

**Brasília, 13 a 16 de outubro de 2009 Nº 563**

**Data (páginas internas): 21 de outubro de 2009**

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

---

---

## SUMÁRIO

### Plenário

Reclamação: Inconstitucionalidade do Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e Ofensa à Súmula Vinculante 10

Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 1

Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 2

Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 3

Concurso Público para Cargo de Procurador da República e Requisito Temporal

### Repercussão Geral

Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração- 1

Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração- 2

Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração- 3

Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração- 4

Legitimidade do Ministério Público: Ação Civil Pública e Anulação de TARE - 4

### 1ª Turma

Ampla Defesa: Citação e Interrogatório no mesmo Dia - 1

Ampla Defesa: Citação e Interrogatório no mesmo Dia - 2

Dosimetria da Pena e Proporcionalidade - 2

Dosimetria da Pena e Proporcionalidade - 3

Art. 155, § 2º, do CP: Furto Qualificado e Privilégio

Advogado Licenciado da OAB e Demonstração de Prejuízo - 1

Advogado Licenciado da OAB e Demonstração de Prejuízo - 2

### 2ª Turma

#### Repercussão Geral

#### Clipping do DJ

#### Transcrições

Parlamentar Indiciado - Inaplicabilidade do Art. 221 do CPP (Inq 2839/SP)

Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço (RE 591874/MS)

---

---

## COMUNICADO

A partir deste Informativo, estarão disponíveis, na versão veiculada na internet, os links para o acesso a trechos de julgamentos do Plenário e à integralidade dos áudios desses julgados.

---

---

## PLENÁRIO

### **Reclamação: Inconstitucionalidade do Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e Ofensa à Súmula Vinculante 10**

O Tribunal iniciou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a reclamação ajuizada contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - TST ao fundamento de que o pedido formulado pelo reclamante não se enquadraria em nenhuma das duas hipóteses permissivas inscritas no art. 102, I, I, da CF. Sustenta o reclamante, ora agravante, ofensa à Súmula Vinculante 10 [*“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”*], na medida em que o Tribunal

a quo teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, negou provimento ao recurso, por considerar que o agravante não teria trazido fatos novos aptos a ensejar mudança de entendimento quanto ao já decidido. Asseverou que, não obstante o argumento de não ter o TST decidido no incidente de uniformização sob a perspectiva da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, seria patente a ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o emanado da Súmula Vinculante 10. Observou que a Súmula 331, IV, do TST, utilizada como fundamento da decisão reclamada, teria resultado do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297751/96, em sessão de 11.9.2000, e que, diversamente do que alegado pelo agravante, seria possível verificar da leitura do acórdão desse incidente, que a questão da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei das Licitações teria sido enfrentada por aquela Corte [*“TST Enunciado nº 331 ... IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”*]. Após, pediu vista dos autos a Min. Ellen Gracie.

Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 14.10.2009. (Rcl-7517)

### ***Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 1***

O Tribunal iniciou julgamento de mandados de segurança coletivos, impetrados contra acórdão do TCU, em que se discute a validade de convênios de prestação de serviços de assistência à saúde firmados entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e vários órgãos e entidades da Administração Pública. Na espécie, o TCU reputara regulares apenas os convênios celebrados com os entes patrocinadores da entidade (os Ministérios da Saúde e da Previdência Social, a Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social - DATAPREV e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS), concluindo ser obrigatória a licitação para a celebração de quaisquer outras avenças com os demais entes da Administração Pública que não os órgãos detentores da condição de patrocinadores, observado, assim, o disposto no art. 1º, I e II, do Decreto 4.978/2004, alterado pelo Decreto 5.010/2004 (*“Art. 1º. A assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações, será prestada mediante: I - convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa; ou II - contratos, respeitado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”*) e no art. 37, XXI, da CF. O Min. Carlos Britto, relator, salientando as razões de segurança jurídica e relevante interesse público, deferiu parcialmente a segurança para: a) assentar a legalidade dos convênios de adesão entre a GEAP e os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (excluídos, portanto, órgãos e entidades estaduais, distritais e municipais); b) garantir a todos os patrocinadores de que trata a letra “a”, assim como aos respectivos servidores participantes, o direito de participação no processo de escolha dos membros do Conselho Deliberativo da GEAP.

MS 25855/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25855)

MS 25866/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25866)

MS 25891/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25891)

MS 25901/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25901)

MS 25919/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25919)

MS 25922/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25922)

MS 25928/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25928)

MS 25934/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25934)

MS 25942/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25942)

### ***Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 2***

Tendo em conta que a maioria dos órgãos e entidades patrocinadores da GEAP e respectivos servidores não interfere na administração da fundação, mesmo participando do custeio dos planos de benefícios, entendeu o relator haver, de fato, um déficit de representação que reclamaria ajustes para enquadrar a GEAP no rigoroso conceito de entidade fechada de autogestão. Não obstante, considerou que o TCU, ao restringir a validade dos convênios da GEAP aos quatro únicos órgãos e entidades que detinham o *status* de originários patrocinadores da instituição, teria obstruído de forma abrupta a possibilidade de permanência dos outros patrocinadores que também se alocam na estrutura da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, não atentando para o fato de que tais órgãos e entidades sob regime de obstrução abrigam em seus quadros funcionais servidores que têm o

direito líquido e certo de acesso a planos de assistência suplementar de saúde, nos termos do art. 6º da CF, c/c os artigos 184, III, e 230 da Lei 8.112/90. No caso, direito líquido e certo à continuidade de um vínculo jurídico que seria lícita expressão de uma autonomia de vontade associativa que decorreria da própria Constituição Federal (art. 5º, XVII), vontade associativa esta que, por viabilizar assistência suplementar à saúde dos servidores, culminaria por servir ao princípio constitucional da eficiência administrativa. Acrescentou que a vinculação jurídica dos servidores federais à GEAP teria ocorrido, na espécie, pela figura do Estado-ponte, ou seja, foram órgãos e entidades estatais que se colocaram entre a GEAP e os servidores para operacionalizar um sistema oficial de cogestão e ao mesmo tempo de compartilhado financiamento da assistência suplementar de saúde, o que projetaria para as relações jurídicas em causa uma forte aura de juridicidade, inclusive porque a própria Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS jamais teria deixado de qualificar a GEAP como entidade fechada de autogestão, o que atrairia a incidência do princípio da proteção da confiança.

MS 25855/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25855)

MS 25866/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25866)

MS 25891/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25891)

MS 25901/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25901)

MS 25919/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25919)

MS 25922/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25922)

MS 25928/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25928)

MS 25934/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25934)

MS 25942/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25942)

### ***Convênios de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde: GEAP e Licitação - 3***

Assim, o relator concluiu que seria necessário fazer ajustes no estatuto da GEAP, mas não com o fim específico de limitar os quadros da instituição, e sim para possibilitar efetiva cogestão dos patrocinadores e participantes do sistema. Ponderou, por fim, que, se órgãos e entidades da Administração Pública, pelo art. 230 da Lei 8.112/90, podem aderir, por convênio, a um plano de saúde de autogestão novo, também poderiam aderir a um plano preexistente de idêntica natureza, ou nele permanecer, se o caso, bastando que lhes fosse reconhecido, na companhia de seus próprios servidores, o direito de efetiva participação no processo de escolha dos membros do Conselho Deliberativo da entidade fechada de autogestão. Após o voto da Min. Cármen Lúcia que denegava a ordem para manter o acórdão do TCU, ao fundamento de que não teriam sido observadas as exigências legais que permitiriam que, relativamente aos demais órgãos e entidades, que não os patrocinadores da GEAP, pudesse haver convênio e sem licitação, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.

MS 25855/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25855)

MS 25866/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25866)

MS 25891/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25891)

MS 25901/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25901)

MS 25919/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25919)

MS 25922/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25922)

MS 25928/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25928)

MS 25934/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25934)

MS 25942/DF, rel. Min. Carlos Britto, 15.10.2009. (MS-25942)

### ***Concurso Público para Cargo de Procurador da República e Requisito Temporal***

Salientando as peculiaridades do caso, o Tribunal, por maioria, deferiu mandado de segurança para assegurar aos impetrantes o direito que lhes advenha da aprovação no 24º concurso público para provimento do cargo de Procurador da República. Na espécie, o Procurador-Geral da República indeferiu a inscrição definitiva dos impetrantes ao fundamento de não restar atendido o requisito de três anos de atividade jurídica previsto no regulamento do certame (Resolução 93/2007) e no art. 129, § 3º, da CF. A Min. Cármen Lúcia, relatora, entendeu que os impetrantes teriam cumprido a exigência de três anos de atividade jurídica, sobretudo em face do que certificado pelo Banco Central do Brasil - BACEN, no sentido de eles exercerem, há mais de dez anos, no cargo de nível superior de analista dessa autarquia — entre as funções inerentes àquelas próprias desses cargos, para o que não se exigia formalmente a condição de bacharel em direito — atividades próprias destes. Observou a circunstância de que, em razão da formação jurídica dos impetrantes, eles teriam sido designados para atividades da procuradoria do BACEN vinculadas ao contencioso. Considerou, portanto, que os impetrantes: a) possuíam mais de três anos como bacharéis em Direito na data da inscrição do concurso; b) tinham habilitação para integrar os quadros da OAB e, nesta condição, poderem advogar; c) comprovaram o exercício de atos de advocacia (contencioso) após receberem a Carteira da OAB (deferimento de inscrição); d) exerceram funções

próprias de bacharel no exercício de um cargo no qual essa era uma das possibilidades (conforme atestado pelo BACEN nos documentos acostados aos autos). Ressaltou que, no caso, o não reconhecimento de direito dos impetrantes implicaria afronta ao princípio da igualdade, haja vista a existência de servidores públicos, em cargos não privativos de bacharel em Direito, que são proibidos de advogar e, para esses, o Supremo ter decidido não haver violação à regra que exige a comprovação de três anos de atividade jurídica a partir da colação de grau no curso de Direito. Por sua vez, os demais Ministros que acompanharam a conclusão da relatora reportaram-se, em especial, ao que decidido pelo Plenário no julgamento do MS 26681/DF (DJE de 17.4.2009). Ressaltando faltarem apenas 15 dias para o perfazimento do requisito temporal de três anos de atividade jurídica, levaram em conta o fato de que, de forma similar ao que ocorrera naquele julgamento, os impetrantes, embora tivessem, já habilitados desde 22.6.2005, protocolizado os requerimentos de inscrição no quadro da OAB nos dias 4 e 6.7.2005, teriam tido seu pleito deferido apenas em 2.9.2005. Concluíram que esse atraso de quase dois meses para o deferimento dessa inscrição seria atribuível à OAB, não podendo prejudicar os impetrantes. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie que denegavam a ordem por considerar não observado o mencionado requisito temporal. Outro precedente citado: Rcl 4936/PA (DJE de 11.4.2008).

MS 27608/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.10.2009. (MS-27608)

---

## REPERCUSSÃO GERAL

### ***Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração - 1***

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul em que se discute a constitucionalidade da incidência do adicional por tempo de serviço sobre a remuneração a partir do advento da EC 19/98. Na espécie, o acórdão impugnado dera parcial provimento à apelação dos recorridos, servidores públicos estaduais, para fixar o pagamento do adicional por tempo de serviço com base na remuneração desses servidores até a data de início de vigência da Lei estadual 2.157/2000, que passou a prever a incidência do adicional apenas sobre o salário-base. A recorrente sustenta que os recorridos nunca tiveram o direito de receber o adicional calculado sobre a remuneração, mesmo no período em que não havia proibição expressa na CF, pois a Lei estadual 1.102/90 previa como base de cálculo apenas o vencimento-base mais as vantagens permanentes, não sendo possível falar, assim, em direito adquirido. Alega também ser inaceitável o fundamento de que o conteúdo normativo do inciso XIV do art. 37 da CF, nos termos da EC 19/98, não seria aplicável aos recorridos só pela circunstância de terem ingressado no serviço público antes da alteração constitucional, haja vista o art. 17 do ADCT não permitir o recebimento de remunerações e proventos em desconformidade com a CF.

RE 563708/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 14.10.2009. (RE-563708)

### ***Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração - 2***

A Min. Cármen Lúcia, relatora, desproveu o recurso, no que foi acompanhada pelo Min. Ricardo Lewandowski. Salientou, inicialmente, que o núcleo da questão debatida seria a aplicabilidade imediata, ou não, da EC 19/98 na parte em que alterou o inciso XIV do art. 37 da CF, tendo em vista a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração, pondo o recorrente também em foco o princípio do direito adquirido. Afastou, em seguida, a alegação de que os recorridos nunca tiveram o direito de receber o adicional calculado sobre a remuneração, porque a Lei estadual 1.102/90 previa como base de cálculo apenas o vencimento-base mais as vantagens permanentes, por se tratar de típica questão de ofensa ao texto legal e não ao texto constitucional. Asseverou, no ponto, que a pretensão do recorrente seria a de que o Supremo corrigisse o tribunal de justiça local quanto à interpretação do texto legal estadual, tendo em vista que essa Corte concluíra, expressamente, no sentido de que a Lei estadual 1.102/90 fixava a remuneração como base de cálculo do adicional por tempo de serviço (“*Art. 73 Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens permanentes e temporárias estabelecidas em lei ... § 3º - O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível e observará o princípio da isonomia, quando couber. ... Art. 111 O adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre a remuneração de que trata o art. 73, § 3º, desta lei.*”). De igual modo, rejeitou a argumentação relativa à incidência do art. 17 do ADCT à espécie. Registrou que, no julgamento do MS 24875/DF (DJU de 6.10.2006), em que examinada a incidência da EC 41/2003, o Plenário do Supremo teria assentado que “*o art. 17 do ADCT é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988 — ‘serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes’ — no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia, tal como é próprio das regras transitórias de efeito instantâneo.*”. Assim, reputou impertinente sua invocação no que diz respeito à incidência da EC 19/98, que seria o caso dos autos.

RE 563708/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 14.10.2009. (RE-563708)

### ***Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração - 3***

No que tange ao inciso XIV do art. 37 da CF, assinalou, primeiro, que seu texto originário previa que “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título e idêntico fundamento.”, e que o Supremo teria construído interpretação centrada, especialmente na parte final desse dispositivo, limitando o alcance pretendido pela Administração Pública, a fim de evitar o “efeito cascata”. Afirmou que a EC 19/98, entretanto, teria alterado significativamente referido dispositivo constitucional, ao passar a dispor que “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.”, assim agindo com o claro escopo de superar a jurisprudência até então fixada pelo Supremo, revelado pela exclusão tão-somente da parte final do dispositivo, fundamento de toda essa orientação jurisprudencial constitucional. Aduziu que, diferentemente do que se tinha com o inciso XI do art. 37 da CF, o inciso XIV não condiciona a sua eficácia, no que se refere à vedação, à edição de lei alguma, isto é, sua aplicabilidade seria imediata, independentemente de qualquer outro ato para produzir efeitos. Ressaltou que, ainda que considerada de aplicabilidade diferida pela eficácia condicionada da norma do inciso XIV do art. 37 da CF, o que não se teria na espécie, a EC 19/98 vigoraria desde a sua publicação, servindo de parâmetro para o exame da constitucionalidade das legislações editadas sob a sua vigência. Dessa forma, diante da aplicabilidade imediata, o art. 37, XIV, da CF, nos termos definidos pela EC 19/98, não teria recepcionado o § 3º do art. 73 da Lei estadual 1.102/90. Frisou que nenhuma legislação posterior à EC 19/98 poderia incluir na base de cálculo de qualquer acréscimo pecuniário à remuneração de servidor acréscimos ulteriores, e que essa fora a razão pela qual o tribunal *a quo* limitara a condenação do recorrente à vigência da Lei estadual 2.157/2000, que adequou a base de cálculo do adicional por tempo de serviço aos termos da EC 19/98.

RE 563708/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 14.10.2009. (RE-563708)

### ***Aplicabilidade Imediata da EC 19/98 e Irredutibilidade da Remuneração - 4***

A despeito de tal conclusão, a relatora entendeu que ela não aproveitaria ao recorrente, tendo em conta a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração. Anotou, antes de adentrar essa questão, que não estaria sendo discutido, na espécie, o conflito de normas definidoras da incidência imediata de teto constitucional e o princípio da irredutibilidade dos vencimentos, consideradas as vantagens individuais, tema remetido pela 2ª Turma ao Pleno no RE 477274/MG. Disse haver diferença substancial entre a aplicação imediata de teto constitucional, cujo objetivo seria exatamente reduzir o montante a ser percebido, com a alteração da forma de cálculo da remuneração, para a qual existe jurisprudência. Prosseguindo, considerou que, apesar da orientação do Supremo segundo a qual não há direito adquirido a regime jurídico, sendo viável a alteração da composição da remuneração dos servidores públicos, a Corte sempre teria resguardado a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores, que seria oponível até mesmo às emendas constitucionais que alterem a forma de cálculo da remuneração, conforme entendimento firmado no mandado de segurança supracitado. Em razão disso, conquanto o acórdão recorrido tivesse partido de premissa equivocada, qual seja, de que os recorridos teriam direito adquirido à forma de cálculo preexistente à EC 19/98, não seria possível reformá-lo, porque isso implicaria a redução da remuneração dos recorridos. Após, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa.

RE 563708/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 14.10.2009. (RE-563708)

### ***Legitimidade do Ministério Público: Ação Civil Pública e Anulação de TARE - 4***

O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se examina se o Ministério Público tem legitimidade, ou não, para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE firmado entre o Distrito Federal e empresas beneficiárias de redução fiscal — v. Informativos 510 e 545. Trata-se de recurso que impugna acórdão do STJ que afastara essa legitimidade do *parquet*. Alega o Ministério Público, na ação civil pública sob exame, que a Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, deixando de observar os parâmetros estabelecidos no próprio Decreto regulamentar, teria editado a Portaria 292/99, que estabeleceu percentuais de crédito fixos para os produtos que enumera, tanto para as saídas internas quanto para as interestaduais, reduzindo, com isso, o valor que deveria ser recolhido a título de ICMS. Sustenta que, ao fim dos 12 meses de vigência do acordo, o Subsecretário da Receita do DF teria descumprido o disposto no art. 36, § 1º, da Lei Complementar federal 87/96 e nos artigos 37 e 38 da Lei distrital 1.254/96, ao não proceder à apuração do imposto devido, com base na escrituração regular do contribuinte, computando eventuais diferenças positivas ou negativas, para o efeito de pagamento. Afirmar, por fim, que o TARE em questão causou prejuízo mensal ao DF que variam entre 2,5% a 4%, nas saídas interestaduais, e de 1% a 4,5%, nas saídas internas, do ICMS devido. Após os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que acompanhavam o voto do relator, no sentido de dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos a Min. Ellen Gracie.

## PRIMEIRA TURMA

### ***Ampla Defesa: Citação e Interrogatório no mesmo Dia - 1***

A Turma iniciou julgamento de *habeas corpus* contra acórdão do STJ que denegara idêntica medida ao fundamento de que, apesar de imprópria a designação de interrogatório no mesmo dia da citação (antes do advento da Lei 11.719/2008), a ausência de prejuízos inviabilizaria a declaração de nulidade do feito, em obediência ao princípio *pás de nullité sans grief*. Trata-se de *writ* em que a Defensoria Pública da União reitera a alegação de nulidade absoluta de processo-crime, por ausência de citação do paciente, uma vez que ele fora apenas requisitado para comparecer em juízo e, no mesmo dia, realizara-se a audiência de interrogatório, na qual nomeado defensor *ad hoc*. Sustenta violação à garantia constitucional da ampla defesa ao argumento de que o paciente não tivera conhecimento prévio da acusação formulada e que não pudera constituir advogado de sua confiança.

HC 98434/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.10.2009. (HC-98434)

### ***Ampla Defesa: Citação e Interrogatório no mesmo Dia - 2***

A Min. Cármen Lúcia, relatora, denegou a ordem, no que foi acompanhada pelo Min. Ricardo Lewandowski. Enfatizou que, consoante demonstrado nos autos, a Defensoria Pública assistira o paciente não desde o momento em que houvera a citação e o interrogatório, mas ainda na fase do inquérito policial, quando, uma semana antes do recebimento da denúncia, familiares daquele procuraram tal órgão. Consignou, ainda, que, durante o referido interrogatório, o magistrado nomeara o mesmo defensor público que já acompanhava o caso e que, inclusive, propusera, dias antes, incidente de insanidade mental do acusado. Assim, tendo em conta que o paciente não se encontrava sem defensor, reputou não ter havido prejuízo da defesa. Em divergência, o Min. Marco Aurélio deferiu o *habeas corpus* por não considerar possível requisitar-se alguém que está sob a custódia do Estado, proceder-se a sua citação e, no mesmo instante, com queima de etapas, interrogar-se essa pessoa, sem a entrevista reservada com seu defensor, consoante previsto no art. 185, § 2º, do CPP (com a redação incluída pela Lei 10.792/2003, antes do advento da Lei 11.900/2009). Assentou que, na espécie, o prejuízo seria ínsito, na medida em que o paciente não tivera contato prévio com o advogado de sua livre escolha, o qual lhe é constitucionalmente garantido. Afirmou que o defensor dativo somente pode atuar na hipótese de silêncio do acusado quanto ao credenciamento direto de profissional da advocacia, todavia não com a automaticidade ocorrida na situação em apreço. Após, pediu vista dos autos o Min. Carlos Britto.

HC 98434/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.10.2009. (HC-98434)

### ***Dosimetria da Pena e Proporcionalidade - 2***

A Turma retomou julgamento de *habeas corpus* em que condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, sustenta ilegalidade na fixação de sua pena-base, acima do mínimo legal. Alega a defesa que, para a caracterização da personalidade e da conduta social do agente, foram considerados idênticos fatos (*bis in idem*), a saber, os atos infracionais cometidos pelo paciente durante a adolescência. Aduz que, mesmo que se entenda que os atos infracionais perpetrados no passado permitissem concluir que o paciente tivesse uma personalidade voltada para o crime e que apresentasse má conduta social, a dosimetria da pena não teria respeitado a devida proporcionalidade, pois apenas um dos oito critérios previstos em lei apresentar-se-ia desfavorável. Ademais, afirma que o fato de ter o paciente praticado o delito em plena luz do dia não poderia ser levado em seu desfavor, visto que, a rigor, facilitaria a defesa da vítima e a intervenção de terceiros para evitar a consumação — v. Informativo 558.

HC 97056/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.10.2009. (HC-97056)

### ***Dosimetria da Pena e Proporcionalidade - 3***

Em voto-vista, o Min. Carlos Britto acompanhou o Min. Ricardo Lewandowski, relator, para conceder, em parte, a ordem e determinar que o juízo processante fixe nova pena-base. Consignou que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) são alvo de críticas por parte da doutrina e da própria jurisprudência quanto à indeterminação do seu conteúdo e quanto à falta de parâmetros objetivos para o cálculo da pena-base. Aduziu a necessidade de observância da proporcionalidade entre a pena-base aplicada e as circunstâncias judiciais valoradas, a partir das peculiaridades do caso concreto, pelo julgador. No ponto, asseverou que a proporcionalidade seria estabelecida entre a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente e a majoração da pena mínima definida no tipo penal. Tendo isso em conta, reputou que a exasperação da metade da pena-base não estaria devidamente motivada. Após o voto do Min. Marco Aurélio que iniciou a divergência para indeferir o *writ* ao fundamento de que as causas de

aumento de pena (CP, art. 157, § 2º) justificariam o acréscimo de 2 anos à pena mínima prevista no tipo, pediu vista a Min. Cármen Lúcia.

HC 97056/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.10.2009. (HC-97056)

#### **Art. 155, § 2º, do CP: Furto Qualificado e Privilégio**

A Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* para admitir a compatibilidade entre a hipótese do furto qualificado e o privilégio de que trata o § 2º do art. 155 do CP. No caso, os pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP, em virtude da subtração de uma novilha holandesa, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais). Pleiteava a impetração a aplicação do princípio da insignificância ou o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 155, § 2º, do CP (furto privilegiado). Inicialmente, rejeitou-se o primeiro pedido ao fundamento de que os requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância não estariam presentes na espécie, porquanto, embora se cuidasse de bem de pequeno valor, a sentença condenatória realçara a situação econômica da vítima, a relevância do seu prejuízo, bem como o aspecto socioeconômico da região, na qual predomina o minifúndio. Em seguida, quanto ao furto qualificado-privilegiado, asseverou-se que, recentemente, em que pese julgados mais antigos em sentido contrário, a Corte vem se afastando da ortodoxia que dava como inconciliável o tratamento privilegiado do crime de furto com suas hipóteses qualificadas. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que indeferia o *writ* por não conciliar o furto privilegiado com o furto qualificado, sob pena de a junção fazer surgir terceiro tipo penal. Precedente citado: HC 94765/RS (DJE 26.9.2008).

HC 97051/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.10.2009. (HC-97051)

#### **Advogado Licenciado da OAB e Demonstração de Prejuízo - 1**

A Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a nulidade absoluta de processo criminal no qual a defesa da paciente fora realizada por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. No caso, em sede de revisão criminal, a paciente informara que os patronos dos réus estariam impossibilitados de exercer a advocacia e, por conseguinte, seriam nulos os atos por eles praticados. O tribunal de origem, contudo, concluíra que a regra da *pás de nulité sans grief* — aplicável tanto às nulidades relativas quanto às absolutas — impediria a declaração de invalidade dos atos processuais que não ocasionaram prejuízos às partes. O STJ mantivera esse entendimento e destacara que a falta de capacidade postulatória só implicaria nulidade, se comprovada a deficiência técnica na defesa, o que não ocorrera nos autos. A impetração reiterava que a ausência do mencionado pressuposto processual à época da ação penal teria causado sim prejuízos à paciente, porquanto ela fora condenada e recolhida à prisão, sendo afastada do convívio de seus familiares, bem como perdera seus direitos políticos e emprego.

HC 99457/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.10.2009. (HC-99457)

#### **Advogado Licenciado da OAB e Demonstração de Prejuízo - 2**

Considerou-se, não obstante o rigor do art. 4º do Estatuto da OAB (“São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. Parágrafo único - São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.”) e do Enunciado 523 da Súmula do STF (“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”), que a defesa não conseguira comprovar, na espécie, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem, especialmente porque os poderes de representação judicial outorgados ao advogado, ainda que licenciado da OAB, foram ampla e livremente por ela conferidos por instrumento de procuração. Enfatizou-se não existir prova de que a paciente não conhecesse a condição do patrono constituído e assinalou-se a impossibilidade de produção dessa prova na via eleita. Ademais, mencionou-se que o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido na 1ª parte do art. 565 do CPP, não admite arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício. Registrou-se que fora bem realçado pela Corte local que o causídico não conseguira inocentar a paciente, mas daí não se poderia afirmar não ter havido defesa técnica eficaz. Por fim, aduziu que a situação resolver-se-ia, caso a paciente não tivesse conhecimento da circunstância, noutra esfera jurídica, em ação de indenização. Vencido o Min. Carlos Britto que, ressaltando a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça (CF, art. 133) e a necessidade de o mesmo atender as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF, art. 5º, XIII), deferia o *writ* por reputar que a lei não habilita o advogado licenciado ao exercício da profissão.

HC 99457/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.10.2009. (HC-99457)

---

---

## SEGUNDA TURMA

Não houve sessão ordinária em 13.10.2009.

---

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	14.10.2009	15.10.2009	28
1ª Turma	13.10.2009	—	213
2ª Turma	—	—	—

---

---

## REPERCUSSÃO GERAL

### DJE de 16 de outubro de 2009

---

---

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 729.263-RS

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Telefonia. Contrato de participação financeira. Subscrição de ações. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto contrato de participação financeira e subscrição de ações de telefonia, com complementação dos títulos acionários, versa sobre matéria infraconstitucional.

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 743.681-BA

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Servidor público. Vantagem pecuniária. Verba denominada "indenização de campo". Reajuste. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto o reajuste da vantagem pecuniária denominada "indenização de campo, no mesmo percentual pago a título de reajuste de diárias, versa sobre matéria infraconstitucional.

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 743.833-PR

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Contribuição Sindical Rural. Notificação de lançamento. Publicação de editais. Imprensa oficial. Exigibilidade. Art. 605 da CLT. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto a publicação de editais de notificação do lançamento da contribuição sindical rural, versa sobre matéria infraconstitucional.

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 754.008-RS

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Progressão de regime. Requisitos. Interpretação do art. 112 da LEP. Lei nº 10.792/03. Exame criminológico. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, versando sobre a análise dos requisitos para concessão de progressão de regime à luz da nova redação do art. 112 da LEP, pela Lei nº 10.792/03, em especial com relação à realização de exame criminológico (exigência de avaliação social e psicológica do apenado), trata de matéria infraconstitucional.

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 758.019-MG

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Contas Fundiárias. PIS/PASEP. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Planos econômicos. Prazo prescricional. Definição. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto prazo prescricional relativo às atualizações monetárias de contas fundiárias do PIS/PASEP, versa sobre matéria infraconstitucional.

#### REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 764.703-CE

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

**EMENTA:** RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. Contribuição Previdenciária. Servidor que implementou requisitos para aposentadoria. Incidência sobre vencimentos. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto a incidência de descontos previdenciários sobre vencimentos de servidor que implementou os requisitos para concessão de aposentadoria, versa sobre matéria infraconstitucional.

Decisões Publicadas: 6

---

---

## CLIPPING DO DJ

### 16 de outubro de 2009

---

---

AG. REG. NA ADI N. 4.071-DF

RELATOR: MIN. MENEZES DIREITO

EMENTA

Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99.

1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.
2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.
3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso.
4. O **amicus curiae** somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

\* noticiado no Informativo 543

#### **RHC N. 95.778-RJ**

**RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO**

**EMENTA:** RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. SISTEMA TRIFÁSICO. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXAME, PELO JULGADOR, DO CONJUNTO EMPÍRICO DA CAUSA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS AO CONDENADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo.
2. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes.
3. Não há ilegalidade ou abuso de poder se, no trajeto da aplicação da pena, o julgador explicita os motivos de sua decisão. O inconformismo do impetrante com a análise das circunstâncias do crime não é suficiente para indicar a evidente falta de motivação ou de congruência dos fundamentos da pena afinal fixada.
4. O exame do merecimento ou não da reprimenda, como fixada, exige o revolvimento do quadro fático-probatório da causa, incabível na via processualmente contida do *habeas corpus*.
5. Recurso desprovido.

#### **HC N. 90.298-RS**

**RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO**

**EMENTA:** AÇÃO PENAL. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

\* noticiado no Informativo 558

#### **HC N. 97.128-MG**

**RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO**

**EMENTAS:** 1. AÇÃO PENAL. Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. Causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, e já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência. Nova valoração da conduta do chamado “pequeno traficante”. Retroatividade da lei mais benéfica. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76.

2. AÇÃO PENAL. Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. Majorante prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 revogada pela Lei nº 11.343/2006. Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido para afastar a causa de aumento de pena. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. A causa de aumento de pena relativa à associação eventual para o tráfico ilícito de entorpecentes, prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, foi revogada pela nova lei de drogas.

#### **HC N. 99.723-SP**

**RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO**

**EMENTAS:** 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao STJ, indeferiu liminar. Não conhecimento. Aplicação da súmula 691. Em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere liminar.

2. EXECUÇÃO PENAL. Crime hediondo. Progressão de regime. Fato cometido antes da vigência da Lei nº 11.464/07. Aplicação da lei penal mais benéfica. Concessão de ordem de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau que promoveu o paciente ao regime semi-aberto. Aplicação do art. 112 da LEP. Aplica-se o art. 112 da LEP para a contagem do lapso temporal para a progressão de regime a condenado por crime hediondo por fato cometido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07.

**Acórdãos Publicados: 485**

---

---

## **TRANSCRIÇÕES**

---

---

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

**Parlamentar Indiciado - Inaplicabilidade do Art. 221 do CPP (Transcrições)**

Inq 2839/SP\*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

**EMENTA: CONGRESSISTA QUE NÃO É TESTEMUNHA, MAS QUE FIGURA COMO INDICIADO OU RÉU: AUSÊNCIA DA PRERROGATIVA PROCESSUAL A QUE SE REFERE A LEI (CPP, ART. 221).**

- Os Senadores e os Deputados somente dispõem da prerrogativa processual de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e a autoridade competente, quando arrolados como testemunhas ou quando ostentarem a condição de ofendidos (CPP, art. 221; CPC, art. 411, VI).

Essa especial prerrogativa não se estende aos parlamentares, quando indiciados em inquérito policial ou quando figurarem como réus em processo penal.

- O membro do Congresso Nacional, quando ostentar a condição formal de indiciado ou de réu, não poderá sofrer condução coercitiva, se deixar de comparecer ao ato de seu interrogatório, pois essa medida restritiva, que lhe afeta o “status libertatis”, é vedada pela cláusula constitucional que assegura, aos parlamentares, o estado de relativa incoercibilidade pessoal (CE, art. 53, § 2º).

**DESPACHO: O Ministério Público Federal, em pronunciamento subscrito pelo eminente Chefe da Instituição, Dr. ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, expôs e requereu o que se segue (fls. 02/07):**

*“O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, inciso I, ‘b’, da Constituição Federal, 55, XIV, e 56, V, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem requerer a instauração de INQUÉRITO, em razão da existência de indícios da suposta prática de crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, pelo Deputado Federal PAULO PEREIRA DA SILVA.*

*2. Preliminarmente, requiero que o presente feito seja distribuído por prevenção ao Ministro CELSO DE MELLO, Relator do Inquérito nº 2778, que trata de fato análogo ao destes autos.*

*3. O presente procedimento administrativo foi instaurado a partir de cópia da Ação Civil Pública nº 2003.61.00.037491-1, em curso perante a 25ª Vara Federal de São Paulo, que visa o ressarcimento aos cofres públicos das quantias empregadas nos Convênios nºs 03/2000 e 04/2001 firmados entre a FORÇA SINDICAL, entidade presidida pelo parlamentar à época dos fatos, e o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE (fls. 535/557 e 562/721, respectivamente).*

*4. Tais convênios visavam proporcionar cursos profissionalizantes e de recolocação no mercado de trabalho a pessoas desempregadas, e foram financiados com recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Com o objetivo de cumprir os termos acordados com o Ministério do Trabalho e Emprego, a FORÇA SINDICAL contratou diversas entidades para ministrar os cursos, fornecer material didático, entre outras atividades.*

*5. Contudo, a documentação constante nos autos demonstra que as contratações das entidades e empresas responsáveis pela execução dos convênios não observou o rito constante na Lei nº 8666/93, o qual a FORÇA SINDICAL estava obrigada a seguir por força do art. 27 da Instrução Normativa nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997.*

*6. Cumpre destacar que além dos já mencionados convênios, a FORÇA SINDICAL também celebrou convênio com o Ministério do Trabalho e Emprego no ano de 1999, havendo também há indícios de contratação de empresas com dispensa irregular licitação.*

*7. O Acórdão nº 851/2003, do Tribunal de Contas da União, confirmou a existência dessas irregularidades em todos os convênios firmados com diversas Centrais Sindicais:*

*8. Por sua vez, especificamente em relação à FORÇA SINDICAL, a petição inicial da Ação Civil Pública nº 2003.61.00.037491-1 aponta as seguintes irregularidades:*

*9. Além destes indícios da prática do delito tipificado no art. 89 da Lei nº 8666/93, consta dos autos a informação de superposição de inscritos em cursos simultâneos, em lugares diferentes.*

*10. Conforme consta dos autos, 51.939 (cinquenta e um mil, novecentas e trinta e nove) pessoas foram inscritas em mais de um curso, que ocorriam no mesmo horário e em localidades diferentes (fls 15). Sobre esse tema, faço remissão à manifestação proferida nos autos do Inquérito 2778, no qual constatou-se que:*

*11. Havendo indícios da prática de crimes, encaminho os autos do Procedimento Administrativo MPP/PGR nº 1.00.000.01169/2008-03, para que sejam autuados como INQUÉRITO ORIGINÁRIO perante essa Corte.*

*12. Ao Relator do feito, desde já requiero que sejam cumpridas as seguintes diligências:*

*a) extração de cópias dos seguintes documentos constantes no Inquérito nº 2778:*

*a1) informações prestadas pelo Secretário de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego (Ofício nº 6840/2008/SPPE-MTE);*

*a2) Apenso nº 10;*

*a3) Termo Aditivo nº 1 do Convênio MTE/SPPE nº 004/2001, fls. 282/286 do Apenso 8 e do Convênio MTE/SEFOR/CODEFAT nº 14/99, fls. 04/13 do Apenso 8.*

*b) requisição à FORÇA SINDICAL, de cópia de toda a documentação referente à contratação das empresas que executaram os planos de trabalho dos Convênios MTE/SPPE nºs 14/1999, 003/2000 e 004/2001;*

*c) oitiva, a convite, do Deputado Federal PAULO PEREIRA DA SILVA, e;*

*d) aproveitamento no presente feito da perícia que será realizada no Inquérito nº 2778, que efetuará o cruzamento das repetições de nomes inscritos em mais de um dos cursos oferecidos pelas entidades contratadas pela FORÇA SINDICAL.” (grifei)*

**Defiro, em termos**, desde logo, as diligências **requeridas** pelo Ministério Público Federal **e por este explicitadas** a fls. 07 (item n. 12, “a1”, “a2”, “a3” e “b”). **Expeça-se**, em consequência, **o pertinente** ofício à Força Sindical, **que deverá** ser instruído **com cópia** da promoção do Ministério Público Federal (fls. 02/07) e, também, **do presente** despacho.

2. **Observo**, de outro lado, que o eminente Procurador-Geral da República **também propõe** a “**oitiva, a convite, do Deputado Federal PAULO PEREIRA DA SILVA (...)**” (fls. 07, item n. 12, “c” - grifei).

**Cabe assinalar**, no ponto, que, **tratando-se** de parlamentar **indiciado**, submetido a investigação penal, **não tem ele** a prerrogativa **a que se refere** o art. 221 do CPP.

**Com efeito, aqueles** que figuram **como indiciados** (inquérito policial) **ou como réus** (processo penal), em procedimentos instaurados **ou** em curso perante o Supremo Tribunal Federal, **não dispõem** da prerrogativa **instituída pelo art. 221** do CPP, **eis** que essa norma legal **somente** se aplica às autoridades **que ostentem** a condição formal **de testemunha ou de vítima**, tal como assinala **em decisão** assim ementada:

**“Congressista que não é testemunha, mas que figura como indiciado ou réu: ausência da prerrogativa processual a que se refere a lei (CPP, art. 221).**

- Os Senadores e os Deputados **somente dispõem** da prerrogativa processual de serem inquiridos em local, dia e hora **previamente ajustados** entre eles e a autoridade competente, **quando arrolados como testemunhas** (CPP, art. 221; CPC, art. 411, VI).

Essa especial prerrogativa **não se estende** aos parlamentares, **quando indiciados** em inquérito policial **ou quando figurarem como réus** em processo penal.

- **O membro** do Congresso Nacional, **quando ostentar** a condição formal de indiciado **ou** de réu, **não poderá sofrer condução coercitiva**, se deixar de comparecer ao ato de seu interrogatório, **pois** essa medida restritiva, **que lhe afeta o ‘status libertatis’, é vedada** pela cláusula constitucional **que assegura**, aos parlamentares, **o estado** de relativa incoercibilidade pessoal (CF, art. 53, § 1º, primeira parte).”

(Inq 1.504/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 28/06/99)

**Insista-se**, portanto, **quanto à norma** inscrita no art. 221 do Código de Processo Penal, **que essa regra legal** instituiu prerrogativa **unicamente** invocável **por testemunhas** (ou por ofendidos), que, em razão do ofício, **exercem** qualquer dos cargos públicos **taxativamente** indicados no preceito normativo mencionado.

**Vê-se**, desse modo, **que o art. 221 do CPP** - que constitui típica regra de direito singular - **não** se estende **nem** ao **indiciado nem** ao **réu**, os quais, **independentemente** da posição funcional que ocupem, deverão comparecer, **perante** a autoridade competente, em dia, hora e local por esta **unilateralmente** designados (Inq 1.628/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**É que a exceção** estabelecida pelo legislador **somente contempla** determinadas autoridades que tenham sido arroladas **como testemunhas** (ou como vítimas). Nesse sentido, **impõe-se ter presente a advertência** de autorizados doutrinadores (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 297, 4ª ed., 1995, Atlas; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN/JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 279, item n. 9.4, 1999, Atlas; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. I/424, 4ª ed., 1999, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 206, item n. 48, 1991, Saraiva, v.g.).

**Cabe destacar**, neste ponto, **que a vigente** Constituição da República, **ao delinear o estatuto constitucional dos congressistas**, a estes assegurou, **enquanto testemunhas**, o direito de **não** serem obrigados a depor “sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações” (CF, art. 53, § 6º).

**Protegeu-se**, com essa cláusula de garantia, **o direito** do congressista **ao sigilo** da fonte de informação, **desobrigando-o** de indicar **a quem** transmitiu **ou de quem** recebeu elementos de informação (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. II/49, 1992, Saraiva).

**Mesmo** a Carta Federal de 1969, **que assegurou determinadas prerrogativas processuais** aos membros do Congresso Nacional, **limitou-lhes** o exercício **à hipótese única** em que Senadores e Deputados Federais **fossem** “arrolados como testemunhas”, **prescrevendo** que tais prerrogativas **não** subsistiriam, **se** os parlamentares **deixassem** “de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, o convite judicial” (CF/69, art. 32, § 4º).

Essa regra **foi desconstitucionalizada** sob a égide da presente Lei Fundamental, **permanecendo** em vigor, **unicamente**, a disciplina processual **estabelecida** em lei (CPP, art. 221; CPC, art. 411, VI), **que não se aplica** às hipóteses em que o membro do Congresso Nacional **figurar como indiciado** (como sucede no caso) **ou**, então, **como réu**.

**Na realidade**, o congressista - quando se qualificar como **indiciado ou réu** - terá, **como qualquer outra pessoa**, o direito à observância, **por parte** do Poder Público, **das garantias individuais** fundadas na cláusula do “due process of Law”, **podendo**, até mesmo, **recusar-se** a responder ao interrogatório policial **ou** judicial, **exercendo**, concretamente, **o privilégio constitucional** contra a auto-incriminação (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**Mais do que isso**, os membros do Congresso Nacional - **porque** titulares da imunidade parlamentar em sentido formal, **que também lhes garante** o estado de **relativa incoercibilidade pessoal** (“freedom from arrest” - CF, art. 53, § 2º) - **não poderão ser conduzidos coercitivamente**, **ainda** que por determinação desta Suprema Corte, **caso deixem** de atender à convocação **para responder** a interrogatório.

**Não lhes assiste**, contudo, **enquanto** ostentarem a condição formal de indiciados **ou** de réus, **o direito** ao cumprimento, **por parte** da autoridade competente, **da norma** consubstanciada no art. 221 do CPP, que - **repita-se** - **somente** tem incidência **na hipótese** de o parlamentar haver sido arrolado **como testemunha** (ou, então, como vítima).

**Com estas observações**, **defiro** o pedido formulado pelo eminente Procurador-Geral da República a fls. 07, **item** n. 12, “c”, **em ordem a viabilizar** a inquirição do parlamentar ora indiciado, **independentemente de prévio** ajuste, **entre** esse congressista **e** a autoridade competente, de dia, hora e local para a realização de referido ato.

**A inquirição** ora mencionada **deverá ser realizada** pelo Senhor Delegado de Polícia Federal **incumbido** das investigações penais a que se refere **este** procedimento.

**Para tanto**, e **após cumpridas** as diligências mencionadas no **item** n. 12, “a” e “b”, da promoção do eminente Procurador-Geral da República (fls. 07), **os presentes autos** deverão ser encaminhados ao Departamento de Polícia Federal **para a realização** da inquirição solicitada pelo Ministério Público (fls. 07, **item** n. 12, “c”). **Prazo**: 60 (sessenta) dias.

Publique-se.

Brasília, 11 de setembro de 2009.

Ministro CELSO DE MELLO  
Relator

\* decisão publicada no DJE de 17.9.2009

---

## Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço (Transcrições)

(v. Informativo 557)

RE 591874/MS\*

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

**Relatório:** Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluiu pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço.

Na origem, cuida-se de ação de reparação de danos morais e materiais, ajuizada por Justa Servin de Franco e outra, contra a Viação São Francisco, em razão de acidente ocorrido em 14/11/1998, que vitimou o seu companheiro, no município de Campo Grande/MS.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

*“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE ENVOLVENDO CICLISTA E ÔNIBUS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. DANO MORAL INDEPENDENTE DE PROVA. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS INICIAIS.*

*1. À minguada de prova de que o acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo, com morte do ciclista, deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, a empresa responderá objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade.*

*2. Inexistindo prova de que a vítima fatal de acidente de trânsito desenvolvia atividade remunerada, tem-se por improcedente o pedido de pensão alimentícia formulado pela companheira e pela filha.*

*3. O sofrimento decorrente do sinistro que acarretou a morte do companheiro e pai independe de qualquer atividade probatória e permite condenar a empresa de transporte coletivo a indenizar a família pela dor causada”.*

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustentou-se ofensa aos arts. 37, § 6º, e 93, IX, da mesma Carta.

Alega a recorrente, em síntese, que a teoria da responsabilidade objetiva não se aplica ao caso, pois a pessoa que faleceu em razão do acidente não era usuária do serviço de transporte coletivo (fls. 322-323).

Nas contrarrazões, encartadas às fls. 362-367, sustenta-se a responsabilidade objetiva da recorrente, bem como a inocorrência, na espécie, de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Em 23/10/2008, o Supremo Tribunal Federal considerou existente a repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos. Transcrevo a ementa da decisão:

*“CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA” (fl. 410).*

À ocasião, manifestei-me pela existência de repercussão geral, observando que a questão foi submetida ao Plenário desta Corte por meio do RE 459.749/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, cujo julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Eros Grau. Entretanto, ele não foi concluído em razão da superveniência de acordo entre as partes (fl. 406).

Deixei de ouvir o Ministério Público Federal, porquanto, em inúmeros outros casos que versavam sobre a mesma questão constitucional, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, em razão da inviabilidade do exame de provas na via extraordinária. Nesse sentido, cito, dentre outros, os seguintes processos: RE 565.758/DF, de minha relatoria, RE 459.749/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

No entanto, instado a pronunciar-se, na Sessão Plenária de 26/8/2009, o Procurador-Geral da República manifestou-se, oralmente, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

**Voto:** Senhor Presidente, a questão constitucional discutida nestes autos, consiste em aquilatar-se o alcance do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no que tange à extensão da teoria da responsabilidade objetiva a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, relativamente a terceiro que não ostenta a condição de usuário do serviço por ela prestado.

Como se sabe, a obrigação do Estado de reparar os danos causados a terceiros em razão de atividades praticadas por seus agentes foi, por longo tempo, recusada em nome da iníqua “teoria da irresponsabilidade” da Administração Pública, fundada em princípios herdados do regime absolutista (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*), que representavam verdadeira negação do direito pelo próprio Estado, cuja principal atribuição é, justamente, a de guardá-lo e aplicá-lo de forma isonômica e adequada.

Ao escrever sobre a responsabilidade do Poder Público, nos idos 1927, Paul Duez já sustentava a obrigação estatal de reparar, como regra, concluindo que *“aujourd’hui, on peut dire que la responsabilité est la règle, l’irresponsabilité, la exception”*.

Examinando a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado, Maria Sylvia Zanella de Pietro, muito bem sintetizou a questão ao assinalar que:

*“O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios do direito privado; em outros como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada por muito tempo foi a de irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo”.*

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade jamais foi acolhida, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial. Com o advento do Código Civil de 1916, adotou-se, majoritariamente, a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, com base na redação um tanto quanto ambígua do art. 15 do referido diploma normativo, que conduzia à idéia da culpa.

As Constituições de 1934 e 1937 acolheram o princípio da responsabilidade civil solidária entre o Estado e os seus funcionários, por danos causados a terceiros, ressalvado o direito de regresso.

Com a Constituição de 1946, o Brasil assumiu uma postura mais publicista com relação à responsabilidade do Estado, desenvolvendo-se aqui a “teoria do risco administrativo”, segundo a qual não se exige a demonstração de culpa para que se possa responsabilizar objetivamente o Poder Público por prejuízo causado a terceiro, mas, apenas, a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa. Adotou ela, então, a “teoria do risco”, que tem por substrato a idéia de que toda a atividade estatal envolve a possibilidade de causar dano a alguém.

Assim, assentava o art. 194 da referida Carta que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*, admitida a ação regressiva contra funcionários que tivessem agido com culpa.

A Constituição de 1967 manteve a regra em seu art. 105, acrescentando que a ação de regresso seria cabível em caso de dolo ou culpa. Idêntica redação foi adotada pela EC 1/1969, no art. 107.

Em 1988, com o advento da nova Constituição, estabeleceu-se no art. 37, § 6º, o seguinte:

*“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.*

A responsabilidade civil, tanto do Estado, quanto da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, portanto, passou a ser objetiva em relação a terceiros, como se depreende da redação do referido dispositivo constitucional.

É bem de ver, contudo, que a força maior e a culpa exclusiva da vítima podem figurar como excludentes de responsabilidade do Estado, exatamente porque o nexo causal entre a atividade administrativa e o dano dela resultante não fica evidenciado.

Resta saber - e é exatamente isso que se discute no presente RE - se a locução “terceiros”, abrangida no art. 37, § 6º, da Constituição vigente, alcança também aquela pessoa que não se utiliza do serviço público.

A matéria ora submetida ao exame do Plenário, convém recordar, não é nova nesta Suprema Corte. Em caso semelhante, nos autos do RE 262.651/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, decidido pela Segunda Turma, em 16/11/2004, prevaleceu o entendimento de que “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário”. À ocasião, o Min. Joaquim Barbosa foi voto vencido na companhia do Min. Celso de Mello.

Noutra ocasião, no julgamento do RE 459.749/PE, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, o qual foi suspenso em virtude de pedido de vista do Min. Eros Grau, e não concluído em razão da superveniência de acordo entre as partes, o Relator reiterou o entendimento de que a teoria da responsabilidade objetiva é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, **mesmo para os terceiros não-usuários do serviço**, com fulcro nos seguintes fundamentos:

*“1) Tendo a Constituição brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, em face do princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos;*

*2) Parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço”.*

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, assevera que o art. 37, § 6º, da Constituição não faz qualquer distinção no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano, ou seja, não exige que a pessoa atingida pela lesão ostente a condição de usuário do serviço. De fato, segundo o brocardo latino, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*. Nesse sentido, o citado autor sustenta que

*“para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às ‘pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos’. Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado”.<sup>[10]</sup>*

Com fundamento nesse argumento, penso também que não se pode interpretar restritivamente o alcance do referido art. 37, § 6º, sobretudo porque o texto magno, interpretado à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, isto é, entre usuários e não-usuários do serviço público, vez que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado.

Não impressiona, *data venia*, o entendimento segundo o qual **apenas** os terceiros usuários do serviço público gozam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, porquanto têm o direito subjetivo de receber um serviço adequado. É que tal raciocínio contrapõe-se à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal.

Na espécie, não ficou evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimou o ciclista ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou em razão de força maior. Constatado, no entanto, que restou comprovado o **nexo de causalidade** entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, sendo tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, ora recorrente, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Isso posto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário, mas **nego-lhe provimento**.

*\* acórdão pendente de publicação.*

Assessora responsável pelo Informativo  
**Anna Daniela de A. M. dos Santos**  
informativo@stf.gov.br