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada**. Ausência de razões consistentes. **Decisão mantida**. Agravo regimental **improvido**. **Nega-se provimento** a agravo regimental tendente a impugnar, **sem** razões consistentes, decisão **fundada** em jurisprudência assente na Corte.* [**RE 529.304-AgR/RS**, rel. min. CEZAR PELUSO – **Grifei**.]

Essa orientação **nada** mais traduz **senão a reafirmação** de diretriz jurisprudencial **prevalecente** no Supremo Tribunal Federal, **no sentido** de que a situação de **ofensa meramente reflexa** ao texto constitucional, *se e quando ocorrente*, **não basta**, *só por si*, **para viabilizar** o acesso à via recursal extraordinária.

Daí as decisões que, **versando a mesma** controvérsia ora suscitada **nesta** sede recursal (**RE 605.477/PR**, rel. min. DIAS TOFFOLI – **RE 625.530/AM**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **RE 626.296/SC**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, *v.g.*), **puseram em destaque** esse particular aspecto que venho de ressaltar:

> ***Discute-se** neste recurso extraordinário a constitucionalidade da exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas oriundas das vendas de*

mercadorias para a Zona Franca de Manaus, nos termos do disposto no art. 4º do Decreto-Lei 288/1967 e no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

***2. A recorrente** alega que o provimento judicial emanado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região violou o disposto nos arts. 149, § 2º, I, e 150, § 6º, da Constituição do Brasil e no art. 40 do ADCT.*

(...)

***4. O recurso não merece provimento**. O Supremo Tribunal Federal, **ao analisar** questão similar a destes autos, **entendeu** que, para dissentir-se do acórdão recorrido, **seria imprescindível** **a análise da legislação infraconstitucional** **que disciplina** a espécie, **hipótese inadmissível** em sede extraordinária. Nesse sentido: o RE 501.885, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJE de 19-5-2009, e o RE 473.481, relator o ministro Cezar Peluso, DJE de 14-4-2009.*

***Nego seguimento** ao recurso com fundamento no disposto no art. 21, § 1º, do RISTF.* [**RE 612.537/RS**, rel. min. EROS GRAU – **Grifei**.]

***TRIBUTÁRIO–ISENÇÃO–ZONA FRANCA DE MANAUS–PIS–COFINS**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **INTERPRETAÇÃO** DE NORMAS LEGAIS – **INVIABILIDADE**.* [**RE 546.066/SC**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **Grifei**.]

Nem se diga, *ainda*, que o acórdão em questão, **ao julgar** a controvérsia, **teria incidido** em ofensa ao princípio da legalidade.

Não se pode desconsiderar, **quanto** a tal postulado, **a orientação** firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja jurisprudência** vem proclamando, **a propósito desse tema**, que o procedimento hermenêutico do Tribunal inferior – **quando examina** o quadro normativo positivado pelo Estado **e dele extrai** a **interpretação** dos diversos diplomas legais que o compõem, para, **em razão** da inteligência e do sentido exegético que lhes der, **obter os elementos necessários** à exata composição da lide – **não transgride**, *diretamente*, o princípio da legalidade (**AI 161.396-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **AI 192.995-AgR/PE**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **AI 307.711/PA**, rel. min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão – ausência de conflito **imediato** com o texto da Constituição – **que a jurisprudência** desta Corte **vem enfatizando** que "***A boa ou má interpretação** de norma infraconstitucional **não enseja** o recurso extraordinário, **sob color** de ofensa ao princípio da legalidade (**CF**, art. 5º, II).*" (**RTJ 144/962**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**):

***E é pacífica** a jurisprudência do STF, **no sentido de não admitir**, em recurso extraordinário, **alegação** de ofensa indireta à Constituição Federal, **por má interpretação** de normas infraconstitucionais, **como as trabalhistas e processuais** (...).* [**AI 153.310-AgR/RS**, rel. min. SYDNEY SANCHES – **Grifei**.]

***A alegação de ofensa ao princípio da legalidade**, inscrito no art. 5º, II, da Constituição da República, **não autoriza**, só por si, o acesso à via recursal extraordinária, **pelo fato** de tal alegação **tornar indispensável**, para efeito de sua constatação, o exame **prévio** do ordenamento positivo **de caráter infraconstitucional**, dando ensejo, em tal situação, à possibilidade de reconhecimento de*

hipótese de mera ***transgressão indireta*** *ao texto da Carta Política.* ***Precedentes****.* [**RTJ 189/336-337**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Não foi por outro motivo que o eminente ministro MOREIRA ALVES, relator, **ao apreciar** o tema pertinente ao postulado da legalidade, **em conexão** com o emprego do recurso extraordinário, **assim se pronunciou**:

> ***A alegação de ofensa ao art. 5º, II****, da Constituição,* ***por implicar o exame prévio da legislação infraconstitucional****, é alegação de infringência* ***indireta*** *ou* ***reflexa*** *à Carta Magna,* ***não dando margem****, assim, ao cabimento do recurso extraordinário.* [**AI 339.607/MG**, rel. min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.]

Cumpre acentuar, *neste ponto*, que essa orientação **acha-se presentemente sumulada** por esta Corte, **como resulta claro da Súmula 636** do Supremo Tribunal Federal, **cuja formulação** possui o seguinte conteúdo:

> ***Não cabe*** *recurso extraordinário* ***por contrariedade*** *ao princípio constitucional* ***da legalidade****, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.* [**Grifei**.]

Impende destacar, *por oportuno*, **que o exame** da presente causa **evidencia** que o recurso extraordinário – **no ponto** em que discute a aplicabilidade retroativa **dos arts. 3º e 4º** da LC 118/2005 – **também não se mostra** viável.

Com efeito, **o Plenário** desta Suprema Corte, **após reconhecer** configurada **a existência** de repercussão geral do tema, **julgou** o fundo da controvérsia constitucional (*igualmente objeto* de veiculação **nesta** causa), **proferindo**, *então*, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> ***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 5 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. [**RE 566.621/RS**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Não se ignora que as denominadas *leis interpretativas*, **uma vez reconhecida** a sua existência em nosso sistema de direito positivo, **acham-se plenamente sujeitas** *ao permanente controle jurisdicional de constitucionalidade*, **expondo-se**, *por isso mesmo*, **sem** *qualquer pré-exclusão*, **ao exame e à interpretação** dos juízes **e** tribunais, **notadamente** no que se refere **à aferição** de sua compatibilidade, *tanto formal quanto material*, com o texto da Constituição da República.

Esse entendimento, *vale rememorar*, **já fora manifestado**, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, **quando do julgamento**, em 1991, *da ADI 605-MC/DF*, rel. min. CELSO DE MELLO, **ocasião** em que se assentaram as seguintes diretrizes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO – LEIS INTERPRETATIVAS – A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE – CARÁTER RELATIVO – LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA – REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA *SOBRE MATÉRIA APRECIADA* ***E*** *REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA –* ***AUSÊNCIA*** *DO "PERICULUM IN MORA" –* ***INDEFERIMENTO*** *DA CAUTELAR.*

– É plausível*, em face do ordenamento constitucional brasileiro,* ***o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas****, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica.*

– 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 questão*** *da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo presidente da República.*

– ***O princípio da irretroatividade somente condiciona*** *a atividade jurídica do Estado* ***nas hipóteses expressamente previstas*** *pela Constituição,* ***em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora*** *de restrição gravosa (****a****)* ***ao*** *"****status libertatis****" da pessoa (****CF****, art. 5º,* ***XL****), (****b****)* ***ao*** *"****status subjectionis****" do contribuinte em matéria tributária (****CF****, art. 150, III, "a")* ***e*** *(****c****)* **à segurança** ***jurídica*** *no domínio das relações sociais (****CF****, art. 5º,* ***XXXVI****).*

– ***Na medida*** *em que a retroprojeção normativa da lei* ***não*** *gere* ***nem*** *produza os gravames referidos,* ***nada impede*** *que o Estado edite* ***e*** *prescreva atos normativos com efeito retroativo.*

– ***As leis****, em face do caráter prospectivo de que se revestem,* ***devem****,* ***ordinariamente****,* ***dispor para o futuro****. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo,* ***não assentou****, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.*

– ***A questão da retroatividade das leis interpretativas****.* [**ADI 605-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

O que se mostrou relevante, *então*, em mencionado julgamento plenário, **foi a reafirmação**, por esta Suprema Corte, **da impossibilidade** de desconstituição **ou** de ofensa, **por parte** de diplomas legislativos **veiculadores** *de* "*interpretação autêntica*", ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada **e** ao direito adquirido, **tal como enfatizei** em passagem do meu voto **proferido** na ADI 605-MC/DF, **de que fui relator**:

Saliente-se*, por necessário,* ***que 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.*

Nesse sentido*,* ***é de destacar o voto*** *do saudoso ministro OROZIMBO NONATO,* ***relator*** *do RE 10.039/SP,* ***no qual ressaltava****, já em 1950,* ***o efeito constitucionalmente limitador*** *do ato jurídico perfeito, da coisa julgada* ***e*** *dos direitos adquiridos sobre a aplicação retrooperante das leis interpretativas:*

> ***O problema da retroatividade da lei interpretativa****, que é uma anomalia,* ***como observa*** *Capitant, e traduz – "una mala política legislativa", na observação de Salvat é considerado diversamente pelos D.D.*
>
> ***Nos regimes*** *em que o preceito da irretroatividade é apenas uma determinação ao juiz* ***e não*** *ao legislador, ela representa uma ociosidade, pois que pode a lei, mediante cláusula expressa, ter projeção retrooperante.*
>
> ***E nos regimes em que****,* ***como o nosso****,* ***aquele princípio troneja como preceito da lei maior****,* ***há que usar****, ao propósito,* ***da maior circunspecção e cautela para que se não burle*** *a prescrição constitucional.*
>
> ***Bento de Faria****, depois de trazer à colação o magistério de opinados D.D.,* ***remata clara e peremptoriamente****,* ***aludindo às leis interpretativas****:*

> ***O sistema vigente*** *da nossa lei civil* ***não alude*** *a decretações dessa natureza* ***para****, particularmente,* ***emprestar-lhes*** *a natureza retroativa,* ***mas subordina*** *a extensão ou compreensão de toda a lei* ***ao respeito*** *pelas limitações das regras impedientes daquele efeito.*
>
> ***Conseguintemente****, ainda quando a lei seja editada com o efeito de interpretar,* ***não pode ser aplicada retroativamente se*** *ofender direitos irrevogáveis (Aplicação e Retroatividade da lei, n. 21, p. 56).*
>
> ***A chamada*** *retroatividade da lei puramente interpretativa seria de simples aparência.*
>
> ***Como argumenta lucidamente Gaston Jèze*** *se a lei nada encerra de novo é pura superfluidade. E o que rege o passado é a lei antiga repetida ociosamente. Se contém algo de novo, é lei nova. E, então, quando é constitucional a vedação da retroatividade, não poderá ela ter projeção retrooperante.*
>
> ***Esta****, aliás, é a lição de Carlos Maximiliano, em seu Direito Intertemporal,* ***depois de lembrar não só*** *a observação de Gaston Jèze,* ***como o ensino*** *de Rui Barbosa, Clovis Bevilaqua, Duarte de Azevedo, Dias Ferreira, Visconde de Seabra.* ***O douto jurista escreve*** *que, nos países em que a irretroatividade das leis é postulado constitucional,* ***generaliza-se*** *a regra* ***de não se estender ao passado*** *o alcance de normas interpretativas (Dir. Intertemporal, n. 39). (...).*
>
> ***Demais disso****, ainda nos regimes em que a vedação da lei retroativa é prescrição ao juiz, e não imposição ao legislador mesmo, nem toda lei que esclarece preceito anterior retroage (...).*
>
> ***Vê-se****, do exposto, que,* ***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.*
>
> ***Falece****, pois, plausibilidade jurídica* à tese *defendida pelo autor que,* ***fundando-se*** *na afirmação dogmática* ***de existência de efeitos retroativos necessários****, que seriam* ***inerentes*** *ao ato interpretativo,* ***sustenta****,* ***sem admitir*** *as distinções previstas pela própria doutrina* ***e*** *jurisprudência desta Corte (v.g.,* ***RE 78.141/SP****, Pleno, rel. min. LUIZ GALLOTTI,* ***DJ*** *de 29-5-1974),* ***a sua inconciliabilidade*** *com o sistema constitucional vigente,* ***notadamente com o princípio da irretroatividade das leis****.* [**ADI 605-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Daí a corretíssima conclusão a que chegou a eminente ministra ELLEN GRACIE, **relatora** do "*leading case*" mencionado (**RE** 566.621/RS), **pois examinou** a controvérsia (ora renovada nestes autos) *sob a perspectiva* do princípio da segurança jurídica, **que decorre**, *dentre outras cláusulas constitucionais*, **daquela que consagra** *a incolumidade* de situações jurídicas *definitivamente consolidadas*.

A essencialidade do postulado da segurança jurídica **e a necessidade** de se respeitarem situações consolidadas no tempo, *especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão* (**seja** ele contribuinte **ou não**), **representam** fatores a que o Judiciário **não pode** ficar alheio, **como resulta** da jurisprudência **que se formou**, *a esse respeito*, no Supremo Tribunal Federal:

> ***Ato administrativo****.* ***Seu tardio desfazimento****,* ***já criada situação de fato e de direito****,* ***que o tempo consolidou****.* ***Circunstância excepcional*** *a aconselhar a*

inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício. [**RTJ 83/921**, rel. min. BILAC PINTO – **Grifei**.]

Essa orientação jurisprudencial (**RTJ** 119/1170), *por sua vez*, **tem sido reafirmada**, por esta Suprema Corte, em **sucessivos** julgamentos:

> ***Mandado de segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União.*** *(...)* ***5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica*** *enquanto subprincípio do Estado de Direito.* ***Necessidade de estabilidade*** *das situações criadas administrativamente.* ***6. Princípio da confiança*** *como elemento do princípio da segurança jurídica.* ***Presença de um componente de ética jurídica*** *e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. (...)* ***9. Mandado de segurança deferido.*** [**RTJ 192/620-621**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

Na realidade, **os postulados** da segurança jurídica, da boa-fé objetiva **e** da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social **e** jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, *mesmo as de direito público* (**RTJ 191/922**, rel. p/ o ac. min. GILMAR MENDES), **em ordem a viabilizar** a incidência desses **mesmos** princípios sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, situações **já consolidadas** no passado.

É importante referir, *neste ponto*, **em face** de sua extrema pertinência, **a aguda observação** de J. J. GOMES CANOTILHO ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 250, 1998, Almedina):

> *Estes* ***dois*** *princípios –* ***segurança jurídica e protecção da confiança*** *– andam* ***estreitamente*** *associados* ***a ponto*** *de alguns autores considerarem* ***o princípio*** *da protecção de confiança* ***como um subprincípio ou como uma dimensão específica*** *da segurança jurídica.* ***Em geral****, considera-se* ***que a segurança jurídica*** *está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica –* ***garantia*** *de estabilidade jurídica,* ***segurança*** *de orientação* ***e realização*** *do direito –* ***enquanto a protecção da confiança*** *se prende mais com as componentes subjectivas da segurança,* ***designadamente*** *a calculabilidade* ***e*** *previsibilidade dos indivíduos* ***em relação aos efeitos jurídicos*** *dos actos dos poderes públicos.* ***A segurança e a protecção da confiança*** *exigem, no fundo: (****1****)* ***fiabilidade****, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (****2****)* ***de forma que*** *em relação a eles o cidadão* ***veja garantida*** *a segurança nas suas disposições pessoais* ***e nos efeitos jurídicos*** *dos seus próprios actos.* ***Deduz-se*** *já que os postulados da segurança jurídica* ***e*** *da protecção da confiança* ***são exigíveis*** *perante "****qualquer acto" de "qualquer poder****" – legislativo, executivo* ***e*** *judicial.* [**Grifei**.]

Esse entendimento, *por sua vez*, **encontra apoio** no magistério da doutrina (ALMIRO DO COUTO E SILVA, "**Princípios da Legalidade e da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**", "*in*" RDP 84/46-63; WEIDA ZANCANER, "**Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**", p. 73/76, item n. 3.5.2, 3. ed., 2008, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**",

p. 99/101, item n. 2.3.7, 34. ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo **e** José Emmanuel Burle Filho, 2008, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 87, item n. 77, **e** p. 123/125, item n. 27, 26. ed., 2009, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 87/88, item n. 3.3.15.4, 22. ed., 2009, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 1097/1100, itens n. XVII.1 **a** XVII.3.1, 4. ed., 2009, Saraiva; GUSTAVO BINENBOJM, "**Temas de Direito Administrativo e Constitucional**", p. 735/740, itens n. II.2.2 **a** II. 2.2.2, 2008, Renovar; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 78/94, itens n. 8 **a** 8.4, 2008, Podium; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 257/260, itens n. 3.2 **a** 4, 9. ed., 2008, Malheiros; MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI, "**Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**", p. 178/180, item n. 4.5.7, 2002, Malheiros; SÉRGIO FERRAZ, "**O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais**", "*in*" Revista Forense, vol. 334/191-210; RICARDO LOBO TORRES, "**A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**", p. 429/445, "*in*" "*Princípios e Limites da Tributação*", **coordenação** de Roberto Ferraz, 2005, Quartier Latin, *v.g.*).

As lições da doutrina **e o magistério** da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (**MS 26.363/DF**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **MS 26.405/DF**, rel. min. CEZAR PELUSO – **MS 26.718-MC/DF**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **MS 27.962-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) **conferem** substância **e revelam** a plena correção do acórdão **objeto** do presente recurso extraordinário.

Sendo assim, *e tendo em consideração as razões expostas*, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, *em consequência*, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 596.673-AgR/RS — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: União (Procurador: Procurador-geral da Fazenda Nacional). Agravada: Madecenter Móveis Ltda. (Advogado: Cristiano Colombo).

Decisão: Negado provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012 — Karima Batista Kassab, coordenadora.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 639.732 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Agravante: Roberto Carlos Pacheco Ribeiro — Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional e penal. Atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial com o fito de ocultar maus antecedentes. Conduta típica não afastada pelo exercício da autodefesa (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal). Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

1. Atribuir-se falsa identidade com o fito de acobertar maus antecedentes perante a autoridade policial consubstancia fato típico, porquanto não encontra amparo na garantia constitucional de autodefesa, prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

2. Precedentes: RE 561.704-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 2-4-2009; HC 92.763, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 24-4-2008; HC 73.161, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 3-9-1996; HC 72.377, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 30-6-1995.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 23 de agosto de 2011 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto por *Roberto Carlos Pacheco Ribeiro*, em face da decisão de fls. 275/278, que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, para restabelecer a sentença no que tange à tipicidade da conduta de atribuir-se falsa identidade com o fito de acobertar maus antecedentes. A decisão agravada restou assim ementada:

Recurso extraordinário. Constitucional e penal. Atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial com o fito de ocultar maus antecedentes.

Conduta típica não afastada pelo exercício da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF). Recurso extraordinário provido.

1. A falsa identidade com o fito de acobertar maus antecedentes perante a autoridade policial é fato típico, porquanto não encontra amparo na garantia constitucional de autodefesa, prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Precedentes: RE 561.704-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 2-4-2009; HC 92.763, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 24-4-2008; HC 73.161, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 3-9-1996; HC 72.377, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 30-6-1995.

2. Recurso extraordinário provido.

Em suas razões, aduz o agravante que a ofensa, se tivesse ocorrido, seria meramente reflexa, e que o Ministério Público não demonstrou a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A presente irresignação não merece prosperar.

O agravante, em suas razões de recurso, não traz argumentação capaz de elidir os fundamentos da decisão agravada. Isso porque, conforme restou consignado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial, com o fito de acobertar maus antecedentes, consubstancia fato típico, porquanto não encontra amparo na garantia constitucional de autodefesa, prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Ressalte-se, a propósito, que em julgamentos sobre a matéria discutida neste feito, ambas as Turmas desta Corte manifestaram-se no mesmo sentido da decisão agravada: RE 561.704-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJE* de 2-4-2009; HC 92.763, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJE* de 24-4-2008; HC 73.161, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 3-9-1996; HC 72.377, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 30-6-1995, este último assim ementado:

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Crime de roubo: consumação. Falsa identidade. Sequestro. I – Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima. II – Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III – Crime de sequestro não caracterizado. IV – Extensão ao corréu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de sequestro. V – *Habeas corpus* deferido em parte.

A propósito, cito ainda as seguintes decisões monocráticas: RE 630.011, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 30-9-2010; e RE 470.944, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 27-3-2006.

Outrossim, verifica-se que, ao contrário do que alega o ora agravante, o acórdão recorrido valeu-se de fundamento constitucional para absolver o réu da imputação quanto ao crime de falsa identidade por atipicidade de conduta, consoante se extrai do seguinte excerto:

> A questão objeto da presente apelação já foi pacificada pela Eg. Câmara Criminal, que entendeu que a conduta daquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial, em atitude de autodefesa, é atípica, em observância ao disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que garante o direito ao silêncio, bem como por inexistir perigo de lesão a bem juridicamente tutelado. [Fl. 240.]

À derradeira, anoto que a existência de dissídio jurisprudencial com outros Tribunais não viabiliza o conhecimento de recurso extraordinário, sendo despicienda a prova de sua ocorrência, visto não enquadrar-se dentre as hipóteses do art. 102, III, da Constituição Federal.

Ex positis, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 639.732-AgR/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Roberto Carlos Pacheco Ribeiro (Advogado: Defensor público-geral do Distrito Federal e Territórios). Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Procurador: Procurador-geral da República).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de agosto de 2011 — Carmen Lilian, coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 716.234 — SP

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Agravante: Pirelli Pneus S.A. — Agravada: União

Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito constitucional e tributário. Imposto sobre produtos industrializados (IPI). Insumos isentos, sujeitos a alíquota zero ou não tributados. Produto final tributado. Princípio da não cumulatividade. Impossibilidade de aproveitamento de créditos. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. O art. 153, § 3º, II, da Constituição dispõe que o IPI "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores".

2. O princípio da não cumulatividade é alicerçado especialmente sobre o direito à compensação, o que significa que o valor a ser pago na operação posterior sofre a diminuição do que pago anteriormente, pressupondo, portanto, dupla incidência tributária. Assim, se nada foi pago na entrada do produto, nada há a ser compensado.

3. O aproveitamento dos créditos do IPI não se caracteriza quando a matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados reste desonerada, sejam os insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis. Isso porque a compensação com o montante devido na operação subsequente pressupõe, necessariamente, a existência de crédito gerado na operação anterior, o que não ocorre nas hipóteses exoneratórias.

4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: Tributário – IPI – Não cumulatividade – Produtos importados com isenção – Produto final tributado – Creditamento – Impossibilidade. O princípio da não cumulatividade tem como objetivo impedir a incidência sucessiva do tributo nas fases da produção de determinado bem, permitindo que seja descontado o valor pago na etapa anterior. Com isso, não haverá incidência de tributo sobre tributo, que ocorreria "em cascata" se o valor pago fosse integrado ao produto. Diferentemente do que ocorreria com um imposto incidente sobre o valor agregado em cada etapa, onde a base de cálculo seria apenas o valor adicionado ao produto, o IPI incide sobre o produto industrializado como um todo, que se constitui na sua base de cálculo, deduzindo-se apenas o que fora cobrado a esse título na etapa anterior, e não o valor do próprio insumo. Por essa razão, não se pode aceitar a tese de que o IPI é um imposto sobre o valor agregado. O contribuinte não tem

direito a se creditar do IPI relativo a produtos importados com isenção como se tributados fossem. Ora, os produtos intermediários foram dissolvidos no processo de industrialização do produto final, que será adotado como base de cálculo final para a apuração do IPI devido, não havendo que se falar em créditos fictícios nessa técnica de tributação. O benefício dado a um determinado produto não o acompanha nas demais fases da produção, pois o produto final é outro e diferentemente tributado. A questão do creditamento do IPI retornou recentemente à discussão na Corte Constitucional (RE 353.657/PR) com forte tendência de posicionamento contrário; pois, embora relacionada à não tributação e à alíquota zero, afasta o reconhecimento dos precedentes antigos e a pacificação da matéria, especialmente no tocante à natureza de imposto sobre valor agregado.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 3 de abril de 2012 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuida-se de agravo regimental contra decisão monocrática do e. ministro Eros erigida nos seguintes termos:

> **Decisão**: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário.
>
> 2. O agravo não merece provimento. Esta Corte, no julgamento do RE 353.657, rel. min. Marco Aurélio, e do RE 370.682, rel. min. Ilmar Galvão, sessão do dia 25 de junho de 2007, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, deu-lhe provimento, vencidos os ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, no sentido da inexistência do direito do contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de creditar-se do valor do tributo na aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados.
>
> 3. No que respeita à questão de ordem levantada pelo ministro Ricardo Lewandowski – modulação temporal dos efeitos da decisão – este Tribunal decidiu que a União poderá reaver o IPI das empresas que compensaram tributos com créditos de matérias-primas em que incide alíquota zero ou naquelas não tributadas.
>
> 4. No julgamento da questão de ordem, afirmei, em meu voto, que nenhuma razão relacionada ao interesse social, menos ainda a "excepcional interesse social", prospera no sentido de aquinhoarem-se empresas que vieram a juízo afirmando

> interpretação que esta Corte entendeu equivocada. Fizeram-no, essas empresas, por sua conta e risco. É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular de direito a esses mesmos créditos, mas o autoriza a fazer uso deles até certa data (...) Um "negócio da China" para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social.

Nas razões do regimental, a *Pirelli Pneus S.A.* alegou, em síntese, que a decisão proferida pelo Plenário desta Corte, e fundamento da decisão proferida pelo e. ministro Eros Grau, não abrangeria a entrada de insumos isentos de tributação do IPI, mas tão somente os não tributados ou sujeitos a alíquota zero.

Requer o provimento do regimental para que o extraordinário tenha regular seguimento.

Os autos vieram a mim por redistribuição, após a aposentadoria do e. ministro Eros Grau.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O agravo regimental não merece provimento.

O art. 153, § 3º, II, da Constituição dispõe que o IPI "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores".

O princípio da não cumulatividade é alicerçado especialmente sobre o direito à compensação, o que significa que o valor a ser pago na operação posterior sofre a diminuição do que pago anteriormente, pressupondo, portanto, dupla incidência tributária. Assim, se nada foi pago na entrada do produto, nada há a ser compensado.

Daí que o aproveitamento dos créditos do IPI não se caracteriza quando a matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados reste desonerada, sejam os insumos isentos, sujeitos a alíquota zero ou não tributáveis. Isso porque a compensação com o montante devido na operação subsequente pressupõe, necessariamente, a existência de crédito gerado na operação anterior, o que não ocorre nas hipóteses exoneratórias.

A jurisprudência do egrégio STF, à luz de entendimento hodierno retratado por recentes julgados, inclui os insumos isentos no rol de hipóteses exoneratórias que não geram créditos a serem compensados. Entre eles, o RE 370.682-ED, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, *DJE* de 17-11-2010, *verbis*:

> Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Não há direito a crédito presumido de IPI em relação a insumos isentos, sujeitos a alíquota zero ou não tributáveis. 3. Ausência de contradição, obscuridade ou omissão da decisão recorrida. 4. Tese que objetiva a concessão de efeitos infringentes para simples

rediscussão da matéria. Inviabilidade. Precedentes. 5. Embargos de declaração rejeitados.

Vale destacar o seguinte trecho do voto elaborado pelo ministro Gilmar Mendes:

> Frise-se que, como bem esclareceu o voto condutor, "a não exigência do IPI se dá sempre que essa é adquirida sob os regimes, indistintamente, de isenção (exclusão do imposto incidente), alíquota zero (redução da alíquota ao fator zero) ou de não incidência (produto não compreendido na esfera material de incidência do tributo)".

No julgamento do RE 566.551-AgR, rel. min. Ellen Gracie, *DJE* de 30-4-2010, a Segunda Turma do STF retratou o entendimento nos seguintes termos:

> *Tributário. IPI. Insumos isentos, não tributados ou sujeitos a alíquota zero. Inexistência de direito aos créditos. Decisão com fundamento em precedentes do Plenário.* 1. A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do Plenário desta Corte (RE 370.682/SC e RE 353.657/RS), no sentido de que não há direito à utilização dos créditos do IPI no que tange às aquisições insumos isentos, não tributados ou sujeitos a alíquota zero. 2. Agravo regimental improvido.

Pelos fundamentos expostos, **nego provimento** ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 716.234-AgR/SP — Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Pirelli Pneus S.A. (Advogados: Hamilton Dias de Souza e outros). Agravada: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a ministra Cármen Lúcia. Presidência do ministro Dias Toffoli.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 3 de abril de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

———

AGRAVO DE INSTRUMENTO 733.387 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Agravante: Walter Correia de Brito Neto — Agravado: Democratas – DEM — Interessado: Partido Republicano Brasileiro – PRB

Competência das Turmas do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar recursos extraordinários (e respectivos incidentes e agravos de instrumento) interpostos contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral (RISTF, art. 9º, III) – Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da norma regimental (RISTF, art. 83, § 1º, e respectivos incisos) que dispensa a inclusão em pauta de determinadas causas e, também, da cláusula inscrita no art. 131, § 2º, do RISTF, que não admite sustentação oral no julgamento de certos processos – Precedentes – Fidelidade partidária – Desfiliação sem justa causa – Inocorrência das hipóteses excepcionais que autorizam o reconhecimento de situações de justa causa – Resolução/TSE 22.610/2007 – Validade constitucional reconhecida pelo Plenário desta Suprema Corte (ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF) – Marco inicial da eficácia do pronunciamento desta Suprema Corte na matéria: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta 1.398/DF – Revisão jurisprudencial e necessária observância dos postulados da segurança jurídica e da confiança – O papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional e a responsabilidade político-jurídica que lhe incumbe no processo de valorização da força normativa da Constituição – O monopólio da "última palavra", pela Suprema Corte, em matéria de interpretação constitucional – Função jurídico-processual dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal – Alegada violação a preceitos inscritos na Constituição da República (CF, art. 5º, LIV e LV) – Ausência de ofensa direta à Constituição – Contencioso de mera legalidade – Pronto cumprimento do julgado desta Suprema Corte, independentemente da publicação do respectivo acórdão, para efeito de imediata execução da decisão emanada do Tribunal Superior Eleitoral – Possibilidade, inclusive em matéria eleitoral – Precedentes – Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em ultrapassar as questões prévias suscitadas no voto do relator, e, também por unanimidade, negar

provimento ao agravo de instrumento, determinando, ainda, unanimemente, a imediata execução dos acórdãos emanados do e. Tribunal Superior Eleitoral, independentemente de publicação do acórdão consubstanciador do julgamento do presente agravo de instrumento, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie. Não participou do julgamento o ministro Eros Grau por não ter assistido à leitura do relatório.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Celso de Mello, presidente e relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se de agravo de instrumento** interposto contra decisão, que, **emanada** do eminente ministro presidente do Tribunal Superior Eleitoral, **deixou de admitir** o recurso extraordinário **interposto** pela parte ora agravante.

O e. Tribunal Superior Eleitoral, **ao julgar a Petição 2.756/DF**, rel. min. JOSÉ DELGADO, **proferiu** decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado (**fl. 193**):

> *1. **Fidelidade partidária**. **Desfiliação sem justa causa**. **Procedência do pedido**.*
>
> *2. **Divergência** entre filiados partidários no sentido de ser alcançada projeção política **não constitui** justa causa para desfiliação.*
>
> *3. **As causas determinantes** da justa causa para a desfiliação **estão previstas** no art. 1º, § 1º, da Resolução n. 22.610/2007.*
>
> *4. O requerido **não demonstrou** grave discriminação pessoal a motivar o ato de desfiliação.*
>
> *5. **Pedido procedente**.* [**Grifei**.]

O deputado federal **acoimado** *de transgressor da fidelidade partidária* **opôs** embargos de declaração à decisão em causa, **os quais**, *no entanto*, **foram rejeitados**, por aquela Alta Corte Eleitoral, **em julgamento que contém** a seguinte ementa (**fls. 332/333**):

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO. RES. TSE 22.610/2007. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.***
>
> ***1. Não é de se reconhecer inconstitucional a Resolução n. 22.610/2007**, porquanto **editada** em observância à determinação do c. Supremo Tribunal Federal **ao julgar** os MS 26.602, 26.603 e 26.604 (**MS** 3.713/SC, rel. min. Caputo Bastos, **DJ** de 14-5-2008).*
>
> ***2. Nesse contexto**, eventual declaração de inconstitucionalidade **da referida** resolução pelo c. TSE **importa**, de forma indireta, **desrespeitar** a determinação do Excelso Pretório.*
>
> ***3. No processo eleitoral**, assim como no processo civil em geral, **não se declara** nulidade **se*** não houver efetiva demonstração de prejuízo (art. 219 do CE).

"***In casu***", *os embargantes,* ***ao alegarem prejuízo*** *com a mudança,* ***no curso*** *do processo,* ***da natureza*** *do pedido de perda de cargo eletivo – de administrativo para jurisdicional –* ***limitaram-se a afirmar*** *que "questões de índole constitucional* ***deixaram*** *de ser prequestionadas na defesa".* ***Não informaram*** *quais seriam as supostas questões* ***e a imprescindibilidade*** *destas para o desfecho da lide.*

4. O art. 7º, *parágrafo único,* ***da Resolução 22.610/2007 é expresso*** *ao determinar que o prazo para alegações finais é comum às partes.*

5. O v. acórdão foi expresso ao refutar as alegações de a) juntada *de documentos novos pelo DEM* ***sem*** *a manifestação dos requeridos;* ***b) existência*** *de documento que supostamente justificaria o desligamento da agremiação;* ***e c) mudança substancial*** *no programa do partido em razão da mudança de sigla – de PFL para DEM.* ***A via*** *dos embargos declaratórios* ***não se presta para rediscussão*** *de teses debatidas pela parte e apreciadas no acórdão embargado.*

6. Embargos de declaração ***não*** *providos.* [**Pet 2.756-ED/DF**, rel. min. FELIX FISCHER – **Grifei**.]

Inconformado, esse parlamentar **deduziu** recurso extraordinário **contra** tal acórdão, **nele sustentando** que o e. Tribunal Superior Eleitoral **desrespeitou** diversos preceitos **inscritos** na Constituição da República, **tais como** aqueles que contemplam a democracia representativa, a divisão funcional do poder, o princípio da legalidade, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a vedação da retroatividade, a intangibilidade de situações definitivamente consolidadas, a preservação da segurança jurídica, a proibição de instituição de tribunais de exceção, a reserva constitucional de lei complementar, a taxatividade do rol definidor das hipóteses de perda de mandato, a usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, a garantia do "*due process of law*" **e** o direito à plenitude de defesa (fl. 381).

O eminente senhor presidente do e. Tribunal Superior Eleitoral, como **precedentemente** referido, **formulou juízo negativo** de admissibilidade **concernente** ao recurso extraordinário em questão (**fls. 378/387**).

Daí o presente agravo de instrumento.

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra do ilustre vice-procurador-geral da República, dr. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS, **ao opinar pelo improvimento** do presente agravo de instrumento, **formulou** parecer assim ementado (**fls. 429/437**):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DENEGATÓRIA *DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.* ***ELEITORAL. PERDA DE MANDATO ELETIVO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. RESOLUÇÃO TSE*** 22.610/2007.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. *NORMA DA CORTE ELEITORAL* ***EDITADA*** *COM BASE EM ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL* ***NOS MANDADOS DE SEGURANÇA*** 26.602, 26.603, E 26.604. ***DEMANDA DECIDIDA*** *À LUZ DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA* ***INDIRETA*** *À CONSTITUIÇÃO.*

Parecer ***pelo desprovimento*** *do agravo.* [**Grifei**.]

É o relatório.

VOTO
(Sobre questões prévias)

O sr. ministro Celso de Mello (relator): **Preliminarmente**, **reconheço** a competência **das Turmas** do Supremo Tribunal Federal para o processo **e** julgamento de recursos extraordinários (e respectivos incidentes **e** agravos de instrumento), **quando interpostos**, *como na espécie*, **contra** acórdãos **e** decisões **emanados** do e. Tribunal Superior Eleitoral.

Essa regra de competência tem por fundamento a norma **inscrita** no art. 9º, **inciso** III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Observo que a competência **do Plenário** desta Suprema Corte, **tratando-se** do e. Tribunal Superior Eleitoral, **somente** se instaurará, **ressalvada** a hipótese de declaração de inconstitucionalidade (para cujo pronunciamento se impõe a observância do postulado da reserva de plenário), **se e quando** se cuidar de "*habeas corpus*" **impetrado** contra decisão emanada dessa Alta Corte Eleitoral (**RISTF**, art. 6º, **inciso** I, "**a**").

Registro, *por necessário*, **que o julgamento colegiado**, *sempre excepcional*, **de agravos de instrumento**, *como o de que se cuida*, **independe** de pauta, **por efeito** de expressa norma regimental (**RISTF**, art. 83, § 1º, n. III).

Saliento, *ainda*, **que também não cabe sustentação oral** nos julgamentos **de determinadas** causas, **dentre** as quais o agravo de instrumento (**RISTF**, art. 131, § 2º).

Vale referir, *no ponto*, **que essa vedação regimental apoia-se** em norma **cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida**, *já sob a égide da Constituição de 1988*, pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 137/1053 – **RTJ** 152/782 – **RTJ** 158/272-273 – **RTJ** 159/991-992 – **RTJ** 184/740-741 – **RTJ** 190/894, *v.g.*).

Superadas essas questões prévias, **passo a examinar** o presente agravo de instrumento **interposto** contra decisão do eminente senhor ministro presidente do e. Tribunal Superior Eleitoral, que, **em fundamentada** decisão, **formulou** *juízo negativo de admissibilidade* do recurso extraordinário **deduzido** pela parte ora agravante.

Assinalo que a controvérsia jurídica suscitada em sede recursal extraordinária **resume-se** à pretendida inconstitucionalidade **da Resolução/TSE** 22.610/2007.

Com efeito, o próprio agravante, **nas razões** de seu apelo extremo, **requer** o provimento do "*recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/2007, do TSE, decretando-se a extinção do feito*" (fl. 384).

Ocorre que, após a data de interposição do recurso extraordinário deduzido pelo ora agravante, **sobreveio** o julgamento plenário **das ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, no qual esta Suprema Corte **confirmou** *a plena validade constitucional* **das Resoluções** 22.610/2007 **e**

22.733/2008, **ambas** do Tribunal Superior Eleitoral, **entendendo-as compatíveis** com a Constituição, **tanto** sob a perspectiva formal **quanto** aquela de ordem material, **como resulta claro** da decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA***.
>
> *1. **Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções** 22.610/2007 e 22.733/2008, **que disciplinam** a perda do cargo eletivo **e** o processo de justificação da desfiliação partidária.*
>
> *2. **Síntese** das violações constitucionais arguidas.*
>
> ***Alegada contrariedade** do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que, ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição).*
>
> ***Suposta usurpação de competência** do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo.*
>
> ***Por estabelecer** normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, "caput" e parágrafo único), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, "caput" e parágrafo único, art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição.*
>
> ***Ainda segundo os requerentes**, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX, da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao partido).*
>
> ***Por fim**, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da Constituição).*
>
> *3. **O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento** dos MS 26.602, 26.603 **e** 26.604 **reconheceu a existência** do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. **Ressalva** do entendimento então manifestado pelo ministro relator.*
>
> *4. **Não faria sentido** a Corte **reconhecer a existência** de um direito constitucional **sem prever** um instrumento para assegurá-lo.*
>
> *5. **As resoluções impugnadas** surgem em contexto excepcional e transitório, **tão somente** como mecanismos **para salvaguardar** a observância da fidelidade partidária **enquanto** o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, **não se pronunciar**.*

*6. **São constitucionais as Resoluções** 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral.*

*Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, **mas julgada improcedente**.* [**Grifei**.]

De qualquer maneira, *no entanto*, **e mesmo** que se pudesse superar **a questão** concernente à *confirmação de constitucionalidade*, **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **das Resoluções/TSE** 22.610/2007 **e** 22.733/2008, **revelar-se-ia inviável** o recurso extraordinário interposto pela parte ora agravante.

Isso porque *não procede* a alegação de que o e. Tribunal Superior Eleitoral, **ao editar** mencionadas Resoluções, **estaria usurpando** atribuições do Congresso Nacional.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao julgar os MS** 26.602/DF, **MS** 26.603/DF **e MS** 26.604/DF, **interpretou** a Constituição, **e extraiu**, *de seu texto*, **nesse processo** de indagação constitucional, **a máxima eficácia possível**, *em atenção e respeito* aos grandes princípios estruturantes **que informam**, *como verdadeiros vetores hermenêuticos*, **o sistema** de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, **a força normativa** da Constituição – **tratando-se** de questões **pertinentes** ao modelo de representação popular, à legitimidade do processo eleitoral, à integridade da vontade soberana do corpo eleitoral (do cidadão-eleitor, portanto), à fidelidade partidária **e**, *também*, à observância do sistema eleitoral proporcional – **traduz**, *em nosso sistema político-institucional*, um valor **que não pode** deixar de prevalecer **e de ser respeitado** por esta Corte Suprema.

É importante ressaltar que essa preocupação, **realçada** pela doutrina, **tem em perspectiva** um dado de **insuperável** relevo político-jurídico, **consistente na necessidade** de preservar-se, em sua integralidade, **a força normativa da Constituição**, que resulta da **indiscutível** supremacia **de que se revestem** os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, *por isso mesmo*, **hão de ser valorizados** em face de sua precedência, de sua autoridade **e** de seu grau hierárquico, **como enfatizam** autores eminentes (ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 109, item n. 2.8, 2. ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "**Constituição de 1988**: **Legitimidade**, **Vigência e Eficácia e Supremacia**", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, *v.g.*).

Cabe destacar e reconhecer, *neste ponto*, **tendo presente** o contexto em questão, **que assume papel de fundamental importância** a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional** de "*guarda da Constituição*" (**CF**, art. 102, "*caput*") **confere-lhe o monopólio da última palavra** em tema **de exegese** das normas

positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido assinalado**, *com particular ênfase*, **pela jurisprudência** desta Corte Suprema:

> ***A interpretação** do texto constitucional **pelo STF deve** ser acompanhada pelos **demais** tribunais. (...) **A não observância** da decisão desta Corte **debilita a força normativa** da Constituição.* [**RE 203.498-AgR/DF**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

As observações que venho de fazer **enfatizam** a circunstância – **que assume** absoluto relevo – **de que não se pode minimizar** o papel do Supremo Tribunal Federal **e** de suas decisões em matéria constitucional, **pois**, consoante **adverte** o eminente ministro GILMAR MENDES, **em voto** proferido **no AI 460.439-AgR/DF**, **trata-se** de "*decisões que concretizam, diretamente, o próprio texto da Constituição*".

É preciso ter em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, **tem por objetivo preservar a supremacia** da Constituição, **o que põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – **compreendida** a expressão "*dimensão política*" **em seu sentido helênico** (como **apropriadamente** a ela se referiu a eminente ministra CÁRMEN LÚCIA **em outra** oportunidade) –, **pois**, *no processo de indagação constitucional*, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, *em última análise*, **sobre a própria** substância do poder.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("**Direito Constitucional**", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar**, **inclui-se** a prerrogativa de formular **e** de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** – segundo a lição desse eminente publicista – "***O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la**. **A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la** (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, **funciona**, igualmente, **o poder constituinte***" (**grifei**).

Em uma palavra: **não se** pode ignorar, *muito menos desconsiderar*, **o papel eminente** que a ordem jurídica **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em tema** de interpretação da Constituição da República.

É preciso, *pois*, **reafirmar a soberania** da Constituição, **proclamando-lhe** a superioridade **sobre todos** os atos do poder público **e sobre todas** as instituições do Estado, **o que permite reconhecer**, *no contexto do Estado Democrático de Direito*, **a plena legitimidade** da atuação do Poder Judiciário **na restauração** da ordem jurídica lesada **e**, *em particular*, **a intervenção do Supremo Tribunal Federal**, **que detém**, *em tema de interpretação constitucional*, **e por força** de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, ***o monopólio da última palavra***, de que já falava RUI BARBOSA, **em discurso parlamentar** que proferiu, **como senador da República**, em 29 de dezembro **de 1914**, em resposta ao senador gaúcho Pinheiro Machado, **quando**

RUI definiu, *com precisão*, **o poder** de nossa Suprema Corte em matéria constitucional, **dizendo**:

> ***Em todas** as organizações políticas **ou** judiciais **há sempre** uma autoridade extrema para errar em último lugar.*
> *(...)*
> ***O Supremo Tribunal Federal**, senhores, **não sendo infalível**, **pode errar**, mas a alguém **deve ficar** o direito de errar **por último**, de decidir **por último**, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como erro ou como verdade.* [**Grifei**.]

Indiscutível, *portanto*, que o e. Tribunal Superior Eleitoral, **ao editar as Resoluções** 22.610/2007 e 22.733/2008, **limitou-se** *a dar efetivo cumprimento* ao julgamento plenário **de referidos** mandados de segurança.

Nem se alegue, *de outro lado*, **que a Resolução/TSE** 22.610/2007, **que deu exato cumprimento** ao decidido no julgamento plenário **dos MS** 26.602/DF, **MS** 26.603/DF **e MS** 26.604/DF, **teria implicado** ofensa à garantia da segurança jurídica.

Com efeito, como salientou esta Suprema Corte no julgamento **do MS 26.603/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **o marco temporal** para a aplicação **da nova** orientação – **consagrada** no mencionado julgamento plenário – **é a data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou a Consulta** 1.398/DF (**27-3-2007**) **e**, *nela*, **respondeu**, *em tese*, à indagação que lhe foi submetida.

Pôs-se em exame, *naquela oportunidade*, **em decorrência** de uma substancial revisão de padrões jurisprudenciais, **com a consequente** ruptura de paradigma **dela** resultante, **a questão** pertinente ao momento *a partir do qual* a **nova** diretriz teria aplicabilidade, *considerada a necessidade de respeito*, pelo Estado, **da exigência** da segurança jurídica.

É importante notar, *porque absolutamente relevante* para a definição do momento **a partir** do qual deveria instaurar-se a eficácia **do novo** padrão hermenêutico, que o Supremo Tribunal Federal, nas decisões **anteriormente** proferidas – **e que constituiam**, *até aquele momento*, a jurisprudência **predominante** nesta Corte –, **firmou** clara orientação (de que respeitosamente **divergi** em voto vencido) **no sentido** da "*inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados (...)*" (**MS 20.927/DF**, rel. min. MOREIRA ALVES, *v.g.*):

> ***Mandado de segurança**. 2. **Eleitoral**. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. **3**. **Princípio da fidelidade partidária**. **Inaplicabilidade**. **Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato** a que alude o art. 55 da Constituição.* [**MS 23.405/GO**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

O que me parece irrecusável, *nesse contexto*, **é o fato** de que **todas** essas migrações partidárias processaram-se **com a certeza**, *revelada por seus protagonistas*, de que o Supremo Tribunal Federal, **ao estabelecer** tais precedentes, **legitimou** os atos de transferência, *para legenda partidária diversa*, do parlamentar eleito **por outro** partido político.

Havia, *portanto*, no contexto em exame, **um dado objetivo**, apto a gerar **a expectativa** da plena validade jurídico-constitucional dos atos de filiação a partidos políticos **diversos** daquele sob cuja legenda o titular do mandato eletivo proporcional foi escolhido.

Esta Suprema Corte, **considerando os precedentes** por ela própria firmados, **analisados** sob a perspectiva **das múltiplas funções** que lhes são inerentes – **tais como a de conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **a de atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, **a de gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes **e a de preservar**, *assim*, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, **mesmo** em temas de índole constitucional (**RE 197.917/SP**, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar**, **nas hipóteses** de revisão **substancial** da jurisprudência, **derivada** da ruptura de paradigma, **a não incidência**, sobre situações **previamente** consolidadas, **dos novos** critérios **consagrados** pelo Supremo Tribunal.

É importante referir, *neste ponto*, **em face** de sua extrema pertinência, **a aguda observação** de J. J. GOMES CANOTILHO ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 250, 1998, Almedina):

> *Estes **dois** princípios – **segurança jurídica e protecção da confiança** – andam **estreitamente** associados **a ponto** de alguns autores considerarem **o princípio** da protecção de confiança **como um subprincípio ou como uma dimensão específica** da segurança jurídica. **Em geral**, considera-se **que a segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – **garantia** de estabilidade jurídica, **segurança** de orientação **e realização** do direito – **enquanto a protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, **designadamente** a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos **em relação aos efeitos jurídicos** dos actos dos poderes públicos. **A segurança e a protecção da confiança** exigem, no fundo: **(1) fiabilidade**, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; **(2) de forma que** em relação a eles o cidadão **veja garantida** a segurança nas suas disposições pessoais **e nos efeitos jurídicos** dos seus próprios actos. **Deduz-se** já que os postulados da segurança jurídica **e** da protecção da confiança **são exigíveis** perante "**qualquer acto**" **de** "**qualquer poder**" – legislativo, executivo e judicial.* [**Grifei**.]

Esse entendimento **não é estranho** à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **que já fez incidir** o postulado da segurança jurídica em questões várias, **inclusive** naquelas **envolvendo** *relações de direito público* (**MS 24.268/MG**, rel. p/ o ac. min. GILMAR MENDES – **MS 24.927/RO**, rel. min. CEZAR PELUSO, *v.g.*) **e** *de caráter político* (**RE 197.917/SP**, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA), **cabendo mencionar** decisão do Plenário **que se acha consubstanciada**, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

> ***5. Obrigatoriedade da observância** do princípio da segurança jurídica **enquanto** subprincípio do Estado de Direito. **Necessidade de estabilidade** das situações criadas administrativamente. **6. Princípio da confiança** como elemento*

*do princípio da segurança jurídica. **Presença** de um componente de ética jurídica **e sua aplicação** nas relações jurídicas de direito público.* [**MS 22.357/DF**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

Vale mencionar, *por oportuno*, **que também a prática jurisprudencial** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América **tem observado** esse critério, **fazendo-o incidir** naquelas hipóteses *em que sobrevém alteração substancial* de diretrizes que, **até então**, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, **inclusive** em matéria penal.

Refiro-me *não só* ao conhecido caso "*Linkletter*" – **Linkletter v. Walker**, 381 **U.S.** 618, 629, 1965 – **como**, *ainda*, **a muitas outras** decisões daquele Alto Tribunal, **nas quais** se proclamou, *a partir de certos marcos temporais*, **considerando-se** determinadas premissas **e com apoio** na técnica do "*prospective overruling*", **a inaplicabilidade** do **novo** precedente a situações **já consolidadas** no passado, **cabendo relembrar**, *dentre vários julgados*, os seguintes: **Chevron Oil Co. v. Huson**, 404 **U.S.** 97, 1971; **Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.**, 392 **U.S.** 481, 1968; **Simpson v. Union Oil Co.**, 377 **U.S.** 13, 1964; **England v. State Bd. of Medical Examiners**, 375 **U.S.** 411, 1964; **City of Phoenix v. Kolodziejski**, 399 **U.S.** 204, 1970; **Cipriano v. City of Houma**, 395 **U.S.** 701, 1969; **Allen v. State Bd. of Educ.**, 393 **U.S.** 544, 1969, *v.g.*

Diante de todas essas considerações, **e em atenção** ao princípio da segurança jurídica (**inteiramente acolhido** pela jurisprudência desta Suprema Corte **no julgamento do MS 26.603/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO), **ficou definido**, *como já salientado anteriormente*, **que a nova** orientação jurisprudencial se aplicaria **a partir da data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou a Consulta** 1.398/DF (**27-3-2007**) **e**, *nela*, **respondeu**, *em tese*, à indagação que lhe foi submetida.

É que, *a partir desse momento* (**27-3-2007**), **tornou-se veemente** a possibilidade de revisão jurisprudencial, **notadamente porque intervieram**, *com votos concorrentes*, **naquele** procedimento de consulta eleitoral, **três** eminentíssimos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Cabe enfatizar, *ainda*, **no que se refere** à alegada transgressão ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que, *no caso ora em exame*, **foi assegurado**, à parte ora agravante, **o direito de acesso** à jurisdição estatal, **não se podendo inferir**, *do insucesso processual que experimentou*, **o reconhecimento** de que lhe teria sido denegada a concernente prestação jurisdicional.

Com efeito, **não se negou**, à parte recorrente, **o direito** à prestação jurisdicional do Estado. **Este apreciou**, *por intermédio* de órgãos judiciários competentes, **o litígio** que lhe foi submetido.

É preciso ter presente que a prestação jurisdicional, *ainda que errônea*, *incompleta ou insatisfatória*, **não deixa** de configurar-se **como resposta efetiva** do Estado-Juiz à invocação, *pela parte interessada*, da tutela jurisdicional do poder público, **circunstância que afasta** a alegada ofensa **a quanto prescreve** o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política, **consoante tem enfatizado** o magistério

jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 132/455**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RTJ 141/980**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **AI 120.933-AgR/RS**, rel. min. NÉRI DA SILVEIRA – **AI l25.492-AgR/SP**, rel. min. CARLOS MADEIRA).

A prestação jurisdicional, *que se revela contrária ao interesse de quem a postula*, **não** se identifica, **não** se equipara, **nem** se confunde, **para efeito** de acesso à via recursal extraordinária, **com a ausência** de prestação jurisdicional.

Igualmente não procede a alegação do ora agravante, **de cerceamento** de defesa, **pelo fato** – *segundo sustenta* – de **não** lhe haver sido dado vista de dois documentos **produzidos** no curso do procedimento de justificação **instaurado** perante o e. Tribunal Superior Eleitoral, **pois**, *como bem salientou* a agremiação partidária ora agravada, **inexistiu qualquer surpresa que pudesse restringir ou comprometer** o exercício, *pelo ora recorrente*, **do direito de defesa** (fls. 316/317):

> *Por fim, também é destacado pelos embargantes que o prazo comum para o oferecimento das alegações finais seria uma forma de cerceamento de defesa, posto que não tiveram a oportunidade que contra-argumentar os documentos juntados pelo ora embargado.*
>
> *Todavia, Excelência, não houve juntada de qualquer documentação extravagante ao que se discutiu durante o processo. E como bem sabemos a verdade é uma só!*
>
> *O referido documento é uma cópia da Resolução interna do partido (n. 383), cujo conteúdo comprovou que foi a direção nacional do partido que suspendeu a realização das convenções municipais, e não o presidente regional, Senador Efraim Morais, conforme alegado pelo então requerido.*
>
> *Os embargantes não desconheciam tal documento. Aliás, antes mesmo do oferecimento das alegações finais a testemunha arrolada pelo próprio deputado Walter Brito foi questionada sobre tal norma interna. Vejamos o quanto consignado no termo de audiência do depoente Aluísio Cavalcante de Albuquerque:*
>
> > *Dada a palavra ao representante do Democratas, Dr. Thiago Fernandes Boverio, as perguntas deferidas, a testemunha declarou: que foi o Senador Efraim Morais quem convidou o Deputado Walter Correia de Brito Neto a ser candidato; que não conhece a Resolução 383, de fevereiro de 2007 que determinou a suspensão dos diretórios municipais de todo o Brasil;*
> >
> > *(...)*
>
> *Como se vê, Excelência, tal alegação de nulidade, consubstanciada em alegações infundadas e sabidamente inverídicas, é mais um sinal de desespero dos embargantes.*

De qualquer maneira, *no entanto*, essa pretensão deduzida pela parte ora agravante **mostra-se insuscetível** de apreciação em sede recursal extraordinária, **pois traduz**, *quando muito*, **típica** situação de ofensa **reflexa** à Constituição.

Daí a correta observação emanada do eminente senhor ministro presidente do Tribunal Superior Eleitoral, **constante** da decisão **objeto** do presente agravo de instrumento (fls. 412/413):

***Analiso**, finalmente, **o último capítulo** do recurso extraordinário manejado pelo Deputado Federal Walter Brito. Capítulo em que se sustenta violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Tais ofensas derivam, no entender do recorrente, de ato do relator do processo que, "ao encerrar a instrução processual (...), facultou às partes apresentar alegações finais por escrito, no prazo comum de 48 horas". Tal proceder, nos termos do apelo extremo, "a despeito de confluir para a celeridade imposta pela norma de regência, resulta em evidente prejuízo ao contraditório, visto que não faculta ao requerido contrapor-se aos argumentos finais lançados pelo autor" (fl. 351).*

***Também aqui não merece seguimento o apelo extremo**. É que a análise da referida vulneração depende de verificação do elastério da norma contida do art. 6º da Lei Complementar 64/1990. Explico melhor: nos termos do voto acima transcrito, o Tribunal Superior Eleitoral foi exortado a editar resolução disciplinadora dos processos de perda de mandato por infidelidade partidária. E tal ato normativo deveria observar, "no que couber", o teor "das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar 64/1990" (voto do ministro Celso de Mello no MS 26.603).*

***Isso quer dizer** que a análise das supostas ofensas aos postulados do devido processo legal e às garantias do contraditório e da ampla defesa está a depender de um juízo prévio das normas legais que inspiraram esta nossa Corte Eleitoral. **Pois o fato** é que, ao estabelecer prazo comum (e não em ordem sucessiva) para apresentação de razões finais, a resolução do TSE nada mais fez que pegar de empréstimo os termos em que vazado o art. 6º da LC 64/1990 (dispositivo expressamente indicado pelo Supremo Tribunal Federal como parâmetro a ser observado, no que cabível). **É o que se observa** da seguinte comparação:*

***Resolução 22.610/2007**, art. 7º, parágrafo único:*

Declarando encerrada a instrução, o relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

***LC 64/1990**, art. 6º:*

Encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias.

***De se ver**, pois, **que as alegadas ofensas** ao devido processo legal, ao contraditório **e** à ampla defesa **demandam exame** de norma infraconstitucional (LC 64/90), **matéria que escapa** ao âmbito da competência do Supremo, ao qual compete a guarda da Constituição, e não da legislação de segundo escalão.* [**Grifei**.]

Incensurável o entendimento exposto na decisão ora agravada.

Com efeito, impõe-se ressaltar, **a propósito da alegada violação** ao art. 5º, LIV **e** LV, da Constituição, que **a orientação jurisprudencial** emanada desta Suprema Corte, **firmada** na análise **desse** particular aspecto no qual se fundamenta o recurso extraordinário em causa, tem salientado, **considerado o princípio do devido processo legal** (**neste** compreendida a cláusula inerente à plenitude de defesa), **que a suposta ofensa** ao texto constitucional, **acaso existente**, apresentar-se-ia **por via reflexa**, eis que a sua constatação reclamaria – **para que se configurasse** – a formulação de **juízo prévio de legalidade**, fundado na vulneração **e** infringência de dispositivos **de ordem meramente legal**.

Daí revelar-se inteiramente ajustável, *ao caso ora em exame*, **o entendimento jurisprudencial** desta Corte Suprema, **no sentido** de que "***O devido processo legal** – CF, art. 5º, LV – **exerce-se de conformidade com a lei***" (**AI 192.995-AgR/PE**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**), **razão pela qual** a alegação de desrespeito à cláusula do devido processo legal, **por traduzir** transgressão "*indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria **a normas processuais***" (**AI 215.885-AgR/SP**, rel. min. MOREIRA ALVES – **AI 414.167/RS**, rel. min. CEZAR PELUSO – **RE 257.533-AgR/RS**, rel. min. CARLOS VELLOSO), **não autoriza o acesso à via recursal extraordinária**:

> ***DUE PROCESS OF LAW E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.***
> *– A garantia do **devido processo legal** exerce-se **em conformidade com o que dispõe a lei**, de tal modo que **eventual** desvio do ato decisório configurará, **quando muito**, situação tipificadora de conflito **de mera legalidade**, apto a **desautorizar** a utilização do recurso extraordinário. **Precedentes**.* [**RTJ 189/336-337**, rel. min. CELSO DE MELLO.]
>
> *– **Alegação de ofensa ao devido processo legal**: **C.F.**, art. 5º, LV: **se** ofensa tivesse havido, **seria** ela indireta, reflexa, **dado** que a ofensa direta **seria a normas processuais**. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal.* [**AI 427.186-AgR/DF**, rel. min. CARLOS VELLOSO.]
>
> ***Inviável o processamento do extraordinário** para debater matéria infraconstitucional, **sob o argumento** de violação ao disposto **nos incisos LIV e LV** do art. 5º da Constituição.*
> *Agravo regimental **improvido**.* [**AI 447.774-AgR/CE**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Nem se alegue, *neste ponto*, **que a suposta transgressão** ao ordenamento legal – **derivada da interpretação** que lhe deu o órgão judiciário "*a quo*" – **teria importado** em desrespeito **ao princípio constitucional da legalidade**.

Não se pode desconsiderar, **quanto** a tal postulado, **a orientação** firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja jurisprudência** vem proclamando, *a propósito desse tema*, **que o procedimento hermenêutico** do Tribunal inferior – **quando examina** o quadro normativo positivado pelo Estado **e dele extrai** a **interpretação** dos diversos diplomas legais que o compõem, **para**, *em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der*, **obter** os elementos necessários à exata composição da lide – **não transgride**, *diretamente*, o princípio da legalidade (**AI 161.396-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **AI 192.995-AgR/PE**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **AI 307.711/PA**, rel. min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão – ausência de conflito **imediato** com o texto da Constituição – **que a jurisprudência** desta Corte **vem enfatizando** que *"**A boa ou má interpretação** de norma infraconstitucional **não enseja** o recurso extraordinário, **sob color** de ofensa ao princípio da legalidade (**CF**, art. 5º, II)"* (**RTJ 144/962**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**):

> ***E é pacífica*** *a jurisprudência do STF,* ***no sentido de não admitir****, em recurso extraordinário,* ***alegação*** *de ofensa indireta à Constituição Federal,* ***por má interpretação*** *de normas infraconstitucionais,* ***como as trabalhistas e processuais*** *(...).* [**AI 153.310-AgR/RS**, rel. min. SYDNEY SANCHES – **Grifei**.]

> ***A alegação de ofensa ao princípio da legalidade****, inscrito no art. 5º, II, da Constituição da República,* ***não autoriza****, só por si, o acesso à via recursal extraordinária,* ***pelo fato*** *de tal alegação* ***tornar indispensável****, para efeito de sua constatação, o exame* ***prévio*** *do ordenamento positivo* ***de caráter infraconstitucional****, dando ensejo, em tal situação, à possibilidade de reconhecimento de hipótese de mera* ***transgressão indireta*** *ao texto da Carta Política.* ***Precedentes****.* [**RTJ 189/336-337**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Não foi por outro motivo que o eminente ministro MOREIRA ALVES, relator, **ao apreciar** o tema pertinente ao postulado da legalidade, **em conexão** com o emprego do recurso extraordinário, **assim se pronunciou**:

> ***A alegação de ofensa ao art. 5º, II****, da Constituição,* ***por implicar o exame prévio da legislação infraconstitucional****, é alegação de infringência* ***indireta*** *ou* ***reflexa*** *à Carta Magna,* ***não dando margem****, assim, ao cabimento do recurso extraordinário.* [**AI 339.607/MG**, rel. min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.]

Cumpre acentuar, *neste ponto*, que essa orientação **acha-se presentemente sumulada** por esta Corte, **como resulta claro da Súmula 636** do Supremo Tribunal Federal, **cuja formulação** possui o seguinte conteúdo:

> ***Não cabe*** *recurso extraordinário* ***por contrariedade*** *ao princípio constitucional* ***da legalidade****, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.* [**Grifei**.]

Em conclusão: *qualquer que seja o ângulo* sob o qual se examine a pretensão recursal deduzida pela parte ora agravante, **o fato** é que essa postulação **encontra obstáculo** de ordem técnica na jurisprudência **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal, **consoante resulta claro** de decisão, que, **emanada** desta Corte, **reflete**, *com absoluta fidelidade*, o entendimento jurisprudencial **prevalecente** no âmbito do Tribunal:

> ***Inviável o processamento do extraordinário*** *para debater matéria infraconstitucional,* ***sob o argumento*** *de violação* ***ao disposto nos arts. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV****, e 93, IX,* ***da Constituição****.*
>
> *Agravo regimental* ***improvido****.* [**AI 437.201-AgR/SP**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

Proponho, *finalmente*, **na linha** da jurisprudência **firmada** por esta Suprema Corte, **que se determine o imediato cumprimento** dos acórdãos emanados do e. Tribunal Superior Eleitoral (fls. 220/250 **e** 332/357), **independentemente** da publicação do acórdão pertinente **ao presente** julgamento.

Ressalto que, *em situações extraordinárias*, **como a de que tratam estes autos**, o Supremo Tribunal Federal **tem admitido a imediata**

execução da decisão, **independentemente** da publicação do respectivo acórdão (**RTJ 186/715-716**, rel. min. CELSO DE MELLO – **AI 177.313-AgR-ED-ED/MG**, rel. min. CELSO DE MELLO – **AI 260.266-AgR-ED-ED/PB**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 167.787-ED-EDv-AgR-ED/RR**, rel. min. NÉRI DA SILVEIRA – **RE 179.502-ED-ED-ED/SP**, rel. min. MOREIRA ALVES – **RE 190.841-ED-ED-ED/MT**, rel. min. ILMAR GALVÃO – **RE 202.097-ED-ED-ED-AgR-EDv-ED/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO):

> *O Supremo Tribunal Federal – **reputando essencial impedir** que a **interposição sucessiva** de recursos, destituídos de fundamento juridicamente idôneo, **culmine** por gerar **inaceitável** procrastinação do encerramento da causa – tem admitido, **em caráter excepcional**, **notadamente** quando se tratar de processos eleitorais, **que se proceda ao imediato cumprimento** da decisão recorrida, **independentemente** da publicação do respectivo acórdão. **Precedentes**.* [**AI 469.699-ED-AgR/MA**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Vale referir, *neste ponto*, **que a exigência de respeito incondicional** às decisões judiciais **traduz** *imposição constitucional*, **justificada** pelo princípio da separação de poderes **e fundada** nos postulados **que informam**, *em nosso sistema jurídico*, **a própria** concepção de Estado Democrático de Direito.

O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, **notadamente** nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário **o próprio** poder público, *muito mais do que simples incumbência de ordem processual*, **representa** uma **incontornável** obrigação institucional **a que não se pode subtrair** o aparelho de Estado, **sob pena** de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

É por tal razão que a desobediência a ordens **ou** a decisões judiciais **pode gerar**, *em nosso sistema jurídico*, **gravíssimas** consequências, **quer** no plano penal (**CP**, art. 319 **e DL 201/67**, art. 1º, XIV), **quer** no âmbito político-administrativo (possibilidade de "***impeachment***" – Lei 1.079/1950, art. 12, ns. 1, 2 e 4, **c/c** o art. 74; Lei 7.106/1983, art. 1º; e DL 201/1967, art. 4º, VII), **quer**, *ainda*, na esfera institucional (**decretabilidade de intervenção federal** nos Estados-membros **ou** em Municípios **situados** em Território Federal, **ou**, *quando for o caso*, **de intervenção estadual** nos Municípios – **CF**, art. 34, VI, **c/c** art. 35, IV).

Desse modo, *e em face das razões expostas*, **nego provimento** a este agravo de instrumento **e**, *na linha da diretriz jurisprudencial anteriormente mencionada*, **determino a imediata execução** dos acórdãos **emanados** do e. Tribunal Superior Eleitoral (**Petição** 2.756/DF, fls. 220/250, **e Petição** 2.756-EDcl/DF, fls. 332/357), **independentemente** da publicação do acórdão **pertinente a este julgamento**, **transmitindo-se**, *com urgência*, **comunicação** ao e. Tribunal Superior Eleitoral **e** ao excelentíssimo senhor presidente da Câmara dos Deputados, **para imediato cumprimento** da presente decisão colegiada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AI 733.387/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Walter Correia de Brito Neto (Advogados: Mauro Machado Chaiben e outros). Agravado: Democratas – DEM (Advogados: Admar Gonzaga Neto e outros). Interessado: Partido Republicano Brasileiro – PRB (Advogada: Sanny Braga Vasconcelos).

Decisão: A Turma, por votação unânime, ultrapassou as questões prévias suscitadas no voto do relator, e, também por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, determinando, ainda, unanimemente, a imediata execução dos acórdãos emanados do e. Tribunal Superior Eleitoral, independentemente de publicação do acórdão consubstanciador do julgamento do presente agravo de instrumento, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie. Não participou do julgamento o ministro Eros Grau por não ter assistido à leitura do relatório.

Presidência do ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o ministro Gilmar Mendes, presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-geral da República, dr. Mário José Gisi.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 796.805 — RS

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Embargantes: Altamira Alves Ribeiro e outros — Embargada: União

Embargos de declaração opostos em face de decisão do relator. Conversão em agravo regimental. Agravo de instrumento provido para determinar a subida do recurso extraordinário, para melhor exame. Decisão irrecorrível. Art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental não conhecido.

1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJ* de 14-3-2011; Rcl 11.022-ED, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJ* de 7-4-2011; AI 547.827-ED, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJ* de 9-3-2011; RE 546.525-ED, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 5-4-2011).

2. A decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento de recurso denegado é irrecorrível, nos termos do art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, salvo nos casos em que se verifica a intempestividade do agravo de instrumento ou o defeito em sua formação. Precedentes: AI 525.530-AgR, rel. min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJE* de 4-3-2010; e AI 689.079-ED, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* de 28-10-2009.

3. *In casu*, o acórdão recorrido originariamente assentou:

> **Administrativo. Servidor público. Embargos à execução. Anuênios. Juros de mora. Honorários advocatícios. Correção monetária.**
>
> **1. Em se tratando de crédito de natureza alimentar, considerando que a ação foi ajuizada antes da MP n. 2.180-35/2001, os juros de mora nas condenações contra a Fazenda Pública devem ser fixados no percentual de 12% ao ano.**
>
> **2. Cabem honorários advocatícios tanto na execução de sentença quanto na ação de embargos. Autonomia das ações.**
>
> **3. A correção monetária deve ser realizada desde a data da elaboração do cálculo.**
>
> **4. Apelo provido.**

4. Agravo regimental de que não se conhece.

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 maioria de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental e, por unanimidade, em não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 27 de março de 2012 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Trata-se de embargos de declaração opostos por *Altamira Alves Ribeiro e outros*, em face de decisão proferida pelo e. ministro Eros Grau, que deu provimento ao agravo de instrumento para melhor exame, nos seguintes termos:

> **Decisão**: O agravante sustenta a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no acórdão recorrido, atendendo ao requisito a que se refere o art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil.
>
> Dou provimento ao agravo de instrumento e determino a subida dos autos principais, devidamente processados, para exame da preliminar de repercussão geral, sem prejuízo, no entanto, do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.
>
> Nego seguimento ao agravo com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF. [Fl. 195.]

Em suas razões, sustentam os embargantes: a) o agravo não foi instruído com todas as peças essenciais ao julgamento; b) a questão relativa aos juros de mora, cerne do recurso extraordinário interposto, é incontroversa nos autos, razão pela qual o recurso perdeu objeto.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Os embargos de declaração foram opostos contra decisão do relator.

Prima facie, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido dos embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, como agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados, *in verbis*:

> *Embargos de declaração na petição. Conversão em agravo regimental. O controle abstrato de lei ou de ato normativo do poder público não pode ser o objeto principal da ação originária. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.* [Pet 4.837-ED, rel. min. *Cármen Lúcia*, Tribunal Pleno, *DJ* de 14-3-2011.]

Embargos de declaração na reclamação. Conversão em agravo regimental. Alegação de descumprimento do que decidido nas ADI 1.717/DF, 3.026/DF e 2.135-MC/DF. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Inexistência de identidade material entre as decisões reclamadas e os julgados tidos como paradigma. 2. Impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo de recurso. [Rcl 11.022-ED, rel. min. *Cármen Lúcia*, Tribunal Pleno, *DJ* de 7-4-2011.]

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Proventos de aposentadoria. Recálculo efetuado, com supressão de gratificação incorporada. Legalidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência desta Corte a respeito do tema, que reconhece a possibilidade de a administração pública rever atos eivados de vícios que os tornem ilegais. 2. Princípio da segurança jurídica que não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder passo em face de ilegalidades, notadamente no âmbito da administração pública. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. [AI 547.827-ED, rel. min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, *DJ* de 9-3-2011.]

Processo civil. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental. Recurso extraordinário prejudicado. Substituição do acórdão do TRF pelo do STJ. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça substituiu o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal, nos termos do art. 512 do CPC. 3. O recurso extraordinário, interposto do acórdão do TRF, no caso, está prejudicado pela perda superveniente de seu objeto, em decorrência do provimento do recurso especial da ora agravante. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [RE 546.525-ED, rel. min. *Ellen Gracie*, Segunda Turma, *DJ* de 5-4-2011.]

Destarte, conheço dos embargos de declaração como agravo regimental e passo a apreciá-lo.

A irresignação não merece prosperar. Isso porque a decisão que provê o agravo de instrumento para determinar o processamento de recurso denegado é irrecorrível, nos termos do art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Excepcionam-se, apenas, as hipóteses em que se verifica a *intempestividade* do agravo de instrumento ou o *defeito em sua formação*, tendo em vista que tais vícios não poderiam ser reexaminados no julgamento do recurso extraordinário, ante a preclusão. Nesse sentido, menciono os seguintes julgados:

Ementa: Agravo regimental contra decisão pela qual foi provido o agravo de instrumento para melhor exame do recurso extraordinário. Art. 305 do RISTF. Recurso incabível. 1. Nos termos do art. 305 do Regimento Interno do STF, salvo nos casos em que se constatar a intempestividade do agravo de instrumento ou defeito em sua formação, não cabe recorrer da deliberação do relator que determina o processamento de recurso extraordinário denegado na origem. 2. Agravo regimental não conhecido. [AI 525.530-AgR, rel. min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJE* de 4-3-2010.]

Processual civil. Embargos de declaração em agravo de instrumento. Conversão em agravo regimental. Decisão que determinou a subida dos autos do

recurso extraordinário para melhor exame. Deficiência no traslado. Cabimento de recurso. Possibilidade na hipótese. Alegação de preclusão. Improcedente. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. Ausência, no traslado, da procuração de um dos agravantes (Súmula 288 e art. 544, § 1º, do CPC). 3. Cabível o agravo regimental contra decisão que determina a subida dos autos, para melhor exame do recurso extraordinário, quando se trata de pressupostos de conhecimento do próprio agravo de instrumento, que não podem ser reexaminados quando do julgamento do apelo extremo, em virtude da ocorrência da preclusão. 4. Agravo regimental improvido. [AI 689.079-ED, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJE* de 28-10-2009.]

Considerando que o agravo de instrumento encontra-se munido das peças essenciais ao deslinde da controvérsia, nada há a prover.

Ex positis, **não conheço** do agravo regimental.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, tem-se um "calcanhar de Aquiles" quanto à denominada conversão. No enunciado, aponta-se que o ato mediante o qual – e subscrevo essa colocação – se provê o agravo para a subida do extraordinário é irrecorrível, a não ser que o defeito seja do próprio agravo, isto porque não se poderá reabrir a matéria quando do julgamento do extraordinário.

Mas há um conflito na colocação, porque se diz que é irrecorrível para, depois, converter-se e negar provimento ao recurso decorrente dessa conversão, que visa atacar a decisão positiva no agravo de instrumento.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É porque eu entendi que ele deu o nome errado para o recurso. O que ele quer é impugnar a decisão que determinou a melhor subida. O meio próprio é o agravo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim. Mas, se Vossa Excelência converte e desprovê, admite que a decisão é impugnável.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Entendi. Não, mas se eu converto os embargos de declaração porque...

O sr. ministro Marco Aurélio: Por isso disse que é o "calcanhar de Aquiles" da conversão.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, entendi. Mas o que ocorre? Se a decisão é irrecorrível.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas veja uma coisa...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, já entendi.

O sr. ministro Marco Aurélio: É a parte ter, no tocante à decisão interlocutória positiva de subida do extraordinário, uma articulação sobre omissão, contradição e obscuridade. Admitem-se os embargos e afasta-se o defeito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Já entendi seu raciocínio.

O sr. ministro Marco Aurélio: Outra coisa é converter e depois desprover o recurso.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas eu vou explicar o porquê. Porque os embargos de declaração são servis ao esclarecimento.

O sr. ministro Marco Aurélio: Certamente, Vossa Excelência não é neto de português e eu sou! Para mim, a coisa tem que fechar, porque senão fica difícil subscrevê-la.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Fecha. Mas vai fechar, vai ver que vai fechar. Então, ele não aponta obscuridade, dúvida, nem contradição; impugna a decisão. Na verdade ele deu o *nomen iuris* de embargos de declaração. Na essência, um recurso contra a decisão que mandou subir. Eu digo que não cabe o agravo. Certo?

O sr. ministro Marco Aurélio: É não conhecer dos embargos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Como não cabe o agravo – e o cabimento é um requisito intrínseco de admissibilidade – o agravo não pode ser conhecido.

O sr. ministro Dias Toffoli (presidente): É, não conhecimento do agravo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não conhecimento do agravo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então fico vencido na primeira parte, na conversão. Muito embora, ainda um tanto quanto perplexo, no que se converte para depois não se conhecer o recurso decorrente da conversão.

EXTRATO DA ATA

AI 796.805-ED/RS — Relator: Ministro Luiz Fux. Embargantes: Altamira Alves Ribeiro e outros (Advogados: Roberto de Figueiredo Caldas e outros). Embargada: União (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma converteu os embargos de declaração em agravo regimental, vencido, nessa parte, o ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, não conheceu do agravo regimental, nos termos do voto do 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. Compareceu à Turma o ministro Cezar Peluso, presidente do Supremo Tribunal Federal, a fim de julgar processo a ele vinculado, assumindo, nessa ocasião, a presidência da Turma, de acordo com o parágrafo único do art. 148 do RISTF. Subprocurador-geral da República, dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 27 de março de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, coordenadora.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

INQUÉRITO 3.341 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Autor: Ministério Público Federal — Investigado: Lindomar Garçon

Suplente de deputado federal. Condição político-jurídica que não lhe confere as garantias e as prerrogativas inerentes ao titular do mandato parlamentar. Reconhecimento da falta de competência originária do Supremo Tribunal Federal para o procedimento penal instaurado contra suplente de membro do Congresso Nacional.

– A Constituição da República não atribui, ao suplente de deputado federal ou de senador, a prerrogativa de foro, *ratione muneris*, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo fato de o suplente – enquanto ostentar essa específica condição – não pertencer a qualquer das Casas que compõem o Congresso Nacional. Precedentes.

Decisão: Reconheço **não mais subsistir**, *no caso*, **a competência penal originária** do Supremo Tribunal Federal **para prosseguir** na apreciação **deste** procedimento, **eis que** – **conforme salientado** pela douta Procuradoria-Geral da República (fl. 116) **e consoante se verifica** em consulta aos registros que a Câmara dos Deputados **mantém** em sua página oficial na "*Internet*" (fls. 117/118) – o indiciado Lindomar Garçon **já não mais ostenta** – **porque**, *agora*, **mero suplente** – a condição de deputado federal.

Presente o contexto ora exposto, **impõe-se reconhecer que cessou**, *efetivamente*, "*pleno jure*", a competência originária **desta** Suprema Corte **para apreciar** a causa penal em referência.

Impende assinalar, *neste ponto*, **que esse entendimento** – que reconhece **não mais subsistir** a competência penal originária do Supremo Tribunal **ante**

a cessação superveniente de determinadas titularidades funcionais **e/ou** eletivas – **traduz** diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Corte **a propósito** de situações **como a que ora se registra** nos presentes autos:

> ***Não mais subsiste*** *a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal (...),* ***se*** *(...)* ***sobrevém a cessação da investidura*** *do indiciado, denunciado* ***ou*** *réu no cargo, função ou mandato* ***cuja titularidade*** *justificava a outorga da prerrogativa de foro ratione muneris, prevista no texto constitucional (****CF****, art. 102, I,* ***b*** *e* ***c****).*
>
> ***A prerrogativa de foro perde a sua razão de ser, deixando*** *de incidir* ***e*** *de prevalecer,* ***se*** *aquele contra quem foi instaurada a persecução penal* ***não mais detém*** *o ofício público* ***cujo exercício*** *representava o* ***único*** *fator de legitimação constitucional da competência penal originária do Supremo Tribunal,* ***mesmo*** *que a prática delituosa tenha ocorrido* ***durante*** *o período de atividade funcional.* [**Inq 862/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Cabe referir, *bem por isso*, **consideradas** as razões expostas, **que a jurisprudência** desta Corte (**RTJ** 121/423, *v.g.*), **firmada** em situações como a que ora se examina **neste** procedimento penal – **e reiterada** quando já em vigor **a presente** Constituição da República (**RTJ 137/570**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RTJ 148/349-350**, rel. min. CELSO DE MELLO) –, **orienta-se no sentido** de que, "***não se encontrando****, atualmente, em mandato legislativo federal,* ***não tem****, o Supremo Tribunal Federal,* ***competência*** *para julgar o denunciado*" (**RTJ 107/15**, rel. min. ALFREDO BUZAID – **Grifei**).

Cumpre relembrar, *por necessário*, que o Supremo Tribunal Federal **reafirmou** essa diretriz jurisprudencial em julgamentos plenários (**Inq 2.281-AgR/MG**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **valendo referir**, por ser expressiva dessa orientação, **a decisão consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***PRERROGATIVA DE FORO – EXCEPCIONALIDADE – MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – INAPLICABILIDADE A EX****-OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS* ***E A EX****-TITULARES DE MANDATOS ELETIVOS –* ***CANCELAMENTO*** *DA SÚMULA 394/STF –* ***NÃO INCIDÊNCIA*** *DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS" –* ***POSTULADO REPUBLICANO E JUIZ NATURAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO****.*
>
> ***O postulado republicano*** *–* ***que repele*** *privilégios* ***e não tolera*** *discriminações –* ***impede que prevaleça*** *a prerrogativa de foro,* ***perante*** *o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns,* ***mesmo*** *que a prática delituosa tenha ocorrido* ***durante*** *o período de atividade funcional,* ***se sobrevier a cessação da investidura*** *do indiciado, denunciado* ***ou*** *réu no cargo, função ou mandato* ***cuja titularidade*** *(desde que subsistente) qualifica-se como o* ***único*** *fator de legitimação constitucional* ***apto*** *a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (****CF****, art. 102, I,* ***b*** *e* ***c****).* ***Cancelamento*** *da Súmula 394/STF (****RTJ*** *179/912-913).*
>
> ***Nada pode autorizar o desequilíbrio*** *entre os cidadãos da República.* ***O reconhecimento*** *da prerrogativa de foro,* ***perante*** *o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns,* ***em favor de ex****-ocupantes de cargos públicos* ***ou de ex****-titulares de mandatos eletivos* ***transgride*** *valor fundamental* ***à própria*** *configuração da ideia republicana,* ***que se orienta*** *pelo vetor axiológico da igualdade.*

> ***A prerrogativa de foro*** *é outorgada,* ***constitucionalmente****, "ratione muneris",* ***a significar****, portanto,* ***que é deferida*** *em razão de cargo* ***ou*** *de mandato* ***ainda titularizado*** *por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado,* ***sob pena*** *de tal prerrogativa –* ***descaracterizando-se*** *em sua essência mesma –* ***degradar-se*** *à condição* ***de inaceitável*** *privilégio de caráter pessoal.* ***Precedentes****.* [**Inq 2.333-AgR/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Impõe-se assinalar, *ainda*, que o suplente, **enquanto** ostentar essa **específica** condição (**hoje** titularizada pelo ora investigado) – **que lhe confere** mera expectativa de direito –, **não só** *não dispõe* da garantia constitucional da imunidade parlamentar, **como também não se lhe estende** *a prerrogativa de foro* **prevista** na Constituição Federal, cujo art. 53, **§ 1º**, revela-se **unicamente** aplicável **a quem esteja na posse do mandato** de deputado federal **ou** de senador da República.

Cabe registrar, *neste ponto*, **que o suplente**, em sua posição **de substituto eventual** do congressista, **não goza** – enquanto permanecer nessa condição – das prerrogativas constitucionais deferidas **ao titular** do mandato legislativo, **tanto quanto não se lhe estendem** as incompatibilidades, que, **previstas** no texto da Carta Política (**CF**, art. 54), **incidem**, **apenas**, sobre aqueles **que estão no desempenho** do ofício parlamentar.

Na realidade, **os direitos inerentes à suplência abrangem**, **unicamente**, (**a**) **o direito de substituição**, em caso de impedimento, **e** (**b**) **o direito de sucessão**, na hipótese de vaga.

Antes de ocorrido o fato gerador da convocação, **quer** em caráter permanente (**resultante** do surgimento **de vaga**), **quer** em caráter temporário (**decorrente** da existência de situação configuradora **de impedimento**), **o suplente** dispõe **de mera expectativa** de direito, **não lhe assistindo**, *por isso mesmo*, **qualquer** outra prerrogativa de ordem parlamentar, **pois** – não custa enfatizar – **o suplente**, enquanto tal, **não se qualifica como membro do Poder Legislativo**.

Qualquer prerrogativa de caráter institucional, **inerente** ao mandato parlamentar, **somente** poderá ser estendida **ao suplente** mediante **expressa** previsão constitucional, **tal como o fez**, *por exemplo*, **a Constituição republicana** de 1934, **que concedeu**, "*ao suplente imediato do Deputado em exercício*" (art. 32, "*caput*", "*in fine*"), **a garantia da imunidade processual**.

A vigente Constituição, *no entanto*, **nada dispôs** a esse respeito, **nem** sequer atribuiu, **ao suplente** de deputado federal **ou** de senador da República, **a prerrogativa de foro**, "*ratione muneris*", perante o Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, nos processos penais condenatórios – **e quando se tratar dos integrantes** do Poder Legislativo da União –, qualifica-se, **quanto a estes**, como o seu juiz natural (**RTJ 166/785**, rel. min. CELSO DE MELLO), **não se estendendo**, essa extraordinária jurisdição constitucional, **a quem**, por achar-se na condição *de mera suplência*, **somente** dispõe – insista-se – de simples **expectativa** de direito.

Registre-se que esse entendimento **nada mais reflete** senão a própria **orientação jurisprudencial** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **no exame** dessa **específica** questão (**Inq 1.244/PR**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Inq 1.537/RR**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **Inq 1.659/SP**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **Inq 1.684/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.421-AgR/MS**, rel. min. MENEZES DIREITO – **Inq 2.429-AgR/MS**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Inq 2.453-AgR/MS**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Inq 2.634/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.639/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.800/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO):

> ***Os suplentes*** *de deputado ou de senador* ***não gozam*** *de imunidades,* ***salvo quando convocados*** *legalmente e para integrar a Câmara para a qual foram eleitos.* ***Nesta situação****, desempenhando,* ***em sua plenitude****, a função legislativa,* ***entram a fruir*** *de todos os direitos, vantagens e prerrogativas dos demais companheiros da Câmara a que forem chamados.* ***Aberta*** *a vaga (...),* ***as imunidades passam a amparar os suplentes****.* [**HC 34.467/SE**, rel. min. SAMPAIO COSTA, **Pleno** – **Grifei**.]

Essa mesma compreensão do tema é **também** perfilhada por **autorizado** magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Municipal Brasileiro**", p. 455, 6. ed./3.tir., 1993, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JUNIOR, "**Comentários à Constituição de 1988**", vol. V/2.679, item n. 267, 1991, Forense Universitária; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 2/625, 1990, Saraiva), **como se depreende** da expressiva lição de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ("**A Constituição Federal Comentada**", vol. II/35, 3. ed., 1956, Konfino):

> ***A referência feita****, finalmente,* ***aos membros do Congresso****, não pode ter outro sentido* ***que não aos que participam efetivamente*** *da atividade legislativa* ***e nunca aos que têm mera expectativa****, dependendo* ***de condição*** *que pode ou não ocorrer.*
>
> ***Podemos****, assim, concluir que, no texto omisso da Constituição Federal,* ***não se devem compreender os suplentes****, que, quando não se achem em exercício,* ***não fazem*** *parte do Congresso.* [**Grifei**.]

Essa, também, é a "***ratio***" subjacente à norma, que, **inscrita** no art. 53, § 1º, da Constituição da República, **confere prerrogativa de foro**, "*ratione muneris*", **aos membros** do Congresso Nacional, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **nas infrações penais comuns**.

E é, *precisamente, por tais razões* **que não se torna lícito** estender, **ao suplente** de deputado federal **ou** de senador da República, **as prerrogativas parlamentares** de índole constitucional, **pelo fato** de que estas – **por serem inerentes**, *apenas*, **a quem exerce** o mandato legislativo – **não alcançam** aquele, que, **por achar-se na condição de mera suplência**, *somente dispõe de simples expectativa* de direito.

Devo registrar, *neste ponto*, que, **ao julgar**, nesta Suprema Corte, **questão idêntica** à ora versada **na presente** sede processual, **proferi decisão** que está assim ementada:

***SUPLENTE* DE DEPUTADO FEDERAL. *CONDIÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA QUE NÃO LHE CONFERE* AS GARANTIAS *E* AS PRERROGATIVAS INERENTES *AO TITULAR* DO MANDATO PARLAMENTAR. *RECONHECIMENTO DA FALTA* DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO *CONTRA SUPLENTE* DE MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL.**

***– O suplente**, em sua posição de substituto eventual de membro do Congresso Nacional, **não goza** – enquanto permanecer nessa condição – das prerrogativas constitucionais deferidas **ao titular** do mandato legislativo, **tanto quanto não se lhe estendem** as incompatibilidades, que, **previstas** na Carta Política, **incidem**, unicamente, sobre aqueles **que estão no desempenho** do ofício parlamentar.*

*– A Constituição da República **não atribui**, ao suplente de deputado federal **ou** de senador, **a prerrogativa de foro**, "ratione muneris", perante o Supremo Tribunal Federal, **pelo fato de o suplente – enquanto** ostentar essa **específica** condição – **não pertencer a qualquer** das Casas que compõem o Congresso Nacional.*

*– **A Suprema Corte**, nos processos penais condenatórios – **e quando** se tratar **dos integrantes** do Poder Legislativo da União –, qualifica-se, **quanto a estes**, como o seu juiz natural, **não se estendendo**, essa extraordinária jurisdição constitucional, **a quem**, por achar-se **na condição de mera suplência**, somente dispõe **de simples expectativa** de direito. **Doutrina**. **Precedentes**.* [**Inq 1.684/PR**, rel. min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 251, de 2001.]

Vale referir, *finalmente*, que o entendimento ora exposto **foi reiterado**, pelo **Plenário** desta Suprema Corte, no julgamento **do Inq 2.453-AgR/MS**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, **em acórdão assim ementado**:

***AGRAVO REGIMENTAL. "HABEAS CORPUS". QUEIXA-CRIME. ARTS. 20, 21 E 22 DA LEI 5.250/1967. SUPLENTE** DE SENADOR. **INTERINIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIS. **INAPLICABILIDADE** DOS ARTS. 53, § 1º, E 102, I, "b", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **RETORNO DO TITULAR** AO EXERCÍCIO DO CARGO. **BAIXA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA. FORO ESPECIAL** (...). **ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS** QUE SE APLICA **APENAS AOS PARLAMENTARES EM EXERCÍCIO** DOS RESPECTIVOS CARGOS.*

(...)

***IV – A diplomação do suplente não lhe estende, automaticamente, o regime político-jurídico** dos congressistas, **por constituir** mera formalidade anterior **e** essencial **a possibilitar** a posse interina **ou** definitiva no cargo **na hipótese** de licença do titular ou vacância permanente.*

V – Agravo desprovido. [**Grifei**.]

Sendo assim, pelas razões expostas, **e acolhendo** a promoção da douta Procuradoria-Geral da República, **reconheço cessada**, *na espécie*, **a competência originária** do Supremo Tribunal Federal **para apreciar** este procedimento penal, **determinando**, *em consequência*, **a remessa** dos presentes autos ao e. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, **para efeito** de oportuna distribuição a órgão da Justiça Eleitoral *agora* penalmente competente.

Comunique-se a presente decisão ao eminente senhor procurador-geral da República.

Publique-se.

Brasília, 25 de abril de 2012 — Celso de Mello, relator.

———

PETIÇÃO 4.934 — DF

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Requerente: Manoel Alves da Silva Junior — Requerido: Luiz Albuquerque Couto

Decisão: Vistos.

Trata-se de queixa-crime ofertada por Manoel Alves da Silva Júnior contra o deputado federal Luiz Albuquerque Couto, por suposta prática dos crimes de calúnia (art. 138 do Código Penal), difamação (art. 139 do Código Penal) e falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal).

O pedido está assim fundamentado:

> O Querelado, na qualidade de Relator, inseriu falsamente no *Relatório Final da CPI do Extermínio* que o Querelante estaria vinculado a grupos de extermínio no Estado da Paraíba, baseando-se, para tanto, em documentação encartada nos autos de CPI instaurada na Câmara dos Deputados.
>
> Em virtude do alastramento inconsequente e irresponsável da referida CPI, o Querelante, além de ter sido preterido na escolha efetuada por nossa Presidenta para o cargo de Ministro do Turismo, matéria amplamente divulgada na mídia nacional, teve o seu bom nome enegrecido com a veiculação da falseada afirmação, conforme se verá adiante.
>
> No presente caso, o Querelado, valendo-se de documentos encartados em **CPI já arquivada**, fez inserir no relatório final a informação de que o Querelante teria vínculos com grupos de extermínio no Estado da Paraíba. Ocorre que a premissa é baseada em documento **falso**, ou ao menos, completamente desprovido de fundamentos de fato que o faça crível.
>
> Veja que o que vincula o Querelante aos fatos apurados por meio da indigitada CPI é um suposto depoimento, de uma suposta pessoa, e que, no dizer do próprio relatório, não foi formalizada qualquer espécie de registro da conversação que induziu à inclusão do nome do Querelante no referido relatório final.
>
> Eis o que diz o "relatório de missão" constante do Anexo "B" da referida CPI, cuja cópia segue anexada:
>
> > **(...) Em seguida, o Sgt Cristo trouxe até a equipe a pessoa que teria conhecimento sobre a "mulher da Avon". Disse apenas que, certo dia, passando pela rua, uma mulher que o conhecia, sem que ele a conhecesse, chamou-o pelo seu apelido, tocando-o no ombro, e fez um rápido comentário dizendo que, no dia em que "Chupeta" fora morto, ter visto, no prédio em que morava o "Claudinho", este e Lucival terem chegado extremamente apressados e nervosos. A pessoa, perante a equipe, acrescentou que já tentou localizar essa mulher, mas não teve sucesso, pois na região, devido ao desemprego, muitas mulheres têm trabalhado nesse tipo de venda.**
> >
> > Seu depoimento foi extremamente precioso porque, apesar de não ser uma testemunha direta dos crimes cometidos, permitiu fechar todo o mosaico sobre a situação existente em Itambé e Pedras de Fogo. **Infelizmente, porque o gravador de que dispúnhamos teve de ser devolvido ao seu dono, não foi possível efetuar a gravação**. Também, porque seu depoimento permite

alcançar políticos da Paraíba e outros notáveis avocamo-nos o direito de declinar quem ela é e as pessoas por ela apontadas em circunstâncias mais oportunas, **até porque não ficou qualquer registro formal dessa conversação**.

Ora, como pretende o Querelado dar ares de veracidade se a referida pessoa nem mesmo foi ouvida na CPI pelos demais parlamentares **e não se registrou uma única prova da sua existência ou mesmo do que teria sido dito por ela**?

(…)

Repise-se, como pretende o Querelado dar ares de veracidade se a referida pessoa nem mesmo foi ouvida na CPI pelos demais parlamentares **e não se registrou uma única prova da sua existência ou mesmo do que teria sido dito por ela**?

Dessa feita, o que se percebe facilmente, é a veiculação de relatório de CPI de forma caluniosa, difamatória e que se consubstancia em declaração inserida de maneira falseada, pois, de acordo com a boa técnica processual, sequer deveria constar a referência a esta testemunha, já que "(...) não ficou qualquer registro formal dessa conversação (...)".

Se não restou formalizado o depoimento da referida testemunha, **único elo de ligação entre o querelante e os fatos apurados na CPI**, é de se crer que a narrativa dos fatos acostados ao relatório final da comissão de inquérito foi inventado e **é falsa, desprovida de verdade**.

Ademais, como disse o "relatório da missão", se o depoimento em referência era de tamanha importância, é de se estranhar os motivos que levaram o Querelado a não ouvi-la juntamente com seus pares na própria CPI, dando veracidade às falseadas informações, o que, em comunhão com as estapafúrdias afirmações do "relatório da missão" – "(...) **Infelizmente, porque o gravador de gue dispúnhamos teve de ser devolvido ao seu dono, não foi possível efetuar a gravação. (...) – traz a inconsequência e irresponsabilidade do ato praticado pelo mesmo**.

Por fim, o próprio relatório da missão afirma que são indícios que deveriam ser investigados para apuração da veracidade dos mesmos, o que, por irresponsabilidade, dolo e intuito de manchar a honra e a história política do seu adversário político, ora Querelante, o Relator da CPI de ato pensado preferiu o mesmo, aqui valer-se das afirmações falsas ali constantes para caluniar e difamar o Querelante, prejudicando-o de maneira colossal.

É ainda de bom alvitre salientar que autoridades de relevo no cenário Paraibano afirmaram com categoria que quanto aos Grupos de Extermínio nada havia de vínculo com políticos daquela região, o que desmente por completo as falseadas afirmações levadas a público pelo Querelado, e isto, ressalte-se, ficou formalmente captado por meio de termos de oitiva devidamente assinados por quem de direito.

(…)

Verifica-se, assim, inexistir assim qualquer vínculo do Querelante com os fatos apurados na indigitada CPI. Em assim agindo, portanto, praticou o Querelado os crimes definidos nos artigos 138, 139 e 299 do Código Penal. [Fls. 2 a 7 da inicial.]

O Ministério Público Federal (fls. 1445/1453), pelo parecer da ilustre subprocuradora-geral da República, dra. **Cláudia Sampaio Marques**, aprovado pelo ilustre procurador-geral, dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos**, assim se pronunciou:

1. Trata-se de queixa-crime apresentada pelo Deputado Federal Manoel Alves da Silva Júnior contra o Deputado Federal Luiz Albuquerque Couto, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos artigos 138, 139 e 299, todos do Código Penal.

2. Extrai-se da queixa-crime que o fato tido por ofensivo consistiu na inserção, no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste, de informação que vincula o querelante a grupos criminosos atuantes no Estado da Paraíba.

3. Afirmou o querelante que o querelado, na condição de relator, baseou-se em "documento falso, ou ao menos, completamente desprovido de fundamentos de fato que o faça crível" ao elaborar seu relatório.

4. Sustenta que "o que vincula o Querelante aos fatos apurados por meio da indigitada CPI é um suposto depoimento, de uma suposta pessoa, e que, no dizer do próprio relatório, não foi formalizada qualquer espécie de registro de conversação que induziu à inclusão do nome do Querelante no referido relatório final"; e que o querelado – por irresponsabilidade, dolo e intuito de manchar sua honra e a história política – preferiu utilizar informações falsas a apurar a veracidade dos fatos.

5. Afirma que ao inserir no relatório final a informação de que o querelante teria envolvimento com grupos de extermínio, o querelado consumou o crime de calúnia, pois o fato, se verdadeiro, encontraria tipificação no art. 121, § 2º, incisos I a V, do Código Penal, c/c art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90; teria também consumado o crime de difamação ao divulgar atos ofensivos contra a sua reputação, que teriam trazido prejuízos à sua vida pessoal e profissional; e o crime de falsidade ideológica, ao elaborar um documento com base em declarações cuja existência não pode comprovar.

6. A pretensão do querelante não tem condições de prosseguir, eis que já transcorreu o prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 38 do Código de Processo Penal para o oferecimento da queixa ou da representação do ofendido, no caso de aplicação do parágrafo único do art. 145 do Código Penal em virtude da sua equiparação a funcionário público para fins penais.

7. Com efeito, o querelante tomou conhecimento dos fatos, presumidamente, no dia 22-11-2005, data em que a Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste aprovou o relatório final dos trabalhos, consoante divulgado em meio eletrônico pela Agência Câmara de Notícias e amplamente veiculada pela imprensa durante os primeiros meses de 2006 (cópias anexas). Contudo, o querelante apresentou a queixa-crime no Supremo Tribunal Federal em 16-12-2011. Considerando as referidas datas, a queixa é intempestiva, nos moldes do art. 103 do Código Penal.

8. Ademais, ainda que não se considere a decadência do direito de queixa, transcorreu o lapso temporal necessário à prescrição da pretensão punitiva dos crimes contra a honra.

9. As penas máximas aplicadas aos crimes dos arts. 138 e 139 do Código Penal são, respectivamente, de 2 (dois) e 1 (um) anos, operando-se a prescrição em 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do citado diploma. Tendo em vista que o suposto delito praticado pelo Deputado Federal Luiz Albuquerque Couto teria se consumado, no mais tardar, em 2006, quando divulgado na internet o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste, e que não ocorreram quaisquer causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional.

10. Quanto ao delito tipificado no art. 299 do Código Penal, a queixa-crime não é o instrumento processual adequado para dar início à persecução criminal,

haja vista que a falsidade ideológica é crime de ação penal pública, exceto quando ocorrerem as hipóteses autorizadoras da ação penal privada subsidiária da pública, o que não é o caso, pois que os fatos relatados pelo querelante não haviam sido anteriormente trazidos ao conhecimento do Ministério Público e, portanto, não se caracterizou a inércia essencial à propositura da ação subsidiária.

11. Entretanto, deve-se analisar se os elementos apontados nos autos configuram justa causa para que o Ministério Público prossiga na investigação do suposto crime.

12. O querelante afirma que o querelado praticou o delito descrito no art. 299 do Código Penal ao elaborar o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com base em declarações cuja existência não pode comprovar.

13. Ocorre que o relator da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste reproduziu no relatório final tão somente informações colhidas por Francisco de Assis Guimarães Sobrinho, Fernando Carlos Wanderley Rocha e Wilson Nunes da Silva, durante a missão realizada nos Estados da Paraíba e de Pernambuco, em cumprimento ao requerimento n. 33-CPI, cujos resultados formaram o Anexo "B" do documento. Foram transcritas pelo querelado as notícias trazidas às fls. 311/313, onde os integrantes da missão descreveram as diligências realizadas em 3-12-2003 na cidade de Pedras de Fogo/PE.

14. Dessa forma, o Deputado Federal Luiz Albuquerque, na qualidade de relator, fez constar no documento final informações obtidas a partir de diligências realizadas a requerimento da Comissão Parlamentar de Inquérito, sem acrescentar qualquer juízo de valor em suas conclusões, que foram encaminhadas ao Ministério Público Federal e Estadual em cada unidade federativa localizada no Nordeste do Brasil, consoante descrito no Anexo "Q", em cumprimento ao disposto no art. 58, § 3º, da Constituição Federal.

15. A conduta do querelado, portanto, não se amolda ao tipo descrito no art. 299 do Código Penal, pois não se vislumbra que tenha inserido no relatório uma informação sabidamente falsa "com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante", até mesmo porque, na condição de relator, não poderia ignorar notícias resultantes de diligência deferida pela Comissão Parlamentar de Inquérito.

16. Ante o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela rejeição da queixa-crime e pela atipicidade da conduta descrita no art. 299 do Código Penal atribuída ao Deputado Federal Luiz Albuquerque Couto, com o consequente arquivamento dos autos.

É o relatório. Decido.

A presente queixa-crime é manifestamente incabível, e não tem condições de prosseguimento, devendo ser coarctada em seu nascedouro, conforme preconizado no art. 21, XV, *a*, *c* e *d*, e seu § 1º, do RISTF, vez que irremediavelmente comprometida a pretensão do querelante em ver instaurada uma ação penal privada pelos motivos a seguir elencados:

a) Consumação da decadência ao direito de queixa (CPP, art. 38):

Extrai-se da queixa-crime que o fato tido por ofensivo consistiu na inserção, no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste, de informação que vincula o querelante a grupos criminosos atuantes no Estado da Paraíba.

A referida comissão parlamentar de inquérito foi instaurada pela Câmara dos Deputados em 24-9-2003, por meio do Requerimento 19/2003, com o objetivo de investigar a ação criminosa das milícias privadas e dos grupos de extermínio em toda a região Nordeste do Brasil (fls. 432v. e 433).

A pretensão do querelante, contudo, não tem condições de prosseguir, eis que já transcorreu o prazo de seis meses previsto no art. 38 do Código de Processo Penal para o oferecimento da queixa ou da representação do ofendido, no caso de aplicação do parágrafo único do art. 145 do Código Penal em virtude da sua equiparação a funcionário público para fins penais.

Estabelece o citado preceito, *in verbis*:

> Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Com efeito, o querelante tomou conhecimento dos fatos, presumidamente, no dia 22-11-2005, data em que a Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste aprovou o relatório final dos trabalhos, consoante divulgado em meio eletrônico pela Agência Câmara de Notícias e amplamente veiculada pela imprensa durante os primeiros meses de 2006 (cf. http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/NAOINFORMADO/79251-EXTERNIOQ-NONE:APROVADQ-RELATÓRIO-FlNAL-SOBRE-CRIMES.html).

O querelante, contudo, apresentou a queixa-crime no Supremo Tribunal Federal apenas em 16-12-2011.

Considerando as referidas datas, a queixa é intempestiva, nos moldes do preceituado no art. 103 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

b) Extinção da punibilidade do agente pelos crimes contra a honra em razão da consumação da prescrição (CP, art. 109):

Ainda que não verificada a decadência do direito de queixa, a presente ação penal encontra-se igualmente inviabilizada em razão da consumação da extinção da punibilidade do agente pelos delitos contra a honra, em razão da ocorrência da prescrição.

As penas máximas aplicadas aos crimes dos arts. 138 e 139 do Código Penal são, respectivamente, de dois anos e um ano de detenção, operando-se a prescrição no transcurso de quatro anos, nos termos do disposto no art. 109, V, do mesmo *codex*.

Considerando que o suposto delito praticado pelo ora querelado teria se consumado, no mais tardar, em 2006, quando divulgado pela mídia o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste, e que não se constata a ocorrência de quaisquer causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional.

Observo, ademais, não haver sido descrita e capitulada na queixa-crime a incidência da causa de aumento de pena em um terço (art. 141, II e III, CP), de modo a não se poder cogitar a esta Suprema Corte substituir-se à acusação.

c) Verificação da ocorrência da imunidade parlamentar pelos crimes contra a honra (CF, art. 53):

As infrações decorrentes da manifestação contida no voto do querelado, em relatório de comissão parlamentar de inquérito, inclusive aprovado pela maioria dos integrantes da comissão, estar acobertado pela imunidade prevista no art. 53, *caput*, da Constituição da República, sobretudo após o advento da Emenda Constitucional 35/2001.

A aludida regra assegura imunidade material para os deputados e senadores que, na defesa de seus mandatos parlamentares, podem emitir livremente opiniões, sem temer qualquer tipo de retaliação penal.

A norma constitucional visa tutelar o livre exercício da atividade legislativa, além da independência e harmonia entre os Poderes da República.

Destaco, ainda, que, com o advento da Emenda Constitucional 35/2001, a imunidade material dos deputados e senadores foi ampliada para a esfera civil, deixando de se limitar ao âmbito penal.

Esta Suprema Corte, inclusive, já teve oportunidade de apreciar situação assemelhada à tratada nestes autos, e concluiu que "para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa" (Inq 1.958, Tribunal Pleno, rel. p/ o ac. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 18-2-2005).

Na presente hipótese, o querelado atuou na sua condição de parlamentar, apresentando dados concretos relacionados à atuação de milícias no Estado da Paraíba na época.

Não houve agressão à honra do querelante, mas sim ênfase sobre os preocupantes acontecimentos relacionados a denúncias envolvendo sua pessoa, cuja apuração foi delegada aos órgãos policiais competentes.

A manifestação parlamentar do querelado guardou nexo de causalidade com o exercício da atividade legislativa, não havendo justa causa para a deflagração da ação penal de iniciativa privada.

Aliás, a imunidade parlamentar em seu sentido material, decorrente de manifestações proferidas no exercício do mandato, ou em razão deste, constitui prerrogativa institucional assegurada aos membros do Poder Legislativo, com vista a garantir-lhes o independente exercício de suas funções.

Quanto à matéria, esta Corte consolidou o entendimento de que as expressões ofensivas, notadamente quando proferidas fora da Casa Legislativa, devem guardar, para o reconhecimento da imunidade parlamentar material, relação com o exercício do mandato ou mesmo com a condição de parlamentar; o mesmo não se exige quando forem proferidas dentro da Casa Legislativa.

Assim, as opiniões, palavras e votos dos congressistas, **proferidos dentro do parlamento**, estarão cobertas pela imunidade, visto que "não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato".

Percebe-se, diante da análise dessas declarações, que os fatos relatados pelo querelado, além de guardarem relação de conexão com sua condição de parlamentar, foram feitos no seio do parlamento, evidenciando, assim, que as suas manifestações ocorreram no exercício de sua função parlamentar. Há que se garantir essa prerrogativa ao parlamentar, de maneira a assegurar-lhe a necessária independência ao exercício da função.

Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa, ou seja, eventual abuso do exercício dessa prerrogativa, mormente quanto à falta de veracidade dos fatos noticiados, sujeitariam o querelado à disciplina da própria Casa Legislativa a que pertence, nos termos do art. 55, § 1º, da Constituição Federal.

É sabido que a imunidade material parlamentar exclui a tipicidade do fato praticado pelo deputado ou senador consistente na manifestação, escrita ou falada, exigindo-se apenas que ocorra no exercício da função.

Por tal razão, estando a manifestação do querelado protegida pela imunidade material, é igualmente o caso de rejeição da denúncia com base no art. 43, I, do Código de Processo Penal.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já firmou orientação no sentido de que o relator pode determinar o arquivamento dos autos quando as supostas manifestações ofensivas estiverem acobertadas pela imunidade parlamentar material (Pet 3.162, rel. min. **Celso de Mello**, *DJ* de 4-3-2005; Pet 3.195, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 17-9-2004; Pet 3.076, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 9-9-2004; Pet 2.920, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 1º-8-2003; Inq 2.273/DF, rel. min. **Ellen Gracie**, *DJE* de 26-5-2008).

d) Indivisibilidade da ação penal privada e renúncia tácita ao direito de queixa (CPP, arts. 48 e 49):

As alegações tidas por moralmente ofensivas foram veiculadas, no caso, mediante relatório escrito da intitulada "Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste" (fl. 16), relatada pelo ora querelado, e integrada por

diversos outros parlamentares federais (fls. 426 a 770), aprovado, à unanimidade, pelos membros da comissão (fl. 770v.).

Ocorre, no entanto, que o ora querelante ajuizou a queixa-crime unicamente contra o relator, ou seja, um dos signatários daquele documento, excluindo, em consequência, não obstante a regra inscrita nos arts. 48 **e** 49 do CPP, os demais parlamentares que aprovaram aquele documento consubstanciador das alegadas ofensas morais.

Verifica-se, assim, flagrante transgressão, na espécie, ao postulado da indivisibilidade (CPP, art. 48), a implicar inevitável reconhecimento da extinção da punibilidade do ora querelado (CP, art. 107, V, c/c o art. 104), por efeito da configuração de renúncia tácita ao direito de queixa (CPP, art. 49).

Esses ensinamentos encontram lastro na doutrina (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado.* 7. ed. Brasília: Atlas, 2000. Itens 48.1 **a** 49.2, p. 210/213; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 10. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Itens 152 **e** 155, p. 175/176; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. 1/720 **e** 725, São Paulo: Edipro, 2002. Itens 189 **e** 192; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2005. Item 5.6.2.3, p. 130; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado.* 9. ed., vol. 1/178-180, São Paulo: Saraiva, 2005), merecendo, ainda, o beneplácito dos tribunais em geral (*RT* 536/362; *RT* 713/338), inclusive o do Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 179/160).

É por esse motivo que se tem destacado, na linha do entendimento ora exposto, que, tratando-se de ação penal exclusivamente privada (*RT* 546/447-448), o oferecimento de queixa-crime somente contra um ou alguns dos supostos autores ou partícipes da prática delituosa, com exclusão dos demais envolvidos, configura hipótese de renúncia tácita, cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no cometimento da infração penal (*RT* 437/418 – *RT* 619/302 – *RT* 653/337):

> A queixa deve abranger todos os injuriadores ou difamadores, não podendo abstrair nenhum, a menos que seja desconhecido. Excluído algum deles, tem-se que o querelante tacitamente renunciou ao direito de processá-lo, devendo ser estendida a todos sua abdicação. [*RT* 585/370, rel. juiz *Egon Wilde*.]

> Constitui renúncia tácita ao exercício do direito de queixa-crime deixar o ofendido de incluir na queixa-crime – sem qualquer justificativa explícita – um dos pretensos agentes do delito contra a honra. Em crime contra a honra praticado por pluralidade de agentes, a exclusão injustificada de um deles equivale à renúncia e se estende aos demais infratores, por força do princípio da indivisibilidade da ação penal, contido no art. 48 do CPP. [*RT* 729/588, rel. juiz *Renato Nalini*.]

Nessa mesma linha a jurisprudência desta Suprema Corte:

Ação penal privada – Crimes contra a honra – Veiculação das alegadas ofensas morais em coluna jornalística (coluna "Boechat") – Coluna jornalística cujo titular ("Boechat") tem, no processo de pesquisa, redação e finalização das matérias nela veiculadas, a ativa colaboração de dois (2) outros jornalistas – Obra jornalística coletiva – Oferecimento da queixa-crime somente contra o titular da coluna jornalística, com exclusão dos colaboradores que nesta se acham nominalmente identificados – Ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada (CPP, art. 48) – Renúncia tácita ao direito de querela (CPP, art. 49) – Extinção da punibilidade (CP, art. 107, V, c/c o art. 104) – "Habeas corpus" deferido. Tratando-se de ação penal privada, o oferecimento de queixa-crime somente contra um ou alguns dos supostos autores ou partícipes da prática delituosa, com exclusão dos demais envolvidos, configura hipótese de violação ao princípio da indivisibilidade (CPP, art. 48), implicando, por isso mesmo, renúncia tácita ao direito de querela (CPP, art. 49), cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no suposto cometimento da infração penal (CP, art. 107, V, c/c art. 104). Doutrina. Precedentes. [HC 88.165/RJ, Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, *DJE* de 29-6-2007.]

Legitimidade – Queixa-crime – Calúnia – Pessoa jurídica – Sócio-gerente. A pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia. A imputação da prática de crime a pessoa jurídica gera a legitimidade do sócio-gerente para a queixa-crime por calúnia. *Queixa-crime – Recebimento – Especificação do crime.* O pronunciamento judicial de recebimento da queixa-crime há de conter, necessariamente, a especificação do crime. *Ação penal privada – Indivisibilidade.* A iniciativa da vítima deve direcionar-se à condenação dos envolvidos, estendendo-se a todos os autores do crime a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um deles. *Queixa-crime – Erronia na definição do crime.* A exigência de classificação do delito na queixa-crime não obstaculiza a incidência do disposto nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal. *Queixa-crime – Atuação do Ministério Público – Narrativa – Ausência de justa causa.* O fato de o integrante do Ministério Público, em entrevista jornalística, informar o direcionamento de investigações, considerada suspeita de prática criminosa, cinge-se à narrativa de atuação em favor da sociedade, longe ficando de configurar o crime de calúnia. [RHC 83.019/DF, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 29-6-2003.]

e) Inadequação da queixa-crime para repressão à violação do disposto no art. 299 do Código Penal e ausência dos pressupostos ao exercício da ação subsidiária:

Em relação ao delito tipificado no art. 299 do Código Penal, a queixa-crime não é o instrumento processual adequado para dar início à persecução criminal, haja vista que a falsidade ideológica é crime de ação penal pública incondicionada, exceto quando ocorrerem as hipóteses autorizadoras da ação penal privada subsidiária da pública.

Tampouco é essa a hipótese, pois que os fatos relatados pelo querelante não haviam sido anteriormente trazidos ao conhecimento do Ministério Público e, portanto, não se caracterizou a inércia essencial à propositura da ação subsidiária.

f) Atipicidade de conduta do crime previsto no art. 299 do CP:

Nesse particular, observo que o próprio *dominus litis*, ao tomar conhecimento da imputação da prática de crime de ação pública incondicionada pelo ora querelado, procedeu à análise dos elementos apontados nos autos, concluindo pela ausência de justa causa para que o Ministério Público prossiga na investigação do suposto crime.

O querelante afirma que o querelado praticou o delito descrito no art. 299 do Código Penal ao elaborar o relatório da comissão parlamentar de inquérito com base em declarações cuja existência não pode comprovar.

Ocorre que o relator da Comissão Parlamentar de Inquérito do Extermínio no Nordeste reproduziu no relatório final tão somente informações colhidas por Francisco de Assis Guimarães Sobrinho, Fernando Carlos Wanderley Rocha e Wilson Nunes da Silva, durante a missão realizada nos Estados da Paraíba e de Pernambuco, em cumprimento ao Requerimento 33-CPI, cujos resultados formaram o Anexo "B" do documento.

Foram transcritas pelo querelado as notícias trazidas às fls. 311/313, onde os integrantes da missão descreveram as diligências realizadas em 3-12-2003 na cidade de Pedras de Fogo/PE.

Dessa forma, concluiu o *Parquet* que o deputado federal Luiz Albuquerque, na qualidade de relator, fez constar no documento final informações obtidas a partir de diligências realizadas a requerimento da comissão parlamentar de inquérito, sem acrescentar qualquer juízo de valor em suas conclusões, que foram encaminhadas ao Ministério Público Federal e estadual em cada unidade federativa localizada no Nordeste do Brasil, consoante descrito no Anexo "Q", em cumprimento ao disposto no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, de sorte que a conduta do querelado não se amolda ao tipo descrito no art. 299 do Código Penal, pois não se vislumbra que tenha inserido no relatório uma informação sabidamente falsa "com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante", até mesmo porque, na condição de relator, não poderia ignorar notícias resultantes de diligência deferida pela comissão parlamentar de inquérito.

Em hipóteses como a presente, na linha da orientação jurisprudencial firmada nesta Suprema Corte, não há como deixar de acolher o requerimento do *Parquet*, assentado nos elementos fático-probatórios dos autos, que não justificam a instauração da persecução penal contra o investigado com prerrogativa de foro perante esta Suprema Corte.

Na hipótese de existência de pronunciamento do chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução penal (Inq 510/DF, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 19-4-1991; Inq 719/AC,

Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Sydney Sanches**, *DJ* de 24-9-1993; Inq 851/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Néri da Silveira**, *DJ* de 6-6-1997; Inq 1.538/PR, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 14-9-2001; Inq 1.608/PA, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 6-8-2004; Inq 1.884/RS, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 27-8-2004, entre outros).

A jurisprudência desta Suprema Corte assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal.

Sobre o tema, o seguinte precedente:

1. **Questão de ordem em inquérito**.

2. Inquérito instaurado em face do deputado federal M. S. M. N. supostamente envolvido nas práticas delituosas sob investigação na denominada "Operação Sanguessuga".

3. O Ministério Público Federal (MPF), em parecer da lavra do procurador-geral da República (PGR), dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, requereu o arquivamento do feito.

4. Na hipótese de existência de pronunciamento do chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal. Precedentes citados: Inq 510/DF, rel. min. Celso de Mello, Plenário, unânime, *DJ* de 19-4-1991; Inq 719/AC, rel. min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, *DJ* de 24-9-1993; Inq 851/SP, rel. min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, *DJ* de 6-6-1997; HC 75.907/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, maioria, *DJ* de 9-4-1999; HC 80.560/GO, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 30-3-2001; Inq 1.538/PR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, *DJ* de 14-9-2001; HC 80.263/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, *DJ* de 27-6-2003; Inq 1.608/PA, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, *DJ* de 6-8-2004; Inq 1.884/RS, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, *DJ* de 27-8-2004; Inq 2.044-QO/SC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, *DJ* de 8-4-2005; e HC 83.343/SP, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 19-8-2005.

6. Esses julgados ressalvam, contudo, duas hipóteses em que a determinação judicial do arquivamento possa gerar coisa julgada material, a saber: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta. Constata-se, portanto, que apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo PGR.

7. No caso concreto ora em apreço, o pedido de arquivamento formulado pelo procurador-geral da República lastreou-se no argumento de não haver base empírica que indicasse a participação do parlamentar nos fatos apurados.

8. Questão de ordem resolvida no sentido do arquivamento destes autos, nos termos do parecer do MPF. [Inq 2.341/MT, Tribunal Pleno, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 17-8-2007.]

São, aliás, inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal não apenas reconhece a possibilidade de trancamento de inquérito policial por atipicidade do fato, como o tem determinado até mesmo de ofício (*v.g.*, HC 83.166/MG, Segunda Turma, da relatoria do ministro **Nelson Jobim**, *DJ* de 12-3-2004; HC 71.466/DF, Primeira Turma, da relatoria do ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 19-12-1994; HC 83.233/RJ, Segunda Turma, da relatoria do ministro **Nelson Jobim**, *DJ* de 19-3-2004; RE 467.923/DF, Primeira Turma, da relatoria do ministro **Cezar Peluso**, *DJ* de 4-8-2006; e RE 459.024/PR, decisão monocrática, da relatoria do ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 15-2-2007).

Ante o exposto, na linha da orientação desta Corte, com fundamento no art. 21, XV, *a*, *c* e *d*, e seu § 1º, do RISTF, **rejeito liminarmente a presente queixa-crime** e, concomitantemente, acolho o pedido do *Parquet* Federal e **determino o arquivamento das peças de informação** ao Ministério Público pelo crime previsto no art. 299 do Código Penal, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.

Publique-se e intime-se o querelado.

Brasília, 25 de setembro de 2012 — Dias Toffoli, relator.

———

HABEAS CORPUS 87.573 — RJ

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Paciente: Idovan Ferreira — Impetrantes: José Mauro Couto de Assis e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Réu que somente completou setenta anos de idade após a condenação penal, embora antes do respectivo trânsito em julgado. Inaplicabilidade, em tal situação, da causa de redução, pela metade, do lapso prescricional (CP, art. 115). Data da prolação do decreto condenatório como limite temporal inultrapassável. Inocorrência de constrangimento ilegal ao *status libertatis* do paciente. Doutrina. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade, em tal hipótese, de o relator da causa decidir, em ato singular, a controvérsia jurídica. Competência monocrática que foi delegada, em sede regimental, pela Suprema Corte (RISTF, art. 192, *caput*, na redação dada pela ER 30/2009). Pedido de *habeas corpus* indeferido.**

– A incidência da causa de redução, pela metade, do lapso prescricional, tratando-se de réu septuagenário, somente se viabiliza quando o acusado houver completado setenta anos de idade até a data da prolação do decreto penal condenatório, que se qualifica, para efeito de aplicabilidade da regra inscrita no art. 115 do Código Penal, como limite temporal inultrapassável, sendo irrelevante, em consequência, que o agente venha a satisfazer tal requisito etário após a condenação criminal, embora antes do respectivo trânsito em julgado.

Decisão: **Registro**, *preliminarmente*, **por necessário**, que o Supremo Tribunal Federal, **mediante** edição da Emenda Regimental 30, de 29 de maio de 2009, **delegou** expressa competência **ao relator** da causa, para, **em sede** de julgamento monocrático, **denegar ou conceder** a ordem de "*habeas corpus*", "*ainda que de ofício*", **desde que** a matéria versada no "*writ*" em questão **constitua** "*objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal*" (**RISTF**, art. 192, "*caput*", **na redação** dada **pela ER** 30/2009).

Ao assim proceder, **fazendo-o mediante** interna **delegação** de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, **atenta** às exigências de celeridade **e** de racionalização do processo decisório, **limitou-se a reafirmar** princípio **consagrado** em nosso ordenamento positivo (**RISTF**, art. 21, § 1º; **Lei 8.038/1990**, art. 38; **CPC**, art. 557) **que autoriza** o relator da causa a decidir, **monocraticamente**, o litígio, **sempre** que este referir-se a tema **já** definido em "*jurisprudência dominante*" no Supremo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação **implicaria transgressão ao princípio da colegialidade**, eis que o postulado em questão **sempre** restará preservado **ante a possibilidade** de submissão da decisão singular **ao controle recursal** dos

órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado** (**RTJ 181/1133-1134**, rel. min. CARLOS VELLOSO – **AI 159.892-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A legitimidade jurídica desse entendimento **decorre** da circunstância de o relator da causa, **no desempenho** de seus poderes processuais, **dispor** de plena competência para exercer, **monocraticamente**, o controle **das ações**, pedidos **ou recursos** dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, **justificando-se**, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (**RTJ** 139/53 – **RTJ** 168/174-175 – **RTJ** 173/948), **valendo assinalar**, quanto ao aspecto ora ressaltado, que este Tribunal, em decisões colegiadas (**HC 96.821/SP**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 104.241-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO), **reafirmou** a possibilidade processual **do julgamento monocrático** do próprio mérito da ação de "*habeas corpus*", **desde que observados** os requisitos estabelecidos **no art. 192** do RISTF, **na redação** dada pela Emenda Regimental 30/2009.

Tendo em vista essa delegação regimental de competência ao **relator** da causa, **impõe-se reconhecer** que a controvérsia ora em exame **ajusta-se** à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise, **o que possibilita** seja proferida **decisão monocrática** sobre o litígio em questão.

A impetração **insurge-se** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **encontra-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado (fl. 156):

> ***PENAL. PRESCRIÇÃO. ART. 115, DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. IDADE DE 70 (SETENTA) ANOS. OCORRÊNCIA APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.***
>
> ***É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a idade de 70** (setenta) anos deve ser verificada quando da prolação da sentença, ou do acórdão condenatório nas ações penais originárias dos Tribunais.*
>
> ***Ordem DENEGADA.*** [**HC 34.635/RJ**, rel. min. PAULO MEDINA – **Grifei**.]

A parte ora impetrante postula a declaração de extinção da punibilidade do paciente, **sustentando** a ocorrência de prescrição penal **em face** da "*possibilidade de redução do prazo prescricional*" (fl. 121) **prevista** no art. 115 do CP, **em razão** de mencionado paciente **haver completado** setenta anos **antes** *do trânsito em julgado* da condenação penal que lhe foi imposta.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do ilustre subprocurador-geral da República dr. WAGNER GONÇALVES, **opinou pelo indeferimento** do pedido de "*habeas corpus*", **em parecer** cuja ementa **bem resume** a sua douta manifestação (fl. 166):

> ***PROCESSO PENAL. "HABEAS CORPUS". EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. APLICAÇÃO DO ART. 115, DO CP. RÉU QUE COMPLETA 70 ANOS EM DATA POSTERIOR AO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO.***

***1. O paciente**, cujo acórdão condenatório **foi publicado** em 4-5-2000, **só alcançou o requisito dos setenta anos** em 7-1-2002, **quando pendentes** de julgamento **apenas recursos** sem efeitos suspensivos, que sequer chegaram a ser conhecidos.*

***2. Ausente o elemento etário na data da publicação do decreto condenatório** (sentença ou acórdão) **a ser executado, não cabe falar** em benefício da prescrição **pela metade** para o paciente – nos termos do art. 115 do CP. Precedentes do STF.*

***3. Parecer pela denegação da ordem**.* [**Grifei**.]

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** a pretensão ora deduzida **na presente** sede processual. **E**, *ao fazê-lo*, **entendo não assistir razão** à parte ora impetrante.

A análise dos autos **evidencia** que o E. Superior Tribunal de Justiça **denegou** a ordem de "*habeas corpus*" **impetrada** em favor do ora paciente, **por entender**, *de modo correto*, que este **somente** teria direito à redução da prescrição penal, *pela metade* (**CP**, art. 115), **se**, *à época da condenação penal*, **já houvesse** atendido o requisito etário (**setenta anos**, *na espécie*).

No caso, o acórdão **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **consubstanciador** de condenação imposta **em sede penal originária**, foi publicado **em 4-5-2000**, data em que o ora paciente **tinha 68** anos de idade (fl. 17), **vindo a completar** 70 anos **somente** em 7-1-2002.

Não se desconhece que este Supremo Tribunal Federal, **em anterior** pronunciamento, **havia decidido** que se revelava juridicamente possível o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, pela prescrição penal, **mediante** aplicação da redução estabelecida no art. 115 do CP, **considerada**, *para tanto*, a idade de setenta anos **na data** do último julgamento, **seja** em grau de recursos ordinários, **seja** em âmbito de recursos excepcionais (**Ext 591/República Italiana**, rel. min. MARCO AURÉLIO).

Ocorre, *no entanto*, **que o exame** do contexto **delineado** nos presentes autos *revela* que o acórdão ora impugnado, **emanado** do E. Superior Tribunal de Justiça, *ajusta-se* à orientação que, *presentemente*, **prevalece** nesta Suprema Corte **em torno** da compreensão **do art. 115** do CP, **cabendo relembrar**, *por necessário*, **os inúmeros** precedentes que, **firmados** *por ambas as Turmas* do Supremo Tribunal Federal, **consagraram** diretriz cujos termos *desautorizam* a pretensão deduzida nesta sede processual (**HC 98.418/RJ**, rel. min. ELLEN GRACIE – **HC 107.498/SP**, rel. min. AYRES BRITTO):

"***HABEAS CORPUS**". **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**. **PRESCRIÇÃO**. **AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS NA DATA DA APELAÇÃO**. **HIPÓTESE QUE NÃO PREENCHE A FINALIDADE DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL**. **ORDEM DENEGADA**.*

1. Na data da publicação da sentença condenatória**, o paciente **ainda não contava** setenta anos de idade. **Situação que não autoriza a aplicação** da causa de redução do prazo prescricional **de que trata** o art. 115 do Código Penal. **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **é no sentido** de que tal redução **não

opera *quando, no julgamento de apelação, o Tribunal* ***confirma*** *a condenação (**HC 84.909**, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; **HC 86.320**, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; **HC 71.711**, da relatoria do ministro Carlos Velloso;* ***e HC 96.968****, da minha relatoria).*

2. Ordem indeferida. [**HC 106.385/DF**, rel. min. AYRES BRITTO – **Grifei**.]

PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DE METADE NO PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I – A idade de sessenta *anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de setenta anos de idade na data da sentença condenatória.*

II – A redução do prazo prescricional é aplicada*, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso.*

III – Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de setenta *anos* ***na data do acórdão*** *que se limita a confirmar a sentença condenatória.*

IV – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V – Ordem denegada. [**HC 86.320/SP**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei**.]

"HABEAS CORPUS". EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SER O AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS NA DATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. A prescrição da pretensão punitiva*, na modalidade intercorrente ou superveniente, é aquela que "ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória" (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. Volume 1. 11. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2009. p. 738). Essa lição espelha o que diz o § 1º do art. 110 do Código Penal: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada".*

2. No caso, na data da publicação da sentença penal condenatória, o paciente contava 69 anos de idade. Pelo que não há como aplicar *a causa de redução do prazo prescricional da senilidade* ***a que se refere*** *o art. 115 do Código Penal.* ***Até porque*** *a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* ***é no sentido*** *de que tal redução* ***não opera*** *quando, no julgamento de apelação, o Tribunal* ***confirma*** *a condenação (**HC 86.320**, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski;*

***HC 71.711**, da relatoria do ministro Carlos Velloso; e **AI 394.065-AgR-ED-ED**, da minha relatoria).*

***3. Ordem indeferida**, ante a não ocorrência da prescrição superveniente.* [**HC 96.968/RS**, rel. min. AYRES BRITTO – **Grifei**.]

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO IMPROCEDENTE.

(...)

A regra da redução pela metade para a contagem do lapso prescricional**, prevista no art. 115 do Código Penal, **somente é aplicada se o agente tiver setenta anos na data da sentença condenatória.

Agravo regimental a que se nega provimento. [**AI 791.656-AgR/SC**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.]

DIREITO PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MATÉRIA PENAL AO STJ. TEMAS DISTINTOS DO "WRIT". ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INADMISSILIBILIDADE.

(...)

***5. A circunstância do critério cronológico adotado pelo Estatuto do Idoso ser de sessenta anos** de idade **não alterou** a regra excepcional **da redução** dos prazos de prescrição da pretensão punitiva **quando se tratar** de pessoa maior de setenta anos de idade **na data** da sentença condenatória.*

(...)

7. "Habeas corpus" não conhecido. [**HC 88.083/SP**, rel. min. ELLEN GRACIE – **Grifei**.]

AGRAVO REGIMENTAL NO "HABEAS CORPUS". CONSTITUCIONAL. (...) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

***2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o benefício da redução dos prazos da prescrição não é aplicável aos casos em que o agente completa setenta anos de idade depois da publicação da sentença penal condenatória e dos acórdãos que mantiveram essa decisão.** Precedentes.*

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. [**HC 94.067-AgR/RO**, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – **Grifei**.]

"***Habeas corpus**". 2. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. **3. O lapso prescricional somente se reduz à metade se o agente tiver setenta anos na data da sentença condenatória (art. 115, CP). (...) 5. Precedentes. 6. Ordem denegada.*** [**HC 84.909/MG**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

Essa orientação – *não custa enfatizar* – **tem o prestigioso beneplácito** do magistério da doutrina (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Tratado Jurisprudencial e Doutrinário**", vol. I/1272-1273, 2011, RT; PAULO QUEIROZ,

"**Direito Penal – Parte Geral**", p. 423, 4. ed., 2008, Lumen Juris; ANDRÉ ESTEFAM, "**Direito Penal**", vol. 1/464, item 5, 2010, Saraiva, *v.g.*), **valendo referir**, *no ponto*, **a lição** de ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS ("**Manual de Direito Penal – Parte Geral**", p. 624, 2009, Lumen Juris):

> ***A segunda hipótese de redução de prazo prescricional prevista nesse dispositivo é quando o agente criminoso possuir, na data da sentença**, idade **superior** aos 70 (setenta) anos. **Entendemos** que a expressão "sentença" mencionada neste dispositivo **dever ser entendida** como **a primeira** decisão de mérito **condenatória** proferida no processo.*
>
> ***Assim**, v.g., **caso o agente** seja absolvido em primeira instância **e condenado** em grau de recurso, **vindo a completar** 70 (setenta) anos **após** a sentença absolutória, **poderá ser beneficiado** com a redução de prazo, **pois**, na ocasião do acórdão condenatório, **tinha** 70 (setenta) anos **ou mais** de idade.*
>
> ***Agora**, no caso em que o agente **é condenado** em primeiro grau, ocasião **em que não tinha** ainda 70 (setenta) anos de idade e, em grau de recurso, sua condenação é mantida, oportunidade em que já completara os 70 (setenta) anos de idade, **entendemos** que, nesta hipótese, **não se aplica** a redução de prazo prescricional.*
>
> ***Apesar da divergência doutrinária a respeito, entendemos que o Estatuto do Idoso** – Lei 10.741/03, **ao dispor** em seu art. 1º **que idoso** é aquele que tem idade igual **ou** superior aos 60 (sessenta) anos, **não derrogou o art. 115 do CP**, para o fim de viabilizar a redução do prazo prescricional para aquele que tenha 70 (setenta) anos ou mais de idade no momento da sentença condenatória.* [**Grifei**.]

Sendo assim, *e em face das razões expostas*, **indefiro** o pedido de "*habeas corpus*", **tornando sem efeito**, *em consequência*, **a medida cautelar anteriormente** concedida na presente sede processual.

Comunique-se o teor da presente decisão **mediante encaminhamento** da respectiva cópia ao MM. juiz de direito da Vara de Execuções Penais da comarca do Rio de Janeiro/RJ (**CES**: 2004/08764-9).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 17 de abril de 2012 — Celso de Mello, relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 107.795 — SP

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Pacientes: Marilandy Ricardo Rabello, Sérgio Pereira, Marfisa de Ricardo Rabello e Lívia Aparecida dos Santos — Impetrantes: Maria Cláudia de Seixas e outros — Coator: Relator do HC 28255920106000000 do Tribunal Superior Eleitoral

Crime eleitoral. Procedimento penal definido pelo próprio Código Eleitoral (*lex specialis*). Pretendida observância do novo *iter* procedimental estabelecido pela reforma processual penal de 2008, que introduziu alterações no Código de Processo Penal (*lex generalis*). Antinomia meramente aparente, porque superável mediante aplicação do critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Concepção ortodoxa que prevalece, ordinariamente, na solução dos conflitos antinômicos que opõem leis de caráter geral àquelas de conteúdo especial. Pretendida utilização de fator diverso de superação dessa específica antinomia de primeiro grau, mediante opção hermenêutica que se mostra mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa. Valioso precedente do Supremo Tribunal Federal (AP 528-AgR/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski). Nova ordem ritual que, por revelar-se mais favorável ao acusado (CPP, arts. 396 e 396-A, na redação dada pela Lei 11.719/2008), deveria reger o procedimento penal, não obstante disciplinado em legislação especial, nos casos de crime eleitoral. Plausibilidade jurídica dessa postulação. Ocorrência de *periculum in mora*. Medida cautelar deferida.

Decisão: **Trata-se** de "*habeas corpus*", com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão que, **emanada** do E. Tribunal Superior Eleitoral, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

"***Habeas corpus". Ação penal. Inscrição fraudulenta de eleitor. Falsidade ideológica. Condutas típicas. Procedimento. Código de Processo Penal. Aplicação subsidiária. Adoção. Necessidade. Código Eleitoral. Norma específica. Ordem denegada.***

1. O trancamento da ação penal *na via do "habeas corpus"* ***somente é possível*** *quando,* ***sem*** *a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório,* ***evidenciar-se****, de plano,* ***a atipicidade*** *da conduta,* ***a ausência*** *de indícios para embasar a acusação* ***ou****, ainda,* ***a extinção*** *da punibilidade, hipóteses* ***não*** *verificadas "in casu".* ***Precedentes****.*

2. No processamento das infrações eleitorais devem ser observadas as disposições específicas *dos arts. 359* ***e*** *seguintes do Código Eleitoral,* ***devendo ser aplicado o Código de Processo Penal apenas subsidiariamente****.*

3. Não constitui constrangimento ilegal *o recebimento de denúncia* ***que contém*** *indícios suficientes de autoria e materialidade,* ***além*** *da descrição clara*

de fatos que configuram, em tese, os crimes descritos nos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral.

4. Ordem denegada. [**HC 2825-59.2010.6.00.0000/SP**, rel. min. MARCELO RIBEIRO – **Grifei**.]

Busca-se, na presente impetração, **a concessão** de medida cautelar **destinada a suspender** o curso do **Processo-crime** 2/2009, **ora em tramitação** perante o Juízo da 203ª Zona Eleitoral da comarca de Viradouro/SP.

Aduz, *em síntese*, a parte ora impetrante, **neste** "*writ*", **a ocorrência** *de nulidade absoluta* do procedimento penal em questão, **alegando-se** que o magistrado de primeiro grau *teria desrespeitado* o rito estabelecido **nos arts. 396 e 396-A** do Código de Processo Penal, **na redação** dada pela Lei 11.719/2008, **eis que** "***as disposições dos artigos 395 a 398*** *do Código de Processo Penal* ***aplicam-se a todos os procedimentos penais*** *de primeiro grau,* ***ainda que*** *não regulados nesse Código,* ***incluindo-se****, assim, os processos apuratórios* ***de crimes eleitorais****, ainda que o rito procedimental seja regulado* ***por lei especial***" (**grifei**).

Presente tal contexto, **passo a examinar** a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede processual.

Não se ignora que, **na aplicação** das normas **que compõem** o ordenamento positivo, **podem** registrar-se situações de conflito normativo, **reveladoras** da existência *de antinomia em sentido próprio*, **eminentemente** solúvel, **porque superável** mediante utilização, em cada caso ocorrente, de determinados fatores, tais como **o critério hierárquico** ("*lex superior derogat legi inferiori*"), **o critério cronológico** ("*lex posterior derogat legi priori*") **e o critério da especialidade** ("*lex specialis derogat legi generali*"), **que têm a virtude de viabilizar** a preservação *da essencial* coerência, integridade **e** unidade sistêmica do ordenamento positivo (**RTJ 172/226-227**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

No caso ora em exame, mostra-se **pertinente** a invocação do critério da especialidade, **pois se acham** em (*aparente*) conflito regras legais, *de caráter procedimental*, **inscritas** no Código de Processo Penal ("*lex generalis*") **e** no Código Eleitoral ("*lex specialis*").

A utilização *do critério da especialidade* **representaria**, *no caso*, **a solução ortodoxa** *da antinomia de primeiro grau* registrada no contexto ora em exame.

Essa concepção ortodoxa, que faz incidir, *em situação de antinomia aparente*, o critério da especialidade, **tem prevalecido**, *ordinariamente*, no entendimento doutrinário, **como resulta** da lição de eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, "**Introdução ao Estudo do Direito**", p. 164/166 e 168, itens n. 1.2, 1.3 e 1.6, 2. ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, "**Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**", p. 67/69, item n. 4, **e** p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, "**Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução**", "*in*" Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, **32-34**, 1998; RAFAEL MARINANGELO, "**Critérios**

para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico", "*in*" Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, **232/233**, 2005, RT, *v.g.*), **valendo referir**, *dentre eles*, **o magistério**, *sempre lúcido* **e** *autorizado*, de NORBERTO BOBBIO ("**Teoria do Ordenamento Jurídico**", p. 91/92 **e** 95/97, item n. 5, **trad**. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB), **para quem**, *ocorrendo situação de conflito entre normas* (**aparentemente**) *incompatíveis*, **deve prevalecer**, *por efeito* **do critério da especialidade**, o diploma estatal "***que subtrai**, de uma norma, uma parte de sua matéria, **para submetê-la** a uma regulamentação diferente (contrária **ou** contraditória)* (...)" (**grifei**).

Ocorre, *no entanto*, **que se invoca**, *no caso*, **um outro critério**, *que não o da especialidade*, **fundado** em opção hermenêutica **que se legitima** em razão de se mostrar *mais compatível* com os postulados **que informam** *o estatuto constitucional do direito de defesa*, **conferindo-lhe** substância, **na medida** *em que a nova ordem ritual* **definida** nos arts. 396 e 396-A do CPP, **na redação** dada pela Lei 11.719/2008, **revela-se** *evidentemente mais favorável* que a disciplina procedimental **resultante** do *próprio* Código Eleitoral.

Sabemos que a reforma processual penal **estabelecida** por legislação editada em 2008 **revelou-se** *mais consentânea* com as **novas** exigências **estabelecidas** *pelo moderno processo penal* **de perfil democrático**, cuja natureza *põe em perspectiva* **a essencialidade** do direito à plenitude de defesa **e** ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório.

Bem por isso, **a Lei** 11.719/2008, **ao reformular** *a ordem ritual* nos procedimentos penais, **instituiu fase preliminar** caracterizada **pela instauração** *de contraditório prévio*, **apto** a ensejar, *ao acusado*, **a possibilidade** de arguir questões formais, de discutir o próprio fundo da acusação penal **e** de alegar *tudo o que possa interessar* à sua defesa, **além de oferecer** justificações, **de produzir** documentos, **de especificar** as provas pretendidas **e de arrolar** testemunhas, **sem prejuízo** de outras medidas **ou** providências que repute imprescindíveis.

Com tais inovações, o Estado **observou** tendência *já consagrada* em legislação anterior, **como** a Lei 10.409/2002 (art. 38) **e** a Lei 11.343/2006 (art. 55), **cujas prescrições** *viabilizaram a prática de verdadeiro contraditório prévio* **no qual** o acusado **poderia** invocar *todas as razões de defesa* – **tanto** as de natureza formal **quanto** as de caráter material.

Mostrou-se tão significativa essa fase procedimental **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, em **sucessivas** decisões, **reconheceu** que a inobservância desse "*contraditório prévio*" **constituía** *causa de nulidade processual absoluta* (**HC 87.346/MS**, rel. p/ o ac. min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 90.226/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 98.382/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **RHC 86.680/SP**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, *v.g.*), **como o evidenciam**, *dentre outros*, os **seguintes** julgados:

> *"**HABEAS CORPUS" – DIREITO AO CONTRADITÓRIO PRÉVIO (LEI 10.409/2002, ART. 38) – REVOGAÇÃO** DESSE DIPLOMA*

*LEGISLATIVO – **IRRELEVÂNCIA** – **EXIGÊNCIA MANTIDA** NA NOVÍSSIMA LEI DE TÓXICOS (**LEI** 11.343/2006, **ART. 55**) – **INOBSERVÂNCIA** DESSA FASE RITUAL PELO JUÍZO PROCESSANTE – **NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA** – **OFENSA** AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" – **PEDIDO DEFERIDO**.*

*– **A inobservância** do rito procedimental **previsto** na (**revogada**) Lei 10.409/2002 **configurava** típica hipótese de nulidade processual absoluta, **sendo-lhe ínsita** a própria ideia de prejuízo, **eis que o não cumprimento** do que determinava, então, **o art. 38** do diploma legislativo em causa **comprometia** o concreto exercício, pelo denunciado, **da garantia constitucional** da plenitude de defesa. **Precedentes**.*

*– **Subsistência**, na **novíssima** Lei de Tóxicos (**Lei** 11.343/2006, **art. 55**), dessa **mesma** fase ritual de contraditório prévio, **com iguais** consequências jurídicas, **no plano** das nulidades processuais, **se descumprida** pelo magistrado processante.*

*– **A exigência de fiel observância**, por parte do Estado, **das formas processuais** estabelecidas em lei, **notadamente** quando instituídas **em favor** do acusado, **representa**, no âmbito das persecuções penais, **inestimável garantia** de liberdade, **pois** o processo penal **configura** expressivo instrumento constitucional **de salvaguarda** dos direitos **e** garantias **assegurados** ao réu. **Precedentes**.*
[**HC 93.581/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

II – Defesa – Entorpecentes – Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei 10.409/2002: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, Primeira Turma, 11-2-1992, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, Primeira Turma, 19-4-2005, Pertence, DJ de 13-5-2005).

***Não bastassem o recebimento** da denúncia **e a superveniente condenação** do paciente, **não cabe reclamar**, a título de demonstração de prejuízo, **a prova impossível** de que, **se** utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida.* [**HC 84.835/SP**, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Primeira Turma** – **Grifei**.]

*"**HABEAS CORPUS**". **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**. **RITO DO ART. 38 DA LEI 10.409/2002**. **INOBSERVÂNCIA**. **EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA**.*

***A inobservância** do rito do art. 38 da Lei 10.409/2002, **que assegura o contraditório prévio** ao denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes, **resulta na nulidade** do processo penal, **desde** o recebimento da denúncia.*

*Habeas corpus **conhecido e ordem concedida**.* [**HC 94.027/SP**, rel. p/ o ac. min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.]

Esta Suprema Corte, *de outro lado*, **tendo presentes** *as inovações produzidas* pelos diplomas legislativos **que introduziram** *expressivas reformas* em sede processual penal (**Lei** 11.689/2008 – **Lei** 11.690/2008 – **Lei** 11.719/2008), **veio a adequar**, *mediante construção jurisprudencial*, **a própria** Lei 8.038/1990 (**que já previa** fase de contraditório prévio) **ao novo** modelo ritual, **fazendo incidir**, *nos processos penais originários*, **a regra** que, **fundada** na Lei 11.719/2008 (**CPP**, art. 400), **definiu** o interrogatório (**qualificado** como

"*depoimento pessoal*" pelo art. 359 do Código Eleitoral, **na redação** que lhe deu a Lei 10.732/2003) **como** *o último ato* da fase de instrução probatória, **por entender** que se tratava de medida *evidentemente mais favorável* ao réu:

> ***PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.***
>
> ***I – O art. 400 do Código de Processo Penal****, com a redação dada pela Lei 11.719/2008,* ***fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal****.*
>
> ***II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer*** *nas ações penais originárias* ***perante*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***em detrimento*** *do previsto no art. 7º da Lei 8.038/1990 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.*
>
> ***III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.***
>
> ***IV – Agravo regimental a que se nega provimento.*** [**AP 528-AgR/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei**.]

Tenho por relevante, *bem por isso*, esse aspecto da causa ora em exame, **uma vez que** *a previsão do contraditório prévio* **a que se referem** os arts. 396 e 396-A do CPP, **mais** do que simples exigência legal, *traduz indisponível garantia* de índole jurídico-constitucional **assegurada** aos denunciados, **de tal modo** que **a observância** desse rito procedimental **configura** instrumento *de clara limitação* ao poder persecutório do Estado, **ainda mais se se considerar** que, *nessa resposta prévia* – **que compõe** *fase processual insuprimível* (**CPP**, art. 396-A, **§ 2º**) –, **torna-se lícita** a formulação, *nela*, **de todas as razões**, *de fato* **ou** *de direito*, **inclusive** aquelas pertinentes ao mérito da causa, *reputadas essenciais ao pleno exercício* da defesa pelo acusado, **como assinala**, *com absoluta correção*, **o magistério da doutrina** (EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA **e** DOUGLAS FISCHER, "**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**", p. 869/870, 2. ed., 2011, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, "**Curso de Processo Penal**", p. 374/375, 4. ed., 2009, Forense; ANDREY BORGES DE MENDONÇA, "**Nova Reforma do Código de Processo Penal**", p. 260/264, 2. ed., 2009, Método, *v.g.*).

É sempre importante rememorar, **presente** o contexto em análise, **que a exigência** *de fiel observância das formas processuais* **estabelecidas** em lei, **notadamente** quando instituídas **em favor** do acusado, **representa**, *no âmbito das persecuções penais*, **uma inestimável garantia** de liberdade, *pois não se pode desconhecer*, considerada a própria jurisprudência **desta** Suprema Corte, **que o processo penal configura** *expressivo instrumento constitucional de salvaguarda* das liberdades individuais do réu, *contra quem não se presume provada qualquer acusação penal*:

> ***A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante*** *que se estabelece* ***entre*** *a pretensão punitiva do poder público* ***e*** *o resguardo à intangibilidade do "****jus libertatis****" titularizado pelo réu.*

A persecução penal *rege-se,* ***enquanto atividade estatal juridicamente vinculada****, por padrões normativos, que,* ***consagrados*** *pela Constituição* ***e*** *pelas leis,* ***traduzem limitações significativas*** *ao poder do Estado.* ***Por isso mesmo****, o processo penal só pode ser concebido –* ***e assim deve ser visto*** *– como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.*

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado*. Ele representa,* ***antes****, um poderoso meio de contenção* ***e*** *de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal.* ***Ao delinear*** *um círculo de proteção* ***em torno*** *da pessoa do réu –* ***que jamais se presume culpado****,* ***até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória*** *–, o processo penal revela-se instrumento* ***que inibe*** *a opressão judicial e que,* ***condicionado por parâmetros ético-jurídicos****, impõe, ao órgão acusador,* ***o ônus integral*** *da prova,* ***ao mesmo tempo*** *em que faculta ao acusado,* ***que jamais necessita demonstrar a sua inocência****, o direito de defender-se* ***e*** *de questionar, criticamente,* ***sob a égide*** *do contraditório,* ***todos os elementos probatórios*** *produzidos pelo Ministério Público.*

A própria exigência *de processo judicial* ***representa poderoso fator de inibição*** *do arbítrio estatal* ***e de restrição*** *ao poder de coerção do Estado. A cláusula "****nulla poena sine judicio****" exprime,* ***no plano*** *do processo penal condenatório,* ***a fórmula de salvaguarda*** *da liberdade individual.* [**RTJ 161/264-266**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Isso significa, *portanto*, **que a estrita observância** da forma processual **representa** *garantia plena de liberdade* **e** *de respeito aos direitos e prerrogativas* que o ordenamento positivo **confere a qualquer** pessoa sob persecução penal.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a suspender**, *cautelarmente*, **em** relação aos ora pacientes, **até** final julgamento da **presente** ação de "*habeas corpus*", **o curso** do **Processo-crime** 2/2009, **ora em tramitação** perante o Juízo da 203ª Zona Eleitoral de Viradouro/SP (**Processo-crime** 2/2009), **sustando-se**, *inclusive*, **caso** já proferida, **a eficácia** *de eventual* sentença penal *condenatória*.

Comunique-se, *com urgência*, **o teor** da presente decisão, **com o encaminhamento** da respectiva cópia, ao eminente senhor presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral (**HC** 2825-59.2010.6.00.0000/SP) **e** ao MM. Juiz da 203ª Zona Eleitoral de Viradouro/SP (**Processo- -crime** 2/2009).

Publique-se.

Brasília, 28 de outubro de 2011 — Celso de Mello, relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 109.327 — RJ

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Paciente e impetrante: Rãna Iaub Alexandre — Coatores: Presidente da República e outros

Pretendida declaração de inconstitucionalidade do exame de ordem (Lei 8.906/1994, art. 8º, IV, e § 1º). Invalidação da inscrição como estagiário. Consequente outorga, ao impetrante, de inscrição, nos quadros da OAB, como advogado. Utilização, para tal finalidade, da ação de *habeas corpus*. Inadequação absoluta do meio processual utilizado. Cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus* (1926). Inadmissibilidade da ação de *habeas corpus* como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido.

Decisão: **Trata-se** de *"habeas corpus"*, com pedido de medida liminar, **em que são apontados**, como autoridades **e** órgãos coatores, a *"Presidência da República, Ministro da Educação, Presidente do Conselho Nacional da OAB, Presidente da OAB/RJ, Ministro das Comunicações e STF"*.

Busca-se, *em síntese*, **nesta** sede processual, (**a**) *"**que o autor tenha imediatamente restabelecida** a condição de ir e vir **com seus pertences**, hoje apropriados pela Presidência da República (...)*"; (**b**) *"**que**, **de imediato**, **haja o cancelamento** da inscrição suplementar, que contém o número de identificação do impetrante junto à OAB/RJ, **e que se expeça carteira** com o nome do autor (...)"*; (**c**) *"**que o julgador**, por si mesmo ou submetido ao Plenário, **declare a inconstitucionalidade** da lei que exige prova, **para exercer** função de advogado*" (**grifei**).

Sendo esse o contexto, *passo a examinar* a questão pertinente **à admissibilidade**, *na espécie*, **da presente** ação de "*habeas corpus*".

Tenho para mim que se revela processualmente inviável a presente impetração, **por tratar-se** de matéria **insuscetível** de exame em sede de "*habeas corpus*".

Como se sabe, **a ação** de "*habeas corpus*" **destina-se**, *unicamente*, a amparar *a imediata liberdade de locomoção física* das pessoas, *revelando-se estranha*, à sua **específica** finalidade jurídico-constitucional, *qualquer* pretensão que vise a desconstituir atos *que não se mostrem ofensivos*, ainda que potencialmente, *ao direito de ir, de vir e de permanecer* das pessoas.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, *atento à destinação constitucional* do "*habeas corpus*", **não tem conhecido** do remédio heroico, **quando** utilizado, *como no caso*, em situações **de que não resulte** *qualquer possibilidade* de ofensa ao "*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*" (**RTJ** 116/523 – **RTJ** 141/159).

A ação de "***habeas corpus***", *portanto*, **enquanto** remédio jurídico-constitucional **revestido** de finalidade específica, *não pode* **ser utilizada** *como sucedâneo de outras* ações judiciais, **notadamente** naquelas hipóteses em que o *direito-fim* (**ou** *direito-escopo*, **na expressão feliz** de PEDRO LESSA) **não se identifica** – *tal como neste caso ocorre* – com a própria liberdade **de locomoção física**.

É que entendimento diverso conduziria, *necessariamente*, **à descaracterização** desse instrumento tutelar da liberdade de locomoção. *Não se pode desconhecer* que, *com a cessação da doutrina brasileira do* "*habeas corpus*", **motivada** pela Reforma Constitucional de 1926, **restaurou-se**, em nosso sistema jurídico, **a função clássica** desse remédio heroico. **Por tal razão**, **não se revela suscetível** de conhecimento a ação de "*habeas corpus*", **quando** promovida contra ato estatal **de que não resulte**, *de modo imediato*, ofensa, *atual* **ou** *iminente*, à liberdade **de locomoção física** (**RTJ** 135/593 – **RTJ** 136/1226 – **RTJ** 142/896 – **RTJ** 152/140- **RTJ** 178/1231 – **RTJ** 180/962 – **RTJ** 197/587-588, *v.g.*):

> ***A função clássica do "habeas corpus" restringe-se à estreita tutela da imediata liberdade de locomoção física das pessoas.***
>
> *– A ação de "**habeas corpus**" – **desde que inexistente** qualquer situação de dano efetivo **ou** de risco potencial ao "**jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**" – não se revela cabível, **mesmo** quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória **definitivamente** executada.*
>
> ***Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional** de 1926 – **que importou na cessação da doutrina brasileira do** "**habeas corpus**" – haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, **destinando-o**, quanto à sua finalidade, à **específica** tutela jurisdicional da **imediata** liberdade **de locomoção física** das pessoas. **Precedentes**.* [**RTJ 186/261-262**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Vale insistir, *bem por isso*, **na asserção** de que o "***habeas corpus***", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** um poderoso meio de cessação do **injusto** constrangimento ao estado de liberdade *de locomoção física* das pessoas. **Se** essa liberdade **não** se expõe a **qualquer** tipo de cerceamento, **e se** o direito de ir, vir ou permanecer **sequer** se revela ameaçado, *nada justifica o emprego* do remédio heroico do "*habeas corpus*", por **não** estar em causa a liberdade *de locomoção física*:

> ***CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS": CABIMENTO. CF, art. 5º, LXVIII.***
>
> ***I – O "habeas corpus" visa a proteger a liberdade de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar)por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros. CF, art. 5º, LXVIII.***
>
> ***II** – Habeas corpus indeferido, liminarmente. Agravo **não provido**.* [**HC 82.880-AgR/SP**, rel. min. CARLOS VELLOSO, **Pleno** – **Grifei**.]

Cabe reafirmar, *desse modo*, **que esse remédio constitucional**, *considerada a sua específica destinação tutelar*, **tem por finalidade amparar**, em sede

jurisdicional, "***única e diretamente**, a liberdade de locomoção. Ele se destina **à estreita** tutela **da imediata liberdade física** de ir e vir dos indivíduos (...)*" (**RTJ** 66/396 – **RTJ** 177/1206-1207 – **RT** 423/327 – **RT** 338/99 – **RF** 213/390 – **RF** 222/336 – **RF** 230/280, *v.g.*), **excluída**, *portanto*, **a possibilidade** de se questionar, *no âmbito* do processo de "*habeas corpus*", **como ora pretendido** pelo impetrante, **a legitimidade constitucional** *do Estatuto da Advocacia* (**Lei** 8.906/1994), **no ponto** em que tornou exigível, **para efeito** de inscrição nos quadros da OAB, **a** "***aprovação em Exame de Ordem***" (art. 8º, IV, e § 1º).

Inadmissível, *por igual*, **consideradas** *as mesmas razões* que venho de expor, **a utilização** do presente "*writ*" constitucional para, **mediante concessão** da ordem de "*habeas corpus*", **invalidar-se** a inscrição do ora impetrante *como estagiário* (**Lei 8.906/1994**, art. 9º), **a fim de substituí-la** *por inscrição definitiva* **como advogado**.

Mesmo que fosse admissível, *na espécie*, o remédio de *"habeas corpus"* (*e não o é!*), **ainda assim** referida ação constitucional **mostrar-se-ia insuscetível** de conhecimento, **eis que** o impetrante **sequer** indicou a existência **de ato concreto** que **pudesse** ofender, *de modo direto e imediato*, o direito de ir, vir **e** permanecer do ora paciente.

Como se sabe, a ação de "*habeas corpus*" **exige**, *para efeito de cognoscibilidade*, a indicação – **específica e individualizada** – de fatos concretos cuja ocorrência possa repercutir na esfera **da imediata** liberdade de locomoção física dos indivíduos.

O fato irrecusável, *desse modo*, é que, **sem a precisa indicação**, pelo autor do "*writ*", **de atos concretos e específicos**, **não há como reputar processualmente viável** o ajuizamento da ação constitucional de "*habeas corpus*".

Esse entendimento **é perfilhado** por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO ("**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**", vol. VII/277, item n. 1.372, 2000, Bookseller), **em abordagem na qual enfatiza** *a imprescindibilidade da concreta indicação do ato coator*:

> ***A petição deve**, pois, **conter todos os requisitos** de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre a violência, suas causas, sua ilegalidade. Não se faz mister, porém, que a petição esteja instruída com o conteúdo da ordem pela qual o paciente está preso, porque esta falta não pode prejudicar, e é perfeitamente sanável.*
>
> ***A petição**, dando parte da espécie de constrangimento, que o paciente sofre, ou está na iminência de sofrer, deve argumentar no sentido de convencer da ilegalidade da violência, ou coação (...).*
>
> *É óbvio, **há todo interesse**, para o requerente, **em precisar os fatos**, **tão pormenorizada**, **tão circunstancialmente**, quanto lhe for possível, pois melhor se orientará a autoridade judiciária, a que é submetida a espécie (...).* [**Grifei**.]

Daí a observação feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES ("**Recursos no Processo Penal**", p. 362, item 242, 5. ed., 2008, RT):

*O Código **exige**, finalmente, a menção à espécie de constrangimento e, no caso de ameaça, as razões em que se funda o temor, ou seja, **a indicação dos fatos que constituem a** "**causa petendi**".* [**Grifei**.]

Esse entendimento doutrinário – *que repele a utilização* do instrumento constitucional do "*habeas corpus*", **quando ausente**, na petição de impetração, **menção específica a fatos concretos** ensejadores da **alegada** situação de injusto constrangimento (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1756, item 654.7, 11. ed., 2007, Atlas; FERNANDO CAPEZ, "**Curso de Processo Penal**", p. 529, item 20.15.10, 14. ed., 2007, Saraiva; TALES CASTELO BRANCO, "**Teoria e Prática dos Recursos Criminais**", p. 158, item 156, 2003, Saraiva) – **reflete-se**, *por igual*, **na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, que, *a propósito do tema*, **assim se tem pronunciado**:

"***HABEAS CORPUS*** *– IMPETRAÇÃO* ***QUE NÃO INDICA*** *QUALQUER COMPORTAMENTO* ***CONCRETO*** *ATRIBUÍDO À AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – PEDIDO* ***NÃO CONHECIDO***.

Torna-se insuscetível de conhecimento o "habeas corpus" *em cujo âmbito o impetrante* ***não indique qualquer ato concreto*** *que revele,* ***por parte*** *da autoridade apontada como coatora,* ***a prática*** *de comportamento abusivo* ***ou*** *de conduta revestida de ilicitude.* [**RTJ 159/894**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Não há como admitir *o processamento da ação de habeas corpus,* ***se*** *o impetrante* ***deixa de atribuir*** *à autoridade apontada como coatora* ***a prática de ato concreto*** *que evidencie a ocorrência de um* ***específico*** *comportamento abusivo ou revestido de ilegalidade.* [**RTJ 164/193-194**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.]

É por tal motivo que a ausência **de precisa** indicação *de atos concretos e específicos* **inviabiliza**, *processualmente*, **o conhecimento** da ação constitucional de "*habeas corpus*", **como tem advertido o Plenário** desta Suprema Corte (**HC 83.966-AgR/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Vê-se, *portanto*, que a pretensão **deduzida** nesta sede processual *claramente* **evidencia** que o ora impetrante, *na realidade*, **pretende questionar** *"in abstracto"* – sem **qualquer** referência **concreta** pertinente a uma situação específica – **a própria** constitucionalidade de *"Lei que exige prova, para exercer função de advogado*".

Cabe ter presente, bem por isso, **na perspectiva** do caso ora em exame, que o remédio de "*habeas corpus*" **não pode** ser utilizado **como** (*inadmissível*) **sucedâneo** da ação direta de inconstitucionalidade, **eis que** o ora impetrante **não dispõe**, **para efeito** de ativação da jurisdição constitucional **concentrada** do Supremo Tribunal Federal, **da necessária** legitimidade ativa "*ad causam*" *para o processo de controle normativo abstrato*:

1. "HABEAS CORPUS". Declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais. Caráter principal da pretensão. Inadmissibilidade. Remédio que não se presta a controle abstrato de constitucionalidade. Pedido não

***conhecido. Ação de "habeas corpus" não se presta a controle abstrato de constitucionalidade de lei** (...).* [**HC 81.489/SP**, rel. min. CEZAR PELUSO, **Segunda Turma – Grifei.]**

Registro, *finalmente*, **por relevante**, que juízes do Supremo Tribunal Federal, em contexto **semelhante** ao que emerge deste processo, **não têm conhecido** de ações de "*habeas corpus*", **considerado** o fundamento de que o remédio heroico **não pode ser utilizado** *como sucedâneo* da ação direta de inconstitucionalidade (**HC 74.991/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 95.921/RN**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 96.238/DF**, rel. min. MENEZES DIREITO – **HC 96.301/SP**, rel. min. ELLEN GRACIE – **HC 96.425/SP**, rel. min. EROS GRAU – **HC 96.748/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 97.763/SP**, rel. min. JOAQUIM BARBOSA –**HC 103.998/SP**, rel. min. GILMAR MENDES, *v.g.*).

Sendo assim, e em face das razões expostas, **não conheço** da presente ação de "*habeas corpus*", **restando prejudicado**, *em consequência*, **o exame** do pedido de medida liminar.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 4 de agosto de 2011 — Celso de Mello, relator.

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 112.487 — PR

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Paciente: André Luiz do Nascimento — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal Militar

Decisão: **Trata-se** de "*habeas corpus*", com pedido de medida cautelar, **impetrado** contra decisão que, **proferida** pelo e. Superior Tribunal Militar, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim **ementado**:

> "***Habeas corpus***". ***Deserção*** *(CPM, art. 187).* ***Ausência desautorizada de militar*** *ao quartel* ***por mais*** *de oito dias.* ***Alegação*** *da defesa* ***de ilegalidade*** *da prisão preventiva* ***que fere*** *as garantias constitucionais.* ***Improcedência***. ***O crime de deserção é classificado como propriamente militar, recebendo*** *tratamento diferenciado pelo legislador* ***ao excepcionar*** *a prisão cautelar.* ***Não havendo ilegalidade ou abuso de poder****, impõe-se a denegação da ordem de "habeas corpus". "****Habeas corpus" denegado. Decisão unânime****.* [**HC 148-38.2011.7.00.0000/PR**, rel. min. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR – **Grifei**.]

Postula-se, em sede liminar, **seja garantido**, ao ora paciente, **o exercício do direito de estar** em liberdade, "***a fim de evitar*** *que ele seja* ***automaticamente*** *preso mediante a* ***invocação*** *pura* ***e*** *simples* ***da vedação legal*** *de concessão de liberdade provisória para os acusados da prática do crime de* ***deserção****, prevista no Código de Processo Penal Militar*" (**grifei**).

Passo, *desse modo*, **à análise** do pedido de medida liminar. **E**, *ao fazê-lo*, **observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, *na espécie*, **o acolhimento** da pretensão cautelar deduzida pela parte impetrante.

Cumpre ter presente, *por relevante*, **no que concerne à discussão** em torno da prisão cautelar **prevista** no art. 453 do CPPM, **que a colenda** Segunda Turma **desta** Suprema Corte **firmou orientação** no sentido de que a Justiça Militar **deve justificar**, *em cada situação ocorrente*, **a imprescindibilidade** da adoção de medida constritiva do "*status libertatis*" do indiciado/réu, *sob pena de caracterização* de ilegalidade **ou** de abuso de poder **na decretação** de prisão **meramente** processual:

> "***Habeas corpus***". ***1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação*** *de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM)* ***que revogou*** *a liberdade provisória do paciente* ***por ausência de indicação*** *de elementos concretos* ***aptos a lastrear*** *a custódia cautelar.* ***2. Crime militar de deserção*** *(CPM, art. 187).* ***3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM*** *("Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo").* ***O acórdão impugnado aplicou a tese*** *de que o art. 453 do CPPM* ***estabelece*** *o prazo de sessenta dias* ***como obrigatório para a custódia cautelar*** *nos crimes de deserção.* ***4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF)****, a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os sessenta*

dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O "Parquet" ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. ***5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida****, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado* ***e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação*** *às prisões preventivas em geral,* ***deve indicar elementos concretos*** *aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (****CF****, art. 5º, XV –* ***HC 84.662/BA****, rel. min. Eros Grau, Primeira Turma, unânime, DJ de 22-10-2004;* ***HC 86.175/SP****, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ de 10-11-2006;* ***HC 87.041/PA****, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, maioria, DJ de 24-11-2006; e* ***HC 88.129/SP****, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ de 17-8-2007).* ***6. O acórdão impugnado****, entretanto,* ***partiu da premissa*** *de que a prisão preventiva,* ***nos casos*** *em que se apure suposta prática do* ***crime de deserção*** *(CPM, art. 187),* ***deve ter duração automática*** *de sessenta dias.* ***A decretação judicial da custódia cautelar deve atender****,* ***mesmo na Justiça castrense****, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP.* ***Precedente citado****:* ***HC 84.983/SP****, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, DJ de 11-3-2005.* ***Ao reformar a decisão*** *do Conselho Permanente de Justiça do Exército,* ***o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos****.* ***Isto é****, o acórdão impugnado* ***limitou-se*** *a fixar, "in abstracto", a tese de que "é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM".* ***É dizer****, o acórdão impugnado* ***não conferiu*** *base empírica idônea* ***apta a fundamentar****, de modo concreto,* ***a constrição provisória*** *da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX).* ***Precedente citado****:* ***HC 65.111/RJ****, julgado em 29-5-1987, rel. min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ de 21-8-1987).* ***7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura*** *em favor do ora paciente.* [**HC 89.645/PA**, rel. min. GILMAR MENDES – **Grifei**.]

Impende rememorar, *quanto ao aspecto ora ressaltado*, **valioso precedente** emanado *do próprio* e. Superior Tribunal Militar, **no qual se acentuou que a prisão processual** prevista no dispositivo inscrito no art. 453 do CPPM **não prescinde** da demonstração da existência *de situação de real necessidade*, **apta a ensejar**, *ao Estado*, **quando efetivamente configurada**, **a adoção** – *sempre excepcional* – dessa medida constritiva de caráter pessoal:

"***HABEAS CORPUS***". ***LIBERDADE PROVISÓRIA***.

1. A nova sistemática constitucional *referente a prisão cautelar* ***fundada no respeito*** *à dignidade da pessoa humana,* ***no princípio*** *da presunção de inocência,* ***no "due process of law" e na garantia*** *da motivação* ***de todas*** *as decisões judiciais,* ***impede a prisão processual*** *do cidadão* ***sem que haja concretas razões*** *que impeçam a manutenção da liberdade individual.*

2. Dispositivos*,* ***como o arts. 270 e 453*** *do Código de Processo Penal Militar,* ***que vedam*** *"ex lege",* ***sem motivação****,* ***a concessão*** *de liberdade provisória,* ***são incompatíveis*** *com a ordem constitucional.* ***Não tem cabimento****, portanto,* ***o entendimento segundo o qual*** *o acusado pelo crime de deserção* ***deve permanecer preso*** *por 60 (sessenta) dias, até que se julgue a ação penal.*

3. A superveniência de decisão condenatória recorrível, em nada altera a ilegalidade *de prisão mantida* ***sem elementos concretos*** *a ensejarem a custódia cautelar. Se o acusado tinha direito à liberdade provisória até a sentença condenatória recorrível, inexistindo fato concreto que importasse necessidade da prisão processual para acautelar o feito, continuará tendo direito de permanecer em liberdade, enquanto recorre às superiores instâncias.*

4. Ordem concedida, por maioria, para cassar decisão *de 1º grau* ***que negava*** *ao acusado* ***o direito*** *de apelar em liberdade* ***e conceder-lhe*** *o referido direito* ***nos termos*** *do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, c/c o art. 467, "d", do CPPM.*

5. Decisão majoritária. [**HC 2008.01.034520-5/CE**, rel. min. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH – **Grifei**.]

Todos sabemos *que a privação cautelar da liberdade individual* é **sempre** qualificada **pela nota da excepcionalidade**. **Não obstante o caráter extraordinário** de que se reveste, a prisão preventiva **pode** efetivar-se, **desde que** o ato judicial que a formalize **tenha fundamentação substancial**, **apoiada em elementos concretos e reais** que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – **autorizadores** da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal (**RTJ 134/798**, rel. p/ o ac. min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão que esta Corte, **em pronunciamento** sobre a matéria (**RTJ** 64/77), **tem acentuado**, *na linha de autorizado magistério doutrinário* (JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 376, 2. ed., 1994, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "**Curso Completo de Processo Penal**", p. 250, item 3, 9. ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "**Manual de Processo Penal**", p. 243/244, 1991, Saraiva), **que**, uma vez **comprovada a materialidade** dos fatos delituosos **e constatada** a existência de meros **indícios** de autoria – **e desde que concretamente ocorrente qualquer** das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, **torna-se legítima** a decretação, pelo Poder Judiciário, **dessa especial** modalidade de prisão cautelar.

Para que se legitime a prisão cautelar, *no entanto*, **impõe-se** que os órgãos judiciários competentes, **inclusive** aqueles estruturados **no âmbito** da Justiça Militar, **tenham presente** a advertência do Supremo Tribunal Federal **no sentido** *da estrita observância de determinadas exigências* (**RTJ** 134/798), **em especial** a demonstração – **apoiada** em decisão **impregnada** de fundamentação substancial – *que evidencie a imprescindibilidade*, em cada situação ocorrente, **da adoção** da medida constritiva do "*status libertatis*" do indiciado/réu, *sob pena de caracterização* de ilegalidade **ou** de abuso de poder **na decretação** da prisão **meramente** processual (**RTJ 180/262-264**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 80.892/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Com efeito, **nada impede** que o Poder Judiciário **decrete**, *excepcionalmente*, **a prisão cautelar** do indiciado **ou** do réu, *desde que existam*, no entanto, **quanto** a ela, **reais motivos evidenciadores da necessidade** de adoção **dessa extraordinária** medida constritiva de ordem pessoal (**RTJ 193/936**, rel. min. CELSO DE MELLO – **HC 71.644/MG**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A denegação, *ao indiciado* **ou** *ao acusado*, **do direito** de permanecer em liberdade **depende**, *para legitimar-se*, **da ocorrência concreta** de qualquer das hipóteses **referidas** no art. 312 do CPP (**RTJ 195/603**, rel. min. GILMAR MENDES – **HC 84.434/SP**, rel. min. GILMAR MENDES – **HC 86.164/RO**, rel. min. AYRES BRITTO, *v.g.*), **a significar**, *portanto*, que, **inexistindo** fundamento autorizador da privação **meramente** processual da liberdade do réu, **esse ato de constrição** reputar-se-á ilegal, **porque destituído**, *em referido contexto*, **da necessária cautelaridade** (**RTJ** 193/936):

> ***PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL***.
>
> *– **A privação cautelar** da liberdade individual **reveste-se** de caráter excepcional, **somente devendo ser decretada** em situações **de absoluta necessidade**.*
>
> *A prisão processual, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe** – **além da satisfação dos pressupostos** a que se refere o art. 312 do CPP (**prova** da existência material do crime **e** indício suficiente de autoria) – **que se evidenciem**, **com fundamento em base empírica idônea**, razões justificadoras **da imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do indiciado **ou** do réu.*
>
> *– **A questão da decretabilidade** da prisão cautelar. **Possibilidade excepcional**, **desde que satisfeitos** os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. **Necessidade da verificação concreta**, em cada caso, **da imprescindibilidade** da adoção **dessa medida extraordinária**. **Doutrina**. **Precedentes**.* [**HC 89.754/BA**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Em suma: a prisão cautelar ("***carcer ad custodiam***") – **que não se confunde** com a prisão penal ("***carcer ad poenam***") – **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** ideia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar "***em benefício** da atividade desenvolvida no processo penal*" (BASILEU GARCIA, "**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. III/7, item 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado**:

> ***A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU***.
>
> *– **A prisão preventiva não pode** – e não deve – ser utilizada, pelo poder público, como instrumento de **punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.*
>
> ***A prisão preventiva – que não deve** ser confundida com a prisão penal – **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se**, considerada a **função cautelar** que lhe é inerente, a atuar **em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal**.* [**RTJ 180/262-264**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, *no sentido de que se revela absolutamente*

inconstitucional a utilização, **com fins punitivos**, da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias constitucionais** da presunção de inocência **e** do devido processo legal, **com a consequente** (**e inadmissível**) prevalência da ideia – **tão cara** aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, **em um contexto** de julgamento **sem** defesa **e** de condenação **sem** processo (**HC 93.883/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Isso significa, *portanto*, que o instituto da prisão cautelar – **considerada a função exclusivamente processual** que lhe é inerente – **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover **a antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (**HC 89.501/GO**, rel. min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a assegurar**, *ao ora paciente*, nos autos da **Instrução Provisória de Deserção** 0000002-41.2011.7.05.0005 (Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar), **até** final julgamento **da presente** ação de "*habeas corpus*", o direito de **não sofrer** prisão cautelar **em decorrência** *da mera invocação* do art. 453 do CPPM.

Comunique-se, *com urgência*, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao e. Superior Tribunal Militar (**HC** 0000148-38.2011.7.00.0000/PR) **e** ao senhor juiz-auditor da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (**Instrução Provisória de Deserção** 0000002-41.2011.7.05.0005).

Publique-se.

Brasília, 16 de maio de 2012 — Celso de Mello, relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.224 — DF

Relator: O sr. ministro Celso de Mello

Recorrente: União — Recorrido: Fabrício Bassetti Moraes

Concurso público. Investigação social. Vida pregressa do candidato. Existência, contra ele, de procedimento penal. Exclusão do candidato. Impossibilidade. Transgressão ao postulado constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Recurso extraordinário improvido.

– A exclusão de candidato regularmente inscrito em concurso público, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra ele, procedimento penal, sem que houvesse, no entanto, condenação criminal transitada em julgado, vulnera, de modo frontal, o postulado constitucional do estado de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes.

Decisão: **Trata-se de recurso extraordinário** interposto contra acórdão, que, **confirmado**, em sede de embargos de declaração, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **está assim ementado**:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CURSO DE FORMAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Afronta o princípio constitucional da presunção de inocência *(art. 5º, LVII da Carta Magna),* ***a imediata exclusão de candidato*** *do concurso público que,* ***na fase*** *de investigação social,* ***esteja respondendo*** a ação criminal, ***cuja decisão condenatória não transitara em julgado***. ***Precedentes do STJ: REsp****. 795.174/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 1º-3-2010* ***e REsp****. 414.933/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 6-8-2007;* ***e do STF: AgRg no AI*** *769.433/CE, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 12-2-2010* ***e AgRg no RE*** *559.135/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJU 13-6-2008.*

2. No transcurso *do presente processo,* ***o candidato foi absolvido*** *da ação penal à qual respondia,* ***nos termos*** *do art. 386, VI do CPP, já tendo o acórdão transitado em julgado.*

3. Recurso ***conhecido e provido*** *para cassar o acórdão recorrido,* ***restabelecendo*** *a sentença monocrática.* [**Grifei**.]

A União Federal, **ao deduzir** este apelo extremo, **alega** que o Superior Tribunal de Justiça **teria** transgredido os preceitos inscritos no art. 5º, **inciso** LVII, **e** no art. 37, "*caput*", **ambos** da Constituição da República, **pois sustenta**, em suas razões recursais, *insurgindo-se* contra o julgamento emanado daquela Alta Corte judiciária, **que se mostra possível** *a imediata exclusão* de candidato do concurso público em que inscrito, **pelo fato** de estar respondendo a procedimento penal **contra** ele instaurado, **ainda que inexistindo** condenação penal **transitada** em julgado.

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** a controvérsia **suscitada** nesta sede processual. **E**, ao fazê-lo, **entendo revelar-se absolutamente inviável** o presente recurso extraordinário, **eis que** a pretensão jurídica **deduzida** pela União Federal **mostra-se colidente** *com a presunção constitucional de inocência*, **que se qualifica** como prerrogativa *essencial* de qualquer cidadão, **impregnada** de eficácia irradiante, **o que a faz** projetar-se **sobre todo** o sistema normativo, **consoante decidiu** o Supremo Tribunal Federal em julgamento **revestido** *de efeito vinculante* (**ADPF 144/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO).

Com efeito, a controvérsia suscitada **na presente** causa **já foi dirimida**, *embora em sentido diametralmente oposto* ao ora sustentado pela União Federal, **por ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal, que, *em diversos julgados*, **reafirmaram** a aplicabilidade, *aos concursos públicos*, **da presunção constitucional** do estado de inocência:

> ***AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA*** *DA SÚMULA 279.* ***AGRAVO IMPROVIDO.***
>
> ***I*** *–* ***Viola o princípio constitucional da presunção de inocência****, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal,* ***a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado*** *por sentença penal* ***extintiva*** *de punibilidade.*
>
> *II – A Súmula 279* ***revela-se inaplicável*** *quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal "a quo" atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte.*
>
> *III – Agravo regimental improvido.* [**RE 450.971-AgR/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei**.]

> ***AGRAVO REGIMENTAL*** *NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.* ***CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL*** *DO DISTRITO FEDERAL.* ***MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES****.*
>
> ***O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo*** *a inquérito* ***ou*** *ação penal,* ***sem*** *pena condenatória* ***transitada*** *em julgado,* ***fere*** *o princípio da presunção de inocência.*
>
> *Agravo regimental* ***a que se nega*** *provimento.* [**AI 741.101-AgR/DF**, rel. min. EROS GRAU – **Grifei**.]

Cumpre ressaltar, *por necessário*, que esse entendimento **vem sendo observado** em **sucessivos** julgamentos, **proferidos** no âmbito desta Corte, **a propósito** de questão **idêntica** à que ora se examina **nesta** sede recursal (**RTJ 177/435**, rel. min. MARCO AURÉLIO – **AI 769.433-AgR/CE**, rel. min. EROS GRAU – **RE 559.135-AgR/DF**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

Essa orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal **apoia-se** no fato de que a presunção de inocência – **que se dirige** ao Estado, para lhe impor

limitações ao seu poder, **qualificando-se**, *sob tal perspectiva*, **como típica garantia** de índole constitucional, **e que também se destina** ao indivíduo, **como direito fundamental** por este titularizado – **representa** uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua **permanente** luta **contra** a opressão do poder.

O postulado do estado de inocência, **ainda** que não se considere como presunção em sentido técnico, **encerra**, em favor **de qualquer** pessoa sob persecução penal, **o reconhecimento** de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, **que repele** suposições **ou** juízos *prematuros* de culpabilidade, **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em favor** da pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, portanto, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir do qual se descaracteriza** a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** o trânsito em julgado da condenação criminal. **Antes** desse momento – ***insista-se*** –, o Estado **não pode** tratar os indiciados ou réus **como se** culpados fossem. **A presunção** de inocência **impõe**, *desse modo*, ao poder público, **um dever** de tratamento **que não pode** ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, **tal** como tem sido *constantemente* **enfatizado** pelo Supremo Tribunal Federal:

> ***O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.***
>
> *– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (**CF**, art. 5º, LXI **e** LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais, que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos **e** garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.*
>
> ***Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime indigitado como grave, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (**CF**, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.*
>
> ***Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.*
>
> ***O princípio constitucional da presunção de inocência**, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o poder público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes**.* [**HC 95.886/RJ**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Mostra-se importante acentuar *que a presunção de inocência* **não se esvazia** *progressivamente*, à medida **em que se sucedem** os graus de jurisdição, **a significar** que, **mesmo** confirmada a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância (**ou** por qualquer órgão colegiado **de inferior** jurisdição), **ainda assim**

subsistirá, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, que **só** deixa de prevalecer – ***repita-se*** – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória.

Vale referir, *no ponto*, a esse respeito, **a autorizada advertência** do eminente professor LUIZ FLÁVIO GOMES, **em obra escrita** com o professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**", vol. 4/85-91, 2008, RT):

> ***O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência*** *(tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).*
>
> ***Trata-se de princípio consagrado não só*** *no art. 8º, 2, da Convenção Americana* ***senão também*** *(em parte) no art. 5°, LVII, da Constituição Federal,* ***segundo o qual toda pessoa se presume inocente até*** *que tenha sido declarada culpada por sentença* ***transitada*** *em julgado.* ***Tem previsão normativa desde 1789****, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*
>
> ***Do princípio da presunção de inocência*** *("todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade")* ***emanam duas regras****: (****a****)* ***regra de tratamento*** *e (****b****)* ***regra probatória****.*
>
> *"****Regra de tratamento****": o acusado* ***não pode ser tratado*** *como condenado* ***antes*** *do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5°, LVII).*
>
> ***O acusado****, por força da regra que estamos estudando,* ***tem o direito de receber a devida "consideração"*** *bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado.* ***Como "regra de tratamento"****, a presunção de inocência* ***impede qualquer antecipação*** *de juízo condenatório* ***ou de reconhecimento*** *da culpabilidade do imputado,* ***seja*** *por situações, práticas, palavras, gestos etc.,* ***podendo-se exemplificar****: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc.* **É contrária** *à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (****Corte Interamericana****, Caso Cantoral Benavides,* ***Sentença*** *de 18-8-2000, parágrafo 119).* [**Grifei**.]

Disso resulta, *segundo entendo*, **que a consagração constitucional** da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa **há de viabilizar**, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica **essencialmente** emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, **para todos e quaisquer** efeitos, **deve atuar**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação judicial, **como uma cláusula de insuperável bloqueio** à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou que restrinjam**, *seja* no domínio civil, *seja* no âmbito político, **a esfera jurídica** das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção de inocência **teria** pertinência e aplicabilidade **unicamente** restritas ao campo do direito penal **e** do direito processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, que a presunção de inocência, **embora** historicamente vinculada ao processo penal, **também irradia** os seus efeitos, **sempre** em favor das pessoas, **contra** o abuso de poder **e** a prepotência do Estado, **projetando-os** para esferas **não** criminais, **em ordem a impedir**, entre **outras** graves consequências no plano jurídico – **ressalvada a excepcionalidade** de hipóteses previstas **na própria** Constituição –, **que se formulem**, *precipitadamente*, contra **qualquer** cidadão, **juízos morais** fundados em situações juridicamente **ainda não** definidas (**e**, por isso mesmo, **essencialmente instáveis**) **ou**, então, **que se imponham**, ao réu, **restrições** a seus direitos, **não obstante inexistente** condenação judicial **transitada** em julgado.

O que se mostra relevante, a propósito **do efeito irradiante** da presunção de inocência, **que a torna aplicável** a processos (**e** a domínios) de natureza **não** criminal, **é a preocupação**, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais (**como** a exclusão de concurso público **motivada** pela mera existência de procedimento penal **em curso** contra o candidato) que veiculem, **prematuramente**, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, **desde logo**, *indevidamente* tratadas, pelo poder público, **como se** culpadas fossem, **porque presumida**, *por arbitrária antecipação* **fundada** em juízo **de mera** suspeita, **a culpabilidade** de quem figura, em processo penal **ou** civil, **como simples réu!**

Cabe referir, *por extremamente oportuno*, **que o Supremo Tribunal Federal**, em julgamento plenário (**RE 482.006/MG**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI), **e interpretando** a Constituição da República, **observou**, em sua decisão, essa **mesma** diretriz – *que faz incidir* a presunção constitucional de inocência **também** em domínio extrapenal –, **explicitando** que esse postulado constitucional **alcança quaisquer** medidas **restritivas** de direitos, **independentemente** de seu conteúdo **ou** *do bloco* que compõe, **se** *de direitos civis* **ou** *de direitos políticos*.

A exigência de coisa julgada, *tal como estabelecida* no art. 5º, **inciso** LVII, de nossa Lei Fundamental, **representa**, *na constelação axiológica* **que se encerra** em nosso sistema constitucional, **valor** de essencial importância **na preservação** da segurança jurídica **e** dos direitos do cidadão.

Mostra-se relevante acentuar, *por isso mesmo*, o alto significado **que assume**, em nosso sistema normativo, **a coisa julgada**, **pois**, *ao propiciar* a estabilidade das relações sociais, *ao dissipar* as dúvidas motivadas pela existência de controvérsia jurídica ("*res judicata pro veritate habetur*") **e** *ao viabilizar* a superação dos conflitos, **culmina** por consagrar a segurança jurídica, **que traduz**, na concreção de seu alcance, **valor** de transcendente importância política, jurídica e social, **a representar** um dos fundamentos estruturantes **do próprio** Estado democrático de direito.

Em suma: **a submissão** de uma pessoa **a meros** inquéritos policiais – **ou**, ainda, a persecuções criminais **de que não haja** derivado, *em caráter definitivo*, **qualquer** título penal condenatório – **não se reveste** de suficiente idoneidade jurídica **para autorizar** a formulação, **contra** o indiciado **ou** o réu, de juízo (**negativo**) de maus antecedentes, **em ordem a recusar**, ao que sofre a "*persecutio*

criminis", **o acesso** a determinados benefícios legais **ou o direito** de participar de concursos públicos:

> ***PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII). MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO (OU ARQUIVADOS), OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO, OU DE SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA, EM TAIS SITUAÇÕES, DE TÍTULO PENAL CONDENATÓRIO IRRECORRÍVEL. CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO, CONTRA O RÉU, COM BASE EM EPISÓDIOS PROCESSUAIS AINDA NÃO CONCLUÍDOS, DE JUÍZO DE MAUS ANTECEDENTES. PRETENDIDA CASSAÇÃO DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS". POSTULAÇÃO RECURSAL INACOLHÍVEL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.***
>
> *– **A formulação**, contra o sentenciado, **de juízo de maus antecedentes**, **para os fins e efeitos a que se refere** o art. 59 do Código Penal, **não pode apoiar-se** na mera instauração de inquéritos policiais (em andamento **ou** arquivados), **ou** na simples existência de processos penais **em curso**, ou, **até mesmo**, na ocorrência de condenações criminais **ainda sujeitas** a recurso.*
>
> ***É que não podem repercutir**, contra o réu, **sob pena de transgressão** ao postulado constitucional da não culpabilidade (**CF**, art. 5º, LVII), situações jurídico-processuais **ainda não definidas** por decisão **irrecorrível** do Poder Judiciário, **porque inexistente**, em tal contexto, título penal condenatório **definitivamente** constituído. **Doutrina**. **Precedentes**.* [**RE 464.947/SP**, rel. min. CELSO DE MELLO.]

Tal entendimento – que se revela **compatível** com a presunção constitucional "*juris tantum*" de inocência (**CF**, art. 5º, LVII) – **ressalta**, *corretamente*, **e com apoio** na jurisprudência dos Tribunais (**RT** 418/286 – **RT** 422/307 – **RT** 572/391 – **RT** 586/338), que processos penais **em curso**, **ou** inquéritos policiais **em andamento ou**, *até mesmo*, condenações criminais **ainda sujeitas** a recurso **não podem ser considerados**, enquanto episódios processuais **suscetíveis** de pronunciamento judicial **absolutório**, como elementos evidenciadores **de maus antecedentes** do réu (**ou** do indiciado) **ou** justificadores **da adoção**, *contra* eles **ou** o candidato, de medidas **restritivas** de direitos.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal **já decidiu**, por unânime votação, que "***Não podem repercutir**, contra o réu, situações jurídico-processuais **ainda não definidas** por decisão **irrecorrível** do Poder Judiciário, **especialmente** naquelas hipóteses **de inexistência** de título penal condenatório **definitivamente** constituído*" (**RTJ 139/885**, rel. min. CELSO DE MELLO).

O exame da presente causa **evidencia** que o acórdão ora impugnado **ajusta-se** à diretriz jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou** na matéria em análise, **o que desautoriza**, *por completo*, a postulação recursal **deduzida** pela União Federal.

Sendo assim, e pelas razões expostas, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para negar-lhe provimento**.

Publique-se.

Brasília, 14 de março de 2011 — Celso de Mello, relator.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct — Ação contra a União: foro de eleição. (...) ***Litisconsórcio ativo.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

PrSTF — ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Ilegitimidade ativa. Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (FENAFISP). Confederação sindical: não configuração. *Amicus curiae*: participação em razão da representatividade. CF/1988, art. 103, IX. ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrSTF — ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade inocorrente. Medida provisória: conversão em lei. Pressupostos constitucionais: relevância e urgência. ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrPn — ***Ação penal.*** Inquérito policial: prescindibilidade. Investigação pelo Ministério Público. Situação excepcional. Teoria dos poderes implícitos. CF/1988, art. 129, I. HC 91.613 *RTJ* 224/392

PrSTF — Ação penal. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

PrPn — ***Ação penal privada.*** Renúncia tácita ao direito de querela. Crime contra a honra: extinção da punibilidade. Queixa contra um dos signatários de relatório de CPI. Princípio da indivisibilidade: ofensa. CP/1940, art. 107, V, c/c art. 104. CPP/1941, arts. 48 e 49. Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn — Ação penal privada subsidiária da pública: descabimento. (...) ***Falsidade ideológica.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn — Ação penal pública incondicionada. (...) ***Falsidade ideológica.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrSTF Acórdão do TSE: execução imediata. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrPn Advertência do direito de permanecer calado: dever atribuído ao Poder Público. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.558 *RTJ* 224/473

PrSTF ***Agravo de instrumento.*** Inclusão em pauta: desnecessidade. Sustentação oral: descabimento. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), arts. 83, § 1º, III, e 131, § 2º. AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF ***Agravo de instrumento.*** Publicação do acórdão: desnecessidade. Acórdão do TSE: execução imediata. AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF Agravo de instrumento provido para subida de recurso extraordinário denegado: irrecorribilidade. (...) ***Agravo regimental.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

PrSTF ***Agravo regimental.*** Não conhecimento. Agravo de instrumento provido para subida de recurso extraordinário denegado: irrecorribilidade. Exceção: intempestividade do agravo de instrumento ou defeito em sua formação. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 305. AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

Ct Aldeamento indígena extinto antes da Constituição de 1891. (...) ***Bem público.*** ADI 255 *RTJ* 224/162

Pn Alegação de inconstitucionalidade: improcedência. (...) ***Embriaguez ao volante.*** HC 109.269 *RTJ* 224/528

PrPn Ambiente estranho ao da administração das Forças Armadas. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

PrSTF *Amicus curiae*: participação em razão da representatividade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrCv Análise de mérito pelo Poder Judiciário: impossibilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrPn Apelação em liberdade: impossibilidade. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 108.752 *RTJ* 224/520

Pn Aplicação gradual das medidas socioeducativas: desnecessidade. (...) ***Medida socioeducativa.*** RHC 104.144 *RTJ* 224/505

Adm ***Aposentadoria.*** Concessão. Tempo de serviço como aluno-aprendiz: cômputo. Nova interpretação da Súmula 96 do TCU: inaplicabilidade. MS 28.399-AgR *RTJ* 224/327

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Preceito fundamental: direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Controvérsia judicial relevante: comprovação da existência de múltiplas ações. Inexistência de outro meio eficaz. Prin-

cípio da subsidiariedade. CF/1988, arts. 196 e 225. Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. ADPF 101 *RTJ* 224/11

Pn ***Arma de fogo.*** Porte ilegal. Arma desmuniciada. Tipicidade da conduta: configuração. HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn ***Arma de fogo.*** Porte ilegal. Armas históricas. Perícia: possibilidade de uso. Tipicidade da conduta: configuração. HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn Arma desmuniciada. (...) ***Arma de fogo.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn Armas históricas. (...) ***Arma de fogo.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

PrPn Arquivamento requerido pelo Ministério Público: irrecusabilidade. (...) ***Inquérito policial.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Atipicidade da conduta. (...) ***Inquérito policial.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn Atipicidade da conduta. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

Pn Ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 101.366 *RTJ* 224/500 – RHC 104.144 *RTJ* 224/505

Ct Atos normativos proibitivos da importação de pneus usados: constitucionalidade. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Trbt Atuação do STF como legislador positivo: inadmissibilidade. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

PrPn Ausência de contraditório prévio: possibilidade de nulidade absoluta. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

Ct Autores domiciliados em Estados diversos: irrelevância. (...) ***Litisconsórcio ativo.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

Ct ***Auxílio-moradia.*** Extensão a inativo: impossibilidade. Membros do Ministério Público de Rondônia. Normas gerais sobre remuneração no âmbito do MP: observância obrigatória pelos Estados-membros. CF/1988, art. 127, § 2º: ofensa. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP). Lei Complementar estadual 24/1989/RO, art. 3º, § 3º, redação da Lei Complementar estadual 281/2003/RO: inconstitucionalidade formal. ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Ct ***Auxílio-moradia.*** Natureza indenizatória. Caráter perpétuo: ausência. Membros do Ministério Público de Rondônia. Extensão a inativo: impossibilidade. Princípio da isonomia, da razoabilidade e da moralida-

de: ofensa. Súmula 680 do STF. Lei Complementar estadual 24/1989/RO, art. 3º, § 3º, redação da Lei Complementar estadual 281/2003/RO: inconstitucionalidade material. ADI 3.783 *RTJ* 224/318

B

Ct ***Bem público.*** Aldeamento indígena extinto antes da Constituição de 1891. Terra devoluta de Estado-membro. CF/1988, art. 20, I e XI. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul/1989, art. 7º, X: interpretação conforme à Constituição. ADI 255 *RTJ* 224/162

Trbt Benefício fiscal: impossibilidade de extensão. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Ct Calúnia e difamação. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Caráter excepcional. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

Trbt Caráter extrafiscal: incentivo à indústria nacional. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

Ct Caráter perpétuo: ausência. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Ct Cargo de direção: reserva de lei complementar. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

TrGr Categorias profissionais afins: contador e contabilista. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrPn Causa legal de sigilo ou reserva da conversação: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Int CC/2002, art. 1.521, VI. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

Trbt CF/1969, art. 23, II, redação da EC 23/1983. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).*** AI 489.155-AgR *RTJ* 224/610

Ct CF/1988, arts. 3º, I e IV; 5º, XXXIX; 170; e 207: ofensa inocorrente. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

TrGr CF/1988, art. 5º, XVII. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

Trbt	CF/1988, art. 5º, XXXVI. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629
Pn	CF/1988, art. 5º, XXXIX. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427
PrPn	CF/1988, arts. 5º, LIII, e 109, IV. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533
Adm	CF/1988, art. 5º, LVII. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709
Pn	CF/1988, art. 5º, LXIII. (...) ***Falsa identidade.*** RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639
PrPn	CF/1988, art. 5º, LXXVIII. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465
PrCv	CF/1988, art. 7º, XXI. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.022-AgR *RTJ* 224/205
TrGr	CF/1988, art. 8º, II: ofensa inocorrente. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547
Int	CF/1988, art. 12, § 1º. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479
Ct	CF/1988, art. 20, I e XI. (...) ***Bem público.*** ADI 255 *RTJ* 224/162
Ct	CF/1988, art. 53, *caput*, redação da EC 35/2001. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
Ct	CF/1988, arts. 93 e 96, I, *a*. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330
PrSTF	CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207
Ct	CF/1988, art. 109, § 2º. (...) ***Litisconsórcio ativo.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605
PrTr	CF/1988, art. 114, III, redação da EC 45/2004. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 596.525-AgR *RTJ* 224/624
Ct	CF/1988, art. 127, § 2º: ofensa. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318
PrPn	CF/1988, art. 129, I. (...) ***Ação penal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392
Trbt	CF/1988, art. 145, II. (...) ***Taxa de renovação de localização e de funcionamento.*** RE 588.322 *RTJ* 224/614
Ct	CF/1988, arts. 146, II, e 195, § 7º: ofensa inocorrente. (...) ***Entidade beneficente de assistência social.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Trbt CF/1988, art. 153, § 3º, II. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** AI 716.234-AgR *RTJ* 224/642

Ct CF/1988, arts. 170, I e VI e parágrafo único; 175, I e IV; 196; e 225. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrSTF CF/1988, arts. 196 e 225. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn Citação realizada por juiz de direito: defesa preliminar. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187

TrGr CLT/1943, art. 571. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

Pn Coação direta contra a liberdade de ir e vir: desnecessidade. (...) ***Redução a condição análoga à de escravo.*** Inq 3.412 *RTJ* 224/284

Pn Código de Trânsito Brasileiro (CTB), art. 306, redação da Lei 11.705/2008. (...) ***Embriaguez ao volante.*** HC 109.269 *RTJ* 224/528

Ct ***Competência.*** Presidente da Câmara dos Deputados ou da Mesa do Senado Federal. *Impeachment* de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Denúncia: recebimento. Possibilidade de rejeição: inépcia ou ausência de justa causa. MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrPn ***Competência criminal.*** Ex-deputado federal. Condição atual: suplente. Prerrogativa de foro inexistente. Competência do STF: cessação. Inq 3.341 *RTJ* 224/669

PrPn ***Competência criminal.*** Justiça Federal. Desacato contra militar do Exército praticado por civil. Natureza militar do crime: ausência. Ambiente estranho ao da administração das Forças Armadas. Pacificação de comunidade na cidade do Rio de Janeiro: atividade de segurança pública. Justiça Militar: incompetência absoluta. Princípio do juiz natural. CF/1988, arts. 5º, LIII, e 109, IV. HC 112.936 *RTJ* 224/533

PrPn Competência do STF: cessação. (...) ***Competência criminal.*** Inq 3.341 *RTJ* 224/669

PrPn ***Competência jurisdicional.*** Decisão monocrática. *Habeas corpus*: jurisprudência consolidada no STF. Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. CPC/1973, art. 557. Lei 8.038/1990, art. 38. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 192, *caput*, redação da Emenda Regimental 30/2009. HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrTr ***Competência jurisdicional.*** Justiça do Trabalho. Contribuição sindical: cobrança. Decisão de mérito anterior à EC 45/2004 na Justiça estadual: ausência. CF/1988, art. 114, III, redação da EC 45/2004. RE 596.525-AgR *RTJ* 224/624

PrSTF ***Competência jurisdicional.*** Turma do STF. Recurso extraordinário. Decisão do TSE. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 9º, III. AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrPn Complexidade da causa e pluralidade de réus. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

PrSTF Complexidade da causa e pluralidade de réus. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

Adm Concessão. (...) ***Aposentadoria.*** MS 28.399-AgR *RTJ* 224/327

Ct Concessão de bolsa a aluno de baixa renda. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Adm ***Concurso público.*** Investigação social: vida pregressa. Procedimento penal em curso contra o candidato. Condenação criminal transitada em julgado: inexistência. Exclusão do candidato do certame. Princípio da presunção de inocência: ofensa. CF/1988, art. 5º, LVII. RE 634.224 *RTJ* 224/709

Adm Condenação criminal transitada em julgado: inexistência. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709

PrPn Condição atual: suplente. (...) ***Competência criminal.*** Inq 3.341 *RTJ* 224/669

PrSTF Confederação sindical: não configuração. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrPn Conflito aparente de normas: Código Eleitoral e Código de Processo Penal. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

PrCv Consolidação da jurisprudência em sentido oposto ao do acórdão embargado. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

PrPn Constitucionalidade do Exame de Ordem. (...) ***Habeas corpus.*** HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

Ct Constituição do Estado do Rio Grande do Sul/1989, art. 7º, X: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Bem público.*** ADI 255 *RTJ* 224/162

Pn Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 101.366 *RTJ* 224/500

PrPn Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

PrTr Contribuição sindical: cobrança. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 596.525-AgR *RTJ* 224/624

Trbt ***Contribuição social.*** PIS e Cofins. Prazo para repetição de indébito: inovação legislativa. Jurisprudência consolidada quando do advento da lei pretensamente interpretativa: RE 566.621. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: observância. Princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

	CF/1988, art. 5º, XXXVI. Lei Complementar 118/2005, arts. 3º e 4º: impossibilidade de aplicação retroativa. RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629
PrPn	Controle jurisdicional: possibilidade. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392
PrSTF	Controvérsia judicial relevante: comprovação da existência de múltiplas ações. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11
Pn	Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo): ausência de lei formal. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427
PrPn	Conversa telefônica. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392
PrCv	Conversão em agravo regimental. (...) ***Embargos de declaração.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662
PrPn	CP/1940, art. 107, V, c/c art. 104. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
PrPn	CP/1940, art. 109, V. (...) ***Queixa.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
Pn	CP/1940, art. 115. (...) ***Prescrição.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687
Pn	CP/1940, art. 149, redação da Lei 10.803/2003. (...) ***Redução a condição análoga à de escravo.*** Inq 3.412 *RTJ* 224/284
PrPn	CPC/1973, art. 557. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687
Pn	CPM/1969, art. 290. (...) ***Crime militar.*** HC 98.253 *RTJ* 224/460
PrPn	CPP/1941, art. 38. (...) ***Queixa.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
PrPn	CPP/1941, arts. 48 e 49. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
PrPn	CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704
PrPn	CPP/1941, arts. 396 e 396-A, redação da Lei 11.719/2008. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693
PrPn	CPP/1941, arts. 396 e 397. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187
PrPn	CPPM/1969, art. 453. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704
Trbt	Creditamento: impossibilidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).*** AI 489.155-AgR *RTJ* 224/610

Trbt Creditamento: impossibilidade. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** AI 716.234-AgR *RTJ* 224/642

TrGr Criação por desmembramento. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

Pn Crime antecedente: necessidade. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

PrPn Crime contra a honra. (...) ***Queixa.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Crime contra a honra: extinção da punibilidade. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn Crime de perigo abstrato. (...) ***Embriaguez ao volante.*** HC 109.269 *RTJ* 224/528

PrPn Crime eleitoral: *iter procedimental*. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

Pn ***Crime militar.*** Posse de substância entorpecente. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. Disciplina e hierarquia militar: valores essenciais. CPM/1969, art. 290. HC 98.253 *RTJ* 224/460

Pn Crime-fim: tráfico de entorpecente na modalidade "fabricar". (...) ***Tráfico de entorpecente.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483

Pn Crime-meio: posse de matéria-prima e maquinário destinados à produção de entorpecente. (...) ***Tráfico de entorpecente.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483

Trbt CTN/1966, art. 111. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

Pn ***Culpabilidade.*** Erro sobre a ilicitude do fato: inocorrência. Porte ilegal de arma de fogo. Pretensão do acusado de registrar as armas: depoimento de testemunha. HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

D

PrTr Decisão de mérito anterior à EC 45/2004 na Justiça estadual: ausência. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 596.525-AgR *RTJ* 224/624

PrSTF Decisão do TSE. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

Pn Decisão fundamentada. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 101.366 *RTJ* 224/500 – RHC 104.144 *RTJ* 224/505

PrCv ***Decisão judicial.*** Importação de pneus: autorização com indeterminação temporal. Posterior modificação em arguição de descumprimento

de preceito fundamental: cessação dos efeitos. Efeitos executados e exauridos: impossibilidade de alteração. ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn Decisão monocrática. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrCv Decisão monocrática. (...) ***Embargos de declaração.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

Ct Denúncia: recebimento. (...) ***Competência.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrPn Denúncia: recebimento anterior à diplomação de deputado federal. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187

Ct Deputado federal. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Desacato contra militar do Exército praticado por civil. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

Ct Descumprimento de obrigação após adesão: sanção de natureza administrativa. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct Desembargador: elegibilidade. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

Ct Desenvolvimento econômico sustentável: responsabilidade intergeracional. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn Deserção. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

El Desfiliação sem justa causa. (...) ***Parlamentar.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrCv Devido processo legal: ofensa inocorrente. (...) ***Julgamento.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

Trbt Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: observância. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

PrPn Direito ao silêncio: garantia processual penal. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.558 *RTJ* 224/473

Pn Direito ao trabalho digno: violação intensa e persistente. (...) ***Redução a condição análoga à de escravo.*** Inq 3.412 *RTJ* 224/284

Pn Disciplina e hierarquia militar: valores essenciais. (...) ***Crime militar.*** HC 98.253 *RTJ* 224/460

PrCv Divergência de teses configurada. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

E

PrCv Efeitos executados e exauridos: impossibilidade de alteração. (...) ***Decisão judicial.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Trbt Efetivo exercício do poder de polícia: necessidade de comprovação. (...) ***Taxa de renovação de localização e de funcionamento.*** RE 588.322 *RTJ* 224/614

Ct Eleição de presidente. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

PrCv ***Embargos de declaração.*** Decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

PrCv ***Embargos de divergência.*** Pressupostos formais. Consolidação da jurisprudência em sentido oposto ao do acórdão embargado. Divergência de teses configurada. RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

Pn ***Embriaguez ao volante.*** Crime de perigo abstrato. Risco potencial de dano: desnecessidade de comprovação. Alegação de inconstitucionalidade: improcedência. Código de Trânsito Brasileiro (CTB), art. 306, redação da Lei 11.705/2008. HC 109.269 *RTJ* 224/528

Ct ***Entidade beneficente de assistência social.*** Instituição de ensino superior: isenção tributária. Programa Universidade para Todos (PROUNI): critério objetivo de contabilidade compensatória. Matéria reservada à lei complementar: inocorrência. CF/1988, arts. 146, II, e 195, § 7º: ofensa inocorrente. Lei 11.096/2005, arts. 8º, 10 e 11. ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrPn Entrevista espontânea concedida pelo acusado à imprensa. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.558 *RTJ* 224/473

Int Equiparação a brasileiro: necessidade de requerimento. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

Pn Erro sobre a ilicitude do fato: inocorrência. (...) ***Culpabilidade.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn "Escravidão moderna". (...) ***Redução a condição análoga à de escravo.*** Inq 3.412 *RTJ* 224/284

Pn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), arts. 112, § 1º, e 122, I. (...) ***Medida socioeducativa.*** RHC 104.144 *RTJ* 224/505

Pn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 122, I. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 101.366 *RTJ* 224/500

PrSTF Exceção: intempestividade do agravo de instrumento ou defeito em sua formação. (...) ***Agravo regimental.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

PrPn Excesso de prazo justificado. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

Adm Exclusão do candidato do certame. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709

PrPn Ex-deputado federal. (...) ***Competência criminal.*** Inq 3.341 *RTJ* 224/669

Ct Exercício de cargo de direção previsto em regimento interno: vice-corregedor. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

Trbt Existência de órgão de fiscalização: elemento prescindível. (...) ***Taxa de renovação de localização e de funcionamento.*** RE 588.322 *RTJ* 224/614

Int ***Expulsão de estrangeiro.*** Filho brasileiro. Guarda e dependência econômica: não comprovação. Impedimento legal inocorrente. Lei 6.815/1980, art. 75, II, *b*. HC 100.793 *RTJ* 224/479

Int ***Expulsão de estrangeiro.*** Português residente no Brasil. Equiparação a brasileiro: necessidade de requerimento. CF/1988, art. 12, § 1º. HC 100.793 *RTJ* 224/479

Int ***Expulsão de estrangeiro.*** Separação de fato em casamento anterior. União estável com brasileira: impossibilidade de reconhecimento. CC/2002, art. 1.521, VI. Lei 6.815/1980, art. 75, II, *a*. HC 100.793 *RTJ* 224/479

Ct Extensão a inativo: impossibilidade. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Trbt Extensão do benefício fiscal a empresa comerciante de pneus: impossibilidade. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

F

Pn ***Falsa identidade.*** Perante autoridade policial. Finalidade: acobertar maus antecedentes. Fato típico. Garantia constitucional da autodefesa: inaplicabilidade. CF/1988, art. 5º, LXIII. RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639

Pn ***Falsidade ideológica.*** Ação penal pública incondicionada. Ministério Público: inércia inocorrente. Ação penal privada subsidiária da pública: descabimento. Queixa: inadequação. Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn Fato típico. (...) ***Falsa identidade.*** RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639

PrSTF Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (FENAFISP). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

El Fidelidade partidária: ofensa. (...) ***Parlamentar.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

Int Filho brasileiro. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

Pn Finalidade: acobertar maus antecedentes. (...) ***Falsa identidade.*** RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639

PrPn Formação da *opinio delicti*. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

PrPn Fundamentação: necessidade. (...) ***Prisão cautelar.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

G

Pn Garantia constitucional da autodefesa: inaplicabilidade. (...) ***Falsa identidade.*** RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639

PrPn Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

PrPn Gravação por interlocutor. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Int Guarda e dependência econômica: não comprovação. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

H

PrPn *Habeas corpus*. (...) ***Julgamento.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483

PrPn ***Habeas corpus.*** Não conhecimento. Constitucionalidade do Exame de Ordem. Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. Sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade: impossibilidade. Lei 8.906/1994, art. 8º, IV e § 1º. HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

PrPn *Habeas corpus*: jurisprudência consolidada no STF. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

I

Pn Idade completada após a sentença condenatória. (...) ***Prescrição.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrSTF Ilegitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct *Impeachment* de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

Int Impedimento legal inocorrente. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

PrCv Importação de pneus: autorização com indeterminação temporal. (...) ***Decisão judicial.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Ct Importação de pneus remoldados do Mercosul: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Ct ***Importação de pneus usados.*** Proibição. Proteção à saúde e garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico sustentável: responsabilidade intergeracional. Atos normativos proibitivos da importação de pneus usados: constitucionalidade. Importação de pneus remoldados do Mercosul: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais. Princípio da livre iniciativa, da liberdade de comércio e da legalidade: ofensa inocorrente. Princípio da precaução: supremacia do interesse público. CF/1988, arts. 170, I e VI e parágrafo único; 175, I e IV; 196; e 225. ADPF 101 *RTJ* 224/11

Trbt ***Imposto de Importação.*** Benefício fiscal: impossibilidade de extensão. Previsão legal: inexistência. Atuação do STF como legislador positivo: inadmissibilidade. CTN/1966, art. 111. RE 405.579 *RTJ* 224/560

Trbt ***Imposto de Importação.*** Redução de alíquota. Montadora e fabricante de veículos: peças e insumos. Caráter extrafiscal: incentivo à indústria nacional. Extensão do benefício fiscal a empresa comerciante de pneus: impossibilidade. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. CTN/1966, art. 111. Lei 10.182/2001, art. 5º, § 1º, X. RE 405.579 *RTJ* 224/560

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).*** Creditamento: impossibilidade. Matéria-prima tributada. Produto final: isenção. CF/1969, art. 23, II, redação da EC 23/1983. AI 489.155-AgR *RTJ* 224/610

Trbt ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** Creditamento: impossibilidade. Insumo: isenção, alíquota zero ou não tributação. Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 153, § 3º, II. AI 716.234-AgR *RTJ* 224/642

Ct ***Imunidade parlamentar material.*** Deputado federal. Calúnia e difamação. Manifestação parlamentar em relatório de CPI. Nexo com o exercício do mandato. CF/1988, art. 53, *caput*, redação da EC 35/2001. Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrSTF Inclusão em pauta: desnecessidade. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF Inexistência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn ***Inquérito policial.*** Arquivamento requerido pelo Ministério Público: irrecusabilidade. Atipicidade da conduta. Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Inquérito policial: prescindibilidade. (...) ***Ação penal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Ct Instituição de ensino superior: isenção tributária. (...) ***Entidade beneficente de assistência social.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Trbt Insumo: isenção, alíquota zero ou não tributação. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** AI 716.234-AgR *RTJ* 224/642

PrSTF Inteiro teor: disponibilidade no gabinete do relator. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

Pn Internação por prazo indeterminado. (...) ***Medida socioeducativa.*** HC 101.366 *RTJ* 224/500 – RHC 104.144 *RTJ* 224/505

PrCv Interrupção: pedido de vista. (...) ***Julgamento.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrCv Intervalo razoável. (...) ***Julgamento.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrPn Investigação pelo Ministério Público. (...) ***Ação penal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Adm Investigação social: vida pregressa. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709

PrSTF Isenção tributária: Zona Franca de Manaus. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

J

PrCv ***Julgamento.*** Interrupção: pedido de vista. Nova publicação de pauta: desnecessidade. Intervalo razoável. Devido processo legal: ofensa inocorrente. RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrPn ***Julgamento.*** Voto médio. *Habeas corpus*. HC 100.946 *RTJ* 224/483

Trbt Jurisprudência consolidada quando do advento da lei pretensamente interpretativa: RE 566.621. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

PrTr Justiça do Trabalho. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 596.525-AgR *RTJ* 224/624

PrPn Justiça Federal. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

PrPn Justiça Militar: incompetência absoluta. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

L

PrCv Lacuna normativa anterior à edição da lei: inviabilidade do mandado de injunção. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.022-AgR *RTJ* 224/205

Pn ***Lavagem de dinheiro.*** Atipicidade da conduta. Crime antecedente: necessidade. Organização criminosa: tipo penal inexistente. Quadrilha ou bando e organização criminosa: distinção. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo): ausência de lei formal. CF/1988, art. 5º, XXXIX. Lei 9.034/1995, art. 1º, redação da Lei 10.217/2001. Lei 9.613/1998, art. 1º, VII, redação anterior à Lei 12.683/2012. HC 96.007 *RTJ* 224/427

Pn Lei 6.368/1976, arts. 12, § 1º, I; e 13, atualmente Lei 11.343/2006, arts. 33, *caput*, § 1º, I; e 34. (...) ***Tráfico de entorpecente.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483

Int Lei 6.815/1980, art. 75, II, *a*. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

Int Lei 6.815/1980, art. 75, II, *b*. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

PrPn Lei 8.038/1990, art. 4º. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187

PrPn Lei 8.038/1990, art. 38. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrPn Lei 8.906/1994, art. 8º, IV e § 1º. (...) ***Habeas corpus.*** HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

Pn Lei 9.034/1995, art. 1º, redação da Lei 10.217/2001. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

Pn Lei 9.613/1998, art. 1º, VII, redação anterior à Lei 12.683/2012. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Trbt Lei 10.182/2001, art. 5º, § 1º, X. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

Ct Lei 11.096/2005, arts. 2º, 7º e 9º. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct Lei 11.096/2005, arts. 8º, 10 e 11. (...) ***Entidade beneficente de assistência social.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Trbt Lei Complementar 118/2005, arts. 3º e 4º: impossibilidade de aplicação retroativa. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

Ct Lei Complementar estadual 24/1989/RO, art. 3º, § 3º, redação da Lei Complementar estadual 281/2003/RO: inconstitucionalidade formal. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Ct Lei Complementar estadual 24/1989/RO, art. 3º, § 3º, redação da Lei Complementar estadual 281/2003/RO: inconstitucionalidade material. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Ct Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP). (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

PrPn Liberdade de locomoção: ameaça inocorrente. (...) ***Habeas corpus.*** HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

PrPn Licitude. (...) ***Prova criminal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Ct ***Litisconsórcio ativo.*** Ação contra a União: foro de eleição. Autores domiciliados em Estados diversos: irrelevância. CF/1988, art. 109, § 2º. RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

Ct Loman/1979, arts. 99 e 102: interpretação. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

M

PrCv ***Mandado de injunção.*** Prejudicialidade. Superveniência da Lei 12.506/2011: regulamentação do aviso prévio. Lacuna normativa anterior à edição da lei: inviabilidade do mandado de injunção. CF/1988, art. 7º, XXI. MI 1.022-AgR *RTJ* 224/205

PrCv ***Mandado de segurança.*** Regular processamento legal de denúncia: observância. Análise de mérito pelo Poder Judiciário: impossibilidade. MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

Ct Manifestação parlamentar em relatório de CPI. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Manutenção. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465 – HC 108.752 *RTJ* 224/520

PrSTF Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

Ct Matéria reservada à lei complementar: inocorrência. (...) ***Entidade beneficente de assistência social.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Trbt Matéria-prima tributada. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).*** AI 489.155-AgR *RTJ* 224/610

PrSTF Medida provisória: conversão em lei. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Pn ***Medida socioeducativa.*** Internação por prazo indeterminado. Ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado. Decisão fundamentada. Aplicação gradual das medidas socioeducativas: desnecessidade. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), arts. 112, § 1º, e 122, I. RHC 104.144 *RTJ* 224/505

Pn ***Medida socioeducativa.*** Internação por prazo indeterminado. Ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado. Decisão fundamentada. Constrangimento ilegal inocorrente. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 122, I. HC 101.366 *RTJ* 224/500

PrPn Membro de organização criminosa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

Ct Membros do Ministério Público de Rondônia. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

PrPn ***Ministério Público.*** Poderes de investigação. Formação da *opinio delicti*. Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. Controle jurisdicional: possibilidade. HC 91.613 *RTJ* 224/392

Pn Ministério Público: inércia inocorrente. (...) ***Falsidade ideológica.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

El Modulação dos efeitos: data da resposta do TSE à Consulta 1.398/2007. (...) ***Parlamentar.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

Trbt Montadora e fabricante de veículos: peças e insumos. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

N

PrSTF Não conhecimento. (...) ***Agravo regimental.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

PrPn Não conhecimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

PrPn Narração do *modus operandi* de dois crimes. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.558 *RTJ* 224/473

Ct Natureza indenizatória. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

PrPn Natureza militar do crime: ausência. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

Ct Nexo com o exercício do mandato. (...) ***Imunidade parlamentar material.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Ct Normas gerais sobre remuneração no âmbito do MP: observância obrigatória pelos Estados-membros. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

Adm Nova interpretação da Súmula 96 do TCU: inaplicabilidade. (...) ***Aposentadoria.*** MS 28.399-AgR *RTJ* 224/327

PrCv Nova publicação de pauta: desnecessidade. (...) ***Julgamento.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

O

Pn Organização criminosa: tipo penal inexistente. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

P

PrPn Paciente: desconhecimento da substância. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 106.812 *RTJ* 224/512

PrPn Pacificação de comunidade na cidade do Rio de Janeiro: atividade de segurança pública. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

El ***Parlamentar.*** Fidelidade partidária: ofensa. Desfiliação sem justa causa. Resolução 22.610/2007-TSE: constitucionalidade. Modulação dos efeitos: data da resposta do TSE à Consulta 1.398/2007. AI 733.387 *RTJ* 224/646

Pn Perante autoridade policial. (...) ***Falsa identidade.*** RE 639.732-AgR *RTJ* 224/639

Pn Perícia: possibilidade de uso. (...) ***Arma de fogo.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

PrPn Periculosidade do réu. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

Trbt PIS e Cofins. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

PrPn Poderes de investigação. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Ct Poderes normativos dos tribunais: limites. (...) ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** MS 28.447 *RTJ* 224/330

Pn Porte ilegal. (...) ***Arma de fogo.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn Porte ilegal de arma de fogo. (...) ***Culpabilidade.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Int Português residente no Brasil. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

Pn Posse de substância entorpecente. (...) ***Crime militar.*** HC 98.253 *RTJ* 224/460

Ct Possibilidade de rejeição: inépcia ou ausência de justa causa. (...) ***Competência.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrCv Posterior modificação em arguição de descumprimento de preceito fundamental: cessação dos efeitos. (...) ***Decisão judicial.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn Posterior remessa dos autos ao STF: exame da possibilidade de absolvição sumária. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187

Trbt Prazo para repetição de indébito: inovação legislativa. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

PrSTF Preceito fundamental: direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrCv Prejudicialidade. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.022-AgR *RTJ* 224/205

PrSTF Prejudicialidade inocorrente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrPn Prerrogativa de foro inexistente. (...) ***Competência criminal.*** Inq 3.341 *RTJ* 224/669

Pn ***Prescrição.*** Redução de prazo: inocorrência. Réu maior de setenta anos. Idade completada após a sentença condenatória. CP/1940, art. 115. HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrPn Prescrição e decadência. (...) ***Queixa.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Ct Presidente da Câmara dos Deputados ou da Mesa do Senado Federal. (...) ***Competência.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrSTF Pressupostos constitucionais: relevância e urgência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

PrCv Pressupostos formais. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 451.907-EDv-AgR *RTJ* 224/605

Pn Pretensão do acusado de registrar as armas: depoimento de testemunha. (...) ***Culpabilidade.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Trbt	Previsão legal: inexistência. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560
PrPn	Primariedade e bons antecedentes. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 106.812 *RTJ* 224/512
PrPn	Princípio da ampla defesa. (...) ***Processo criminal.*** AP 630-AgR *RTJ* 224/187
PrPn	Princípio da colegialidade: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687
Pn	Princípio da consunção. (...) ***Tráfico de entorpecente.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483
Ct	Princípio da igualdade, da autonomia universitária e da livre iniciativa: ofensa inocorrente. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207
PrPn	Princípio da indivisibilidade: ofensa. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675
Pn	Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Crime militar.*** HC 98.253 *RTJ* 224/460
Trbt	Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560
Ct	Princípio da isonomia, da razoabilidade e da moralidade: ofensa. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318
PrSTF	Princípio da legalidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629
TrGr	Princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547
Ct	Princípio da livre iniciativa, da liberdade de comércio e da legalidade: ofensa inocorrente. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11
Trbt	Princípio da não cumulatividade: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).*** AI 716.234-AgR *RTJ* 224/642
PrSTF	Princípio da paridade de armas. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177
Ct	Princípio da precaução: supremacia do interesse público. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11
Adm	Princípio da presunção de inocência: ofensa. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709
PrPn	Princípio da razoável duração do processo: ofensa inocorrente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

Trbt Princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. (...) ***Contribuição social.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

PrSTF Princípio da subsidiariedade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

TrGr Princípio da unicidade sindical: mitigação. (...) ***Sindicato.*** RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrPn Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

PrPn Princípio do juiz natural. (...) ***Competência criminal.*** HC 112.936 *RTJ* 224/533

PrPn ***Prisão cautelar.*** Deserção. Fundamentação: necessidade. CPP/1941, art. 312. CPPM/1969, art. 453. HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

PrPn ***Prisão em flagrante.*** Relaxamento. Tráfico de entorpecente. Substância entorpecente encontrada na residência do acusado. Paciente: desconhecimento da substância. Primariedade e bons antecedentes. HC 106.812 *RTJ* 224/512

PrPn ***Prisão preventiva.*** Caráter excepcional. Punição antecipada: descabimento. HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Periculosidade do réu. Membro de organização criminosa. Constrangimento ilegal inocorrente. HC 98.620 *RTJ* 224/465

PrPn ***Prisão preventiva.*** Manutenção. Excesso de prazo justificado. Responsabilidade da defesa. Complexidade da causa e pluralidade de réus. Princípio da razoável duração do processo: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 5º, LXXVIII. HC 98.620 *RTJ* 224/465

PrPn ***Prisão preventiva.*** Manutenção. Sentença condenatória. Apelação em liberdade: impossibilidade. Tráfico de entorpecente. Risco de reiteração delitiva e garantia da ordem pública. HC 108.752 *RTJ* 224/520

Adm Procedimento penal em curso contra o candidato. (...) ***Concurso público.*** RE 634.224 *RTJ* 224/709

PrPn ***Processo criminal.*** Denúncia: recebimento anterior à diplomação de deputado federal. Citação realizada por juiz de direito: defesa preliminar. Posterior remessa dos autos ao STF: exame da possibilidade de absolvição sumária. Princípio da ampla defesa. CPP/1941, arts. 396 e 397. Lei 8.038/1990, art. 4º. AP 630-AgR *RTJ* 224/187

PrPn ***Processo criminal.*** Suspensão cautelar. Crime eleitoral: *iter procedimental*. Conflito aparente de normas: Código Eleitoral e Código de Processo Penal. Ausência de contraditório prévio: possibilidade de nulidade absoluta. Princípio do contraditório e da ampla defesa:

ofensa. CPP/1941, arts. 396 e 396-A, redação da Lei 11.719/2008. HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

Trbt Produto final: isenção. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM).*** AI 489.155-AgR *RTJ* 224/610

Ct Programa de ação afirmativa do Estado: adesão voluntária das universidades. (...) ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct ***Programa Universidade para Todos (PROUNI).*** Concessão de bolsa a aluno de baixa renda. Programa de ação afirmativa do Estado: adesão voluntária das universidades. Descumprimento de obrigação após adesão: sanção de natureza administrativa. Princípio da igualdade, da autonomia universitária e da livre iniciativa: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 3º, I e IV; 5º, XXXIX; 170; e 207: ofensa inocorrente. Lei 11.096/2005, arts. 2º, 7º e 9º. ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct Programa Universidade para Todos (PROUNI): critério objetivo de contabilidade compensatória. (...) ***Entidade beneficente de assistência social.*** ADI 3.330 *RTJ* 224/207

Ct Proibição. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

Ct Proteção à saúde e garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) ***Importação de pneus usados.*** ADPF 101 *RTJ* 224/11

PrPn ***Prova criminal.*** Licitude. Conversa telefônica. Gravação por interlocutor. Causa legal de sigilo ou reserva da conversação: ausência. HC 91.613 *RTJ* 224/392

PrPn ***Prova criminal.*** Prova ilícita: não configuração. Entrevista espontânea concedida pelo acusado à imprensa. Narração do *modus operandi* de dois crimes. Direito ao silêncio: garantia processual penal. Advertência do direito de permanecer calado: dever atribuído ao Poder Público. HC 99.558 *RTJ* 224/473

PrPn Prova ilícita: não configuração. (...) ***Prova criminal.*** HC 99.558 *RTJ* 224/473

PrSTF Publicação do acórdão: desnecessidade. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrPn Punição antecipada: descabimento. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 112.487-MC *RTJ* 224/704

Q

Pn Quadrilha ou bando e organização criminosa: distinção. (...) ***Lavagem de dinheiro.*** HC 96.007 *RTJ* 224/427

PrPn ***Queixa.*** Crime contra a honra. Prescrição e decadência. CP/1940, art. 109, V. CPP/1941, art. 38. Pet 4.934 *RTJ* 224/675

Pn Queixa: inadequação. (...) ***Falsidade ideológica.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

PrPn Queixa contra um dos signatários de relatório de CPI. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

R

PrSTF Recurso extraordinário. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Isenção tributária: Zona Franca de Manaus. Princípio da legalidade. Súmula 636 do STF. RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

Pn ***Redução a condição análoga à de escravo.*** "Escravidão moderna". Coação direta contra a liberdade de ir e vir: desnecessidade. Tipo penal: condutas alternativas. Direito ao trabalho digno: violação intensa e persistente. CP/1940, art. 149, redação da Lei 10.803/2003. Inq 3.412 *RTJ* 224/284

Trbt Redução de alíquota. (...) ***Imposto de Importação.*** RE 405.579 *RTJ* 224/560

Pn Redução de prazo: inocorrência. (...) ***Prescrição.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 9º, III. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), arts. 83, § 1º, III; e 131, § 2º. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 132. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

PrPn Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 192, *caput*, redação da Emenda Regimental 30/2009. (...) ***Competência jurisdicional.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 305. (...) ***Agravo regimental.*** AI 796.805-ED *RTJ* 224/662

PrCv Regular processamento legal de denúncia: observância. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 30.672-AgR *RTJ* 224/378

PrSTF Relatório: leitura resumida. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

PrPn Relaxamento. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 106.812 *RTJ* 224/512

PrPn Renúncia tácita ao direito de querela. (...) ***Ação penal privada.*** Pet 4.934 *RTJ* 224/675

El Resolução 22.610/2007-TSE: constitucionalidade. (...) ***Parlamentar.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrPn Responsabilidade da defesa. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.620 *RTJ* 224/465

Pn Réu maior de setenta anos. (...) ***Prescrição.*** HC 87.573 *RTJ* 224/687

PrPn Risco de reiteração delitiva e garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 108.752 *RTJ* 224/520

Pn Risco potencial de dano: desnecessidade de comprovação. (...) ***Embriaguez ao volante.*** HC 109.269 *RTJ* 224/528

S

PrPn Sentença condenatória. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 108.752 *RTJ* 224/520

Int Separação de fato em casamento anterior. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

PrSTF ***Sessão de julgamento.*** Ação penal. Relatório: leitura resumida. Inteiro teor: disponibilidade no gabinete do relator. Complexidade da causa e pluralidade de réus. AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

PrSTF ***Sessão de julgamento.*** Ação penal. Sustentação oral: procurador-geral da República. Tempo razoável: cinco horas. Complexidade da causa e pluralidade de réus. Princípio da paridade de armas. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 132. AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

TrGr ***Sindicato.*** Criação por desmembramento. Categorias profissionais afins: contador e contabilista. Princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical. Princípio da unicidade sindical: mitigação. CF/1988, art. 5º, XVII. CF/1988, art. 8º, II: ofensa inocorrente. CLT/1943, art. 571. RE 291.822 *RTJ* 224/547

PrPn Situação excepcional. (...) ***Ação penal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

PrPn Substância entorpecente encontrada na residência do acusado. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 106.812 *RTJ* 224/512

PrPn Sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade: impossibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 109.327-MC *RTJ* 224/699

PrSTF Súmula 636 do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 596.673-AgR *RTJ* 224/629

Ct Súmula 680 do STF. (...) ***Auxílio-moradia.*** ADI 3.783 *RTJ* 224/318

PrCv Superveniência da Lei 12.506/2011: regulamentação do aviso prévio. (...) ***Mandado de injunção.*** MI 1.022-AgR *RTJ* 224/205

PrPn Suspensão cautelar. (...) ***Processo criminal.*** HC 107.795-MC *RTJ* 224/693

PrSTF Sustentação oral: descabimento. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

PrSTF Sustentação oral: procurador-geral da República. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

T

Trbt ***Taxa de renovação de localização e de funcionamento.*** Efetivo exercício do poder de polícia: necessidade de comprovação. Existência de órgão de fiscalização: elemento prescindível. CF/1988, art. 145, II. RE 588.322 *RTJ* 224/614

Adm Tempo de serviço como aluno-aprendiz: cômputo. (...) ***Aposentadoria.*** MS 28.399-AgR *RTJ* 224/327

PrSTF Tempo razoável: cinco horas. (...) ***Sessão de julgamento.*** AP 470-QO-nona *RTJ* 224/177

PrPn Teoria dos poderes implícitos. (...) ***Ação penal.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

Ct Terra devoluta de Estado-membro. (...) ***Bem público.*** ADI 255 *RTJ* 224/162

Pn Tipicidade da conduta: configuração. (...) ***Arma de fogo.*** HC 96.650-segundo julgamento *RTJ* 224/454

Pn Tipo penal: condutas alternativas. (...) ***Redução a condição análoga à de escravo.*** Inq 3.412 *RTJ* 224/284

Pn ***Tráfico de entorpecente.*** Princípio da consunção. Crime-fim: tráfico de entorpecente na modalidade "fabricar". Crime-meio: posse de matéria-prima e maquinário destinados à produção de entorpecente. Lei 6.368/1976, arts. 12, § 1º, I; e 13, atualmente Lei 11.343/2006, arts. 33, *caput*, § 1º, I; e 34. HC 100.946 *RTJ* 224/483

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 106.812 *RTJ* 224/512

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 108.752 *RTJ* 224/520

Ct ***Tribunal Regional do Trabalho (TRT).*** Eleição de presidente. Desembargador: elegibilidade. Exercício de cargo de direção previsto

em regimento interno: vice-corregedor. Cargo de direção: reserva de lei complementar. Poderes normativos dos tribunais: limites. CF/1988, arts. 93 e 96, I, *a*. Loman/1979, arts. 99 e 102: interpretação. MS 28.447 *RTJ* 224/330

PrSTF Turma do STF. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 733.387 *RTJ* 224/646

U

Int União estável com brasileira: impossibilidade de reconhecimento. (...) ***Expulsão de estrangeiro.*** HC 100.793 *RTJ* 224/479

PrPn Usurpação de atribuição da polícia judiciária: inocorrência. (...) ***Ministério Público.*** HC 91.613 *RTJ* 224/392

V

PrPn Voto médio. (...) ***Julgamento.*** HC 100.946 *RTJ* 224/483

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

101	(ADPF)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	224/11
255	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Ricardo Lewandowski	224/162
470	(AP-QO-nona)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	224/177
630	(AP-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/187
1.022	(MI-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/205
3.330	(ADI)	Rel.: Min. Ayres Britto	224/207
3.341	(Inq)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/669
3.412	(Inq)	Rel. p/ o ac.: Min. Rosa Weber	224/284
3.783	(ADI)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	224/318
4.934	(Pet)	Rel.: Min. Dias Toffoli	224/675
28.399	(MS-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/327
28.447	(MS)	Rel.: Min. Dias Toffoli	224/330
30.672	(MS-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/378
87.573	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/687
91.613	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	224/392
96.007	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/427
96.650	(HC-segundo julgamento)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/454
98.253	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/460
98.620	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Luiz Fux	224/465
99.558	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	224/473
100.793	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/479
100.946	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli	224/483
101.366	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	224/500
104.144	(RHC)	Rel.: Min. Luiz Fux	224/505
106.812	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/512
107.795	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/693
108.752	(HC)	Rel.: Min. Rosa Weber	224/520

109.269	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/528
109.327	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/699
112.487	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/704
112.936	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/533
291.822	(RE)	Rel.: Min. Marco Aurélio	224/547
405.579	(RE)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	224/560
451.907	(RE-EDv-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/605
489.155	(AI-AgR)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	224/610
588.322	(RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	224/614
596.525	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/624
596.673	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/629
634.224	(RE)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/709
639.732	(RE-AgR)	Rel.: Min. Luiz Fux	224/639
716.234	(AI-AgR)	Rel.: Min. Luiz Fux	224/642
733.387	(AI)	Rel.: Min. Celso de Mello	224/646
796.805	(AI-ED)	Rel.: Min. Luiz Fux	224/662

Este livro foi concluído
em 24 de julho de 2013.
Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal