

## RECLAMAÇÃO 7.358 – SP

**Relatora:** A sra. ministra Ellen Gracie

**Reclamante:** Procurador-geral da República

**Reclamado:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5)

**Interessado:** Reinaldo Ponciano

**Reclamação.** Ilegitimidade ativa do Ministério Público estadual. Inicial ratificada pelo procurador-geral da República. Afastamento da incidência do art. 127 da LEP por órgão fracionário de tribunal estadual. Violação da Súmula Vinculante 9. Procedência.

1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente reclamação perante esta Corte, já que “incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/1993” (Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/ SE, de minha relatoria, DJE 59, de 26-3-2009).

2. Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo procurador-geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda.

3. Entendimento original da relatora foi superado, por maioria de votos, para reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação.

4. No caso em tela, o juiz de direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, reconhecendo a ocorrência de falta grave na conduta do sentenciado, declarou perdidos os dias remidos, nos termos do art. 127 da LEP.

5. Ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa do reeducando, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10 de setembro de 2008, deu provimento ao recurso, para restabelecer os dias remidos.

6. O julgamento do agravo ocorreu em data posterior à edição da Súmula Vinculante 9, como inclusive foi expressamente reconhecido pela Corte local.

7. O fundamento consoante o qual o enunciado da referida súmula não seria vinculante em razão de a data da falta grave ter sido anterior à sua publicação não se mostra correto.

8. Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na imprensa oficial), *data venia*, não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação da súmula na imprensa oficial.

9. Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127 da LEP, afrontou a Súmula Vinculante 9.

10. No mérito, reclamação julgada procedente, para cassar o acórdão proferido pela 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restabeleceu os dias remidos do reeducando.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação. Prosseguindo o julgamento, no mérito, também acordam, igualmente por maioria, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de fevereiro de 2011 – Ellen Gracie, relatora.

#### RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, fundada no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento do agravo em execução interposto em favor de Reinaldo Ponciano, deu-lhe provimento para restabelecer o direito do executado à remição dos dias trabalhados, cuja perda havia sido decretada em razão de falta grave.

Argumenta o reclamante que o acórdão da Corte local violou frontalmente o enunciado contido na Súmula Vinculante 9.

Observa que, a partir da publicação da súmula vinculante, os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, são obrigados a respeitar o seu teor, evitando-se a multiplicação de ações e recursos.

Requer, ao final, seja acolhida a presente reclamação para o fim de cassar o acórdão da Corte estadual, determinando o julgamento do agravo em conformidade com a Súmula Vinculante 9.

2. Parecer da Procuradoria-Geral da República ratificando a petição inicial, assumindo a iniciativa da demanda e requerendo a procedência da reclamação (fls. 43-48).

3. Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 63-64).

É o relatório.

### VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): 1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente reclamação perante esta Corte, já que “incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/1993” (Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/ SE, de minha relatoria, DJE 59, de 26-3-2009).

Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo procurador-geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda.

2. No caso em tela, o juiz de direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, reconhecendo a ocorrência de falta grave na conduta do sentenciado, declarou perdidos os dias remidos, nos termos do art. 127 da LEP.

3. Ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa do reeducando, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10 de setembro de 2008, deu provimento parcial ao recurso, para restabelecer os dias remidos.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto do relator do agravo em execução penal, desembargador Vico Mañas (fls. 25-32):

Segundo o apurado, o agravante, em 29-3-2005, fugiu do estabelecimento prisional em que se encontrava, praticando, assim, falta disciplinar de natureza grave.

A Magistrada, reconhecendo o cometimento de infração, determinou a perda dos dias anteriormente remidos pelo sentenciado, com fulcro no art. 127 da LEP, salientando não representar a medida ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada (fl. 22).

Sem razão, contudo.

Obtido pelo agravante o benefício da remição por decisão definitiva, a determinação de perda do direito, parcial ou total, representa manifesta violação ao princípio constitucional que garante a imutabilidade da coisa julgada.

Com efeito, embora o Supremo Tribunal Federal tenha consolidado, na Súmula Vinculante n. 9, entendimento no sentido de que “o disposto no artigo 127 da lei n. 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”, tal não pode retroagir para alcançar episódio anterior à sua publicação (20-6-08), sob pena de ofensa à garantia prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

(...)

A segurança jurídica, direito fundamental inviolável (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social e que justificou a edição da mencionada súmula, é também o fundamento que determina a aplicação desta tão somente a fatos posteriores, já que se conferiu ao art. 127 da LEP interpretação mais gravosa ao sentenciado.

(...)

A Súmula Vinculante n. 9 não tem, portanto, o condão de retroagir seus efeitos, pois, se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, do mesmo modo, como visto, veda a incidência daquela a evento pretérito, na medida em que prejudicial ao recluso.

(...)

Logo, no caso em exame, deve continuar prevalecendo o entendimento, reiteradas vezes esposado por esta C. Câmara, de que a perda dos dias remidos só é possível enquanto não transitada em julgado a decisão que concedeu a remição, tendo em conta que inexistia prévio enunciado vinculante a respeito.

(...)

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para manter o direito do agravante à remição eventualmente declarada por sentença definitiva, não alcançado pelo disposto na Súmula Vinculante n. 9, declarando-se a perda somente dos dias remidos não reconhecidos judicialmente por ocasião da prática da falta grave, devendo esta ser desconsiderada como causa de interrupção do prazo para obtenção de benefícios.

#### 4. Dispõe a Súmula Vinculante 9:

*O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58.*

5. O julgamento do agravo ocorreu em data posterior à edição da Súmula Vinculante 9, como inclusive foi expressamente reconhecido pela Corte local no voto cujo trecho foi acima transcrito.

O fundamento consoante o qual o enunciado da referida súmula não seria vinculante em razão de a data da falta grave ter sido anterior à sua publicação não se mostra correto.

Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na imprensa oficial), *data venia*, não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, *a partir da publicação da súmula na imprensa oficial*.

Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127 da LEP, afrontou a Súmula Vinculante 9.

6. Ante o exposto, **defiro** a admissão do sr. procurador-geral da República como autor da demanda e julgo procedente a presente reclamação para cassar o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que restabeleceu os dias remidos do reeducando.

É como voto.

#### VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto à matéria de fundo, apenas cabe perquirir se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo se mostrou posterior ao verbete e se, à época da formalização da reclamação, não havia precluído na via da recorribilidade.

Surge um problema seriíssimo, a prevalecer a óptica da ilegitimidade de quem apresentou a reclamação, haveria obstáculo maior ao surgimento, numa ficção jurídica, de uma nova reclamação subscrita pelo procurador-geral da República. Creio que a organicidade do direito, principalmente do direito instrumental, é refratária à alternância. Atuou na origem - e atuou desde o primeiro grau - o Ministério Público do Estado de São Paulo. O custodiado, prejudicado com a decisão do juízo, interpôs recurso para o Tribunal de Justiça. Vindo a ser provido esse recurso, questiona-se: quem seria parte legítima para alçar a controvérsia a esta Corte? O Ministério Público Federal? A meu ver, não, presidente. Teria até mesmo o Ministério Público Federal dificuldade muito grande em acompanhar o julgamento de todos os casos nos Tribunais de Justiça.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, a reclamação é do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Marco Aurélio: É que Sua Excelência a relatora está assentando a ilegitimidade do Ministério Público estadual.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Quis ouvir o procurador-geral da República e Sua Excelência, então, assumiu a autoria da reclamação. Continuo na minha posição já anteriormente manifestada de respeitar estritamente à letra da Constituição: quem tem assento perante o Supremo Tribunal Federal é o procurador-geral da República. O Ministério Público estadual não está privado da sua atuação, ele poderá representar ao procurador-geral e esse certamente encaminhará ao Supremo.

O sr. ministro Marco Aurélio: No ponto é que se faz o questionamento: se assentarmos essa ilegitimidade, poderemos ir ao mérito da reclamação a partir de um parecer que suscita a ilegitimidade? Não, estaríamos impossibilitados de julgar o mérito da reclamação. Por isso entendo, presidente, que, havendo o Ministério Público estadual atuado na primeira instância, na segunda instância, e vislumbrando o desrespeito ao verbete, é parte legítima para chegar ao Supremo via reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu quero ouvir os colegas a propósito, porque, com o devido respeito da eminente relatora, também me parece que não é caso análogo às hipóteses em que o Ministério Público atua aqui. Na verdade, trata-se de recurso originário para o Supremo, assim como outro recurso qualquer. Não se trata de recurso de decisão de ministro, a qual, aí, sim, acho que atrairia a legitimidade exclusiva do procurador-geral da República.

#### VOTO

(Sobre preliminar)

O sr. ministro Celso de Mello: **Examina-se, em caráter preliminar**, senhor presidente, se o Ministério Público do Estado de São Paulo **dispõe**, ou não, de **legitimidade ativa** para o ajuizamento de reclamação **perante** o Supremo Tribunal Federal e **que por ele foi promovida, na espécie**, com o objetivo de **fazer cumprir** o enunciado constante de súmula vinculante emanada desta Suprema Corte.

**Entendo, na linha de anteriores decisões por mim proferidas (Rcl 7.246/SP, rel. min. CELSO DE MELLO, v.g.)**, que o Ministério Público estadual **dispõe, ele próprio, de legitimidade** para ajuizar reclamação, **em sede originária, perante** o Supremo Tribunal Federal, **quando atua** no desempenho de suas prerrogativas institucionais e **no âmbito** de processos cuja natureza **justifique** a sua formal participação, **quer** como órgão agente, **quer** como órgão interveniente.

**Não tem sentido, por implicar ofensa manifesta** à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, **exigir-se** que a sua atuação processual se faça **por intermédio** do senhor procurador-geral da República, **que não dispõe** de poder de ingerência na esfera orgânica do "Parquet" estadual, **pois lhe incumbe, unicamente**, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a chefia do Ministério Público da União.

É importante assinalar, porque juridicamente relevante, que o postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional (CF, art. 127, § 1º), a significar que o Ministério Público estadual não é representado – muito menos chefiado – pelo senhor procurador-geral da República, eis que é plena a autonomia do “Parquet” local em face do eminente chefe do Ministério Público da União.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público dos Estados-membros não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, em sede de reclamação, perante o Supremo Tribunal Federal.

Não é por outra razão que esta Corte, tratando-se do Ministério Público do Trabalho – órgão que integra o Ministério Público da União –, tem-lhe recusado qualidade para agir em sede de reclamação, pelo relevante motivo de a representação institucional do Ministério Público da União caber, com exclusividade, ao procurador-geral da República (Rcl 4.091-AgR/GO, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, rel. min. ELLEN GRACIE – Rcl 4.592-AgR/TO, rel. min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 5.255-AgR/GO, rel. min. ELLEN GRACIE – Rcl 5.381-ED/AM, rel. min. AYRES BRITTO – Rcl 5.543-AgR/GO, rel. min. CELSO DE MELLO – Rcl 5.674-AgR/MG, rel. min. EROS GRAU – Rcl 5.793-AgR/AM, rel. min. ELLEN GRACIE – Rcl 5.958-AgR/PI, rel. min. EROS GRAU, v.g.).

Inquestionável, desse modo, a plena legitimação ativa “ad causam” do Ministério Público do Estado de São Paulo para ajuizar, perante esta Corte Suprema, a presente reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até vou mais longe. Nem invoco a unidade do Ministério Público Federal, acho que, em relação ao Ministério Público Federal, também o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, pode interpor o recurso de decisão de tribunal local.

O sr. ministro Celso de Mello: Refiro-me, especificamente, à reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas foi o que sucedeu aqui. Na verdade, o que o Ministério Público estadual fez? Interpôs, perante o Supremo, um remédio jurídico previsto na Constituição, porque aí não está atuando perante o Supremo Tribunal Federal; quem atua perante o Supremo Tribunal Federal é o procurador-geral, quando agora opina sobre o remédio jurídico proposto na instância de origem. O que não me pareceria possível, porque aí, sim, usurparia as funções do procurador-geral, seria, por exemplo, se tivesse havido decisão de algum ministro, e o Ministério Público estadual, sob pretexto de ser parte lá da causa originária, interpusse, dentro do Supremo Tribunal Federal, recurso contra a decisão do ministro. Aí, sim, estaria atuando perante o Supremo.

O sr. ministro Celso de Mello: Também reconheço a legitimação do Ministério Público estadual para recorrer, no Supremo Tribunal Federal, contra decisões de seus relatores que, por exemplo, neguem trânsito a uma dada reclamação aqui ajuizada pelo próprio “Parquet” local.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência ainda vai mais longe do que eu.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não vejo razão alguma para restringir a atuação processual do Ministério Público dos Estados-membros no Supremo Tribunal Federal.**

Entendo **assistir** ao “Parquet” local **plena** legitimação para impetrar, *p. ex.*, mandado de segurança, em sede originária, perante esta Suprema Corte, **naqueles casos** em que o remédio constitucional objetive **preservar prerrogativas inerentes** a essa instituição, **quando** lesadas ou ameaçadas de lesão por **qualquer** das autoridades cujos atos estejam sujeitos, em sede mandamental, à competência originária desta Corte (CF, art. 102, I, “d”).

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito, não chego tão longe, mas parece que está claro que o fato de o Ministério Público ter interposto a reclamação na origem não significa que esteja atuando perante a Corte – atuar perante o Supremo Tribunal Federal, como a lei põe como pressuposto da exclusividade ou da legitimidade exclusiva do procurador-geral da República, suponho que é atuar no âmbito “do”. A interposição de qualquer recurso na origem não significa atuação perante a Corte, a meu ver, com o devido respeito.

O sr. ministro Celso de Mello: **Insisto** em minha observação, senhor presidente: **não podemos** estabelecer uma **incompreensível hermenêutica de submissão**, **que faça depender** a atuação processual do Ministério Público **dos Estados-membros**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **da vontade** do eminente procurador-geral da República, que, *não obstante* a sua elevada condição de chefe do Ministério Público *da União*, **não tem** poder algum sobre o “Parquet” estadual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É, mas, nesse caso, parece que é coisa simples.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Nessas situações singulares, eu concordaria perfeitamente com o ministro Celso. Foi o caso do procurador-geral do Amapá, que veio em defesa de prerrogativas próprias da instituição, no âmbito estadual, eventualmente em choque, até poderia ocorrer. Mas, nesta hipótese dos autos, com a devida vênia do ministro Celso, do ministro presidente e também do ministro Marco Aurélio, entendo que alargar a legitimação ativa corresponde a uma atitude praticamente suicida desta Corte, fazendo com que acorram um sem-número de pedidos que não vão passar pelo crivo da Procuradoria-Geral. Vejo como perfeitamente possível que os promotores estaduais encaminhem as suas representações à Procuradoria-Geral, onde haverá necessariamente uma triagem, para que se verifique o que efetivamente pode ser objeto de reclamação, e não fiquemos nós aqui na Suprema Corte, exatamente na contramão do que ocorre em todos os países do mundo, onde a legitimação para atuar perante a Suprema Corte é extremamente restrita. Ao contrário do que fazemos nós, que cada vez abrimos mais as portas. Mas, respeito profundamente a posição externada por Vossa Excelência.



O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu ponderaria a Vossa Excelência, se me permite: do ponto de vista do *locus* de atuação, o que se passou no caso é o mesmo que se passa quando o Ministério Público, de uma decisão que o comporte, interpõe recurso extraordinário para o Supremo. É a mesma coisa, não há alteração.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A reclamação é proposta diretamente ao Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Em ambos os casos, o *locus* de atuação é o mesmo. Se imaginarmos que, pelo fato de o Ministério Público interpor o remédio jurídico direto para o Supremo Tribunal Federal contra outra decisão que não é do Supremo, pudesse representar a atuação perante a Corte, então o Ministério Público estadual jamais poderia ter legitimidade para interpor recursos extraordinários, recursos ordinários em mandado de segurança etc., coisa que o Ministério Público estadual e os Ministérios Públicos federais de nível inferior podem fazê-lo; isso é o que me parece.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A reclamação é medida autônoma, presidente, ela é interposta aqui, sim, não é o mesmo *locus*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas é como se fosse recurso. Costumo dizer que a estrutura da pretensão que é dirigida ao Supremo Tribunal é a mesma, não se altera.

O sr. ministro Celso de Mello: Compreendo as razões expostas pela eminente ministra ELLEN GRACIE, embora considere preocupante a fórmula hermenêutica que, *se prevalecer*, importará em virtual degradação institucional do Ministério Público dos Estados-membros, no que concerne à sua atuação processual nesta Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Senti a preocupação de Sua Excelência.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Essa burocratização pode levar ao seguinte desfecho: quando o procurador-geral da República vier a deliberar, já terá transitado em julgado a decisão de origem.

E há um detalhe, presidente, que é pernicioso nesse caso: se assentarmos que não há a condição para a reclamação, qual será a proclamação quanto ao fundo? Nenhuma, porque não poderemos ir ao mérito.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Foi ratificada, ministro Marco Aurélio, expressamente ratificada pelo procurador-geral.

O sr. ministro Marco Aurélio: A não ser que abandonemos as regras instrumentais estabelecidas e que revelam segurança.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito, acho que a douta Procuradoria agiu com excesso de escrúpulo.

Mas, em todo caso, vamos ouvir os outros votos, também.

## VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, com a devida vênia de Vossa Excelência, do ministro Celso de Mello e do ministro Marco Aurélio, acompanho a eminente ministra Ellen Gracie.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ainda bem que Vossa Excelência não diverge apenas de mim!

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu também entendo que essa legitimação para atuar, em nome do Ministério Público, na Corte, é do procurador-geral da República. É evidente que há situações, como as que o ministro Celso citou, nas quais pode haver conflitos entre as instituições. O Ministério Público estadual com o Ministério Público Federal, ou, como Vossa Excelência citou, no caso do Conselho Nacional do Ministério Público, e vem aqui a instituição estadual com mandado de segurança contra o Conselho. Mas, nesse caso, entendo que quem vai representar judicialmente o Ministério Público estadual será a respectiva advocacia estadual, ou seja, a Procuradoria do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: A Advocacia de Estado, não obstante o seu alto relevo, **não** pode **nem** deve representar, em sede processual, o Ministério Público, **pois** essa incumbência pertence, *com exclusividade*, aos próprios membros e órgãos **que compõem** a estrutura do “Parquet”, *sob pena* de restarem *gravemente* comprometidos valores essenciais ao funcionamento dessa instituição da República: a sua independência orgânica e a liberdade funcional de seus representantes.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele tem legitimidade para propor em nome próprio, mas a representação judicial quem faz é a Advocacia do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: Quem fala pelo Ministério Público **são os seus próprios** órgãos e agentes, cuja atuação institucional, em juízo **ou** fora dele, **não se faz** por intermédio da Advocacia de Estado...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até porque o interesse da instituição é diferente do interesse do Estado.

O sr. ministro Celso de Mello: É verdade! *Nem sempre* há coincidência **entre** os direitos e interesses **protegidos** pelo Ministério Público e aqueles cuja tutela é promovida pelo Estado, *notadamente* se considerarmos *o rol* das funções institucionais **inerentes** ao “Parquet”, tal como se acham elas delineadas no art. 129 da Constituição da República. *Muitas vezes*, os interesses e direitos em questão colocam o Ministério Público e o Estado (e respectivos órgãos e autoridades) *em posições contrastantes*.

O sr. ministro Dias Toffoli: A própria Procuradoria-Geral da República se socorre da Advocacia-Geral da União para entrar com suspensão de liminar junto ao Supremo Tribunal Federal em matéria de concurso público, por exemplo.

À época em que estive à frente da Advocacia-Geral da União, subscrevi algumas dessas suspensões, alguns mandados de segurança exatamente nesse sentido. A Procuradoria-Geral da República provocava a Advocacia-Geral da União para fins de, judicialmente, tratar de sua demanda junto às Cortes.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas é que são matérias para as quais não tem legitimação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, são distintas dessas. Fiz essa colocação *a latere* porque o ministro Celso citou o caso de um recurso contra uma decisão do Conselho, mas o que importa, neste caso, é quando o Ministério Público atua – a matéria de fundo é exatamente essa – nas suas competências específicas, nas suas competências restritas.

Nesse sentido, entendo que, sim, as Procuradorias de Justiça, os Ministérios Públicos estaduais devem encaminhar à Procuradoria-Geral da República, ao Ministério Público da União, ao procurador-geral da República a sua demanda, para que esses a ratifiquem ou não, para que ela tenha seguimento na Corte.

Sendo a reclamação uma ação própria, uma ação que tem a sua competência originária no Supremo Tribunal Federal, entendo, pela leitura da Constituição e em virtude das competências atribuídas na Constituição ao Ministério Público, que só o procurador-geral da República tem essa competência de propor, por parte do Ministério Público nacional, a ação de reclamação perante esta Corte. É evidente que ele pode ratificar aquelas que lhe forem encaminhadas pelos ministérios públicos estaduais.

Por essas razões, acompanho a eminente ministra Ellen Gracie.

#### DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu faria mais uma ponderação. Acho que o que está em jogo aqui é o seguinte princípio: tem ou não tem o Ministério Público estadual legitimidade para usar dos remédios jurídicos que constam do ordenamento para impugnar decisões dos tribunais locais?

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Dentro dos autos, sim, ministro. Aí, eu concordaria com Vossa Excelência. Mas a reclamação é instrumento autônomo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, dentro dos autos. Na verdade está impugnando uma decisão.

O sr. ministro Dias Toffoli: É uma ação constitucional originária.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É que o sistema jurídico deu um instrumento mais – vamos dizer – ágil e mais vigoroso para impugnar certas decisões, como a reclamação, mas esta não deixa de ser um dos remédios possíveis para impugnar decisões dos tribunais locais. Foi isso que o Ministério Público fez. Ele se insurgiu contra um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. É isso.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Para ingressar com qualquer pedido originário perante esta Casa – como é essa reclamação, é um pedido originário – há que estar listado entre aqueles que têm legitimidade para atuar perante a Casa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Depende do pedido originário. Isso é que me parece.

O sr. ministro Celso de Mello: A posição sustentada pela eminente relatora estabelece, a meu juízo, *um inconveniente (para não dizer inaceitável)* vínculo de dependência do Ministério Público dos Estados-membros **em relação** ao senhor procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Subordinando-se ao Ministério Público Federal, isto, sim.

O sr. ministro Celso de Mello: Uma subordinação **absolutamente incompatível** com o texto da Constituição!

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mas Vossa Excelência imagina que o procurador-geral da República seja contrário à obediência às súmulas vinculantes?

O sr. ministro Celso de Mello: Claro que não!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Uma certa mutilação do exercício das funções.

O sr. ministro Celso de Mello: **É essencial** que haja cooperação, *em regime de absoluta paridade*, **entre** o Ministério Público dos Estados-membros e o Ministério Público da União. O que **não** se mostra constitucionalmente possível, *no entanto*, **é pretender hierarquizar** os vínculos entre ambas as instituições, **ainda** mais quando se busca implantar, no plano processual, *verdadeiro controle hegemônico* destinado a submeter, *sem razão legítima*, o "Parquet" local à vontade da chefia do Ministério Público da União.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): A cooperação entre órgãos, considerada a unicidade do Ministério Público, ministro Celso de Mello: Vossa Excelência sabe mais do que eu e foi também integrante do Ministério Público, como eu fui. Mas eu considero que o que aqui prevalece é o princípio da unicidade do Ministério Público. Não vejo nenhuma relação de dependência no fato de um promotor fazer subir ao procurador-geral a sua manifestação quanto ao descumprimento de uma súmula vinculante, nem imagino sequer a possibilidade de que venha o procurador-geral a optar por não encaminhar um tal pedido.

O sr. ministro Celso de Mello: **Tenho para mim, com todo respeito, que essa percepção** do tema, ora revelada pela eminente relatora, **concernente** às relações **entre** o Ministério Público dos Estados-membros e o Ministério Público da União, **traduz** uma visão que se aproxima da concepção de Estado unitário, inconciliável, *por isso mesmo*, com a ideia que anima o modelo de Estado Federal consagrado em nossa Lei Fundamental.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Este é caso em que isso poderia se dar, porque há discussão sobre a anterioridade, ou não, do fato. A Procuradoria poderia entender que não era o caso.

O sr. ministro Celso de Mello: Precisamente.

O sr. ministro Ayres Britto: Não é só publicação, é publicação na imprensa oficial. Não é publicação em sessão, por exemplo.

O sr. ministro Celso de Mello: **Exatamente**. A eficácia da súmula vinculante, **enquanto** pauta *subordinante* de julgamentos e de comportamentos administrativos, **só se produz** “a partir de sua publicação na imprensa oficial” (CF, art. 103-A, “caput”).

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se Vossa Excelência me permite, quero retomar aquele outro aspecto da legitimidade. Eu não diria que sou ousado no raciocínio, e não quero sequer pôr em crise a orientação do Supremo de que só o procurador-geral da República pode funcionar perante esta Corte. Não quero pôr em dúvida agora essa orientação, mas quero chamar a atenção para algumas coisas que me parecem relevantes e que, às vezes, são deixadas de lado.

Primeiro, essa orientação da Corte é baseada no art. 46 da Lei Complementar 75/1993. Esta lei complementar é lei orgânica do Ministério Público da União. A Seção II é aberta com o seguinte título – onde está situado o 46: “Da Chefia do Ministério Público Federal”. Noutras palavras, regula as funções do procurador-geral do Ministério Público como chefe do Ministério Público Federal. Não regula nada a respeito de procuradorias, de Ministério Público estadual.

O art. 45 reza – é o artigo que abre a seção:

Art. 45. *O Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público Federal.*

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Qual é a lei, presidente?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Lei Complementar 75/1993. - Art. 46, que gerou esta orientação do Supremo:

Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.

E aí diz assim:

Parágrafo único. O Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal:

I – a ação direta (...);

II – a representação (...);

III – as ações cíveis e penais cabíveis.

“Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público”. A pergunta é: Que funções e de que Ministério Público? Evidentemente, as funções típicas do Ministério Público. Propor reclamação não é função típica do Ministério Público, é função de todo aquele que se sente agravado por ofensa à súmula vinculante. Isto não é típico e exclusivo do Ministério Público.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Vossa Excelência então abre a legitimidade para todos os defensores públicos de todos os Estados, que também não são subordinados ao defensor público-geral da União.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Isto é, o procurador-geral da República não pode exercer nenhuma função que seja de Defensoria Pública.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Peluso, Vossa Excelência me permite? Acontece que a Constituição, quando cuidou da habilitação processual ativa em matéria de controle objetivo de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, por se tratar de um procedimento *per saltum*, ou uma via de atalho que possibilita desembocar diretamente aqui, no Supremo, só habilitou o procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas isto ele excluiu textualmente, no âmbito do universo dos legitimados, todos os demais, inclusive os procuradores do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Marco Aurélio: É uma norma especial.

O sr. ministro Ayres Britto: E a reclamação é *per saltum*, é uma via de atalho, vem direto para cá.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não. Ministro, não é porque é *per saltum*, é porque a Constituição foi expressa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas é um processo subjetivo, Excelência.

O sr. ministro Ayres Britto: O Supremo é instância única e última em matéria de reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas quero continuar o raciocínio, ministro. Estou lendo aqui.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): E está classificada como um dos nossos processos originários, presidente. A reclamação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Reclamação é processo originário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há um detalhe: o que temos feito nos casos de conflito de atribuições? Admitimos o acesso pelo Ministério Público estadual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): De outro modo é impossível.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mas, às situações excepcionais, soluções excepcionais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Estou com dois precedentes, sendo um da minha lavra em que é autor o Ministério Público do Estado de São Paulo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra, do contrário, como seria possível imaginar que conflito de competência com o Ministério Público Federal chegou aqui? Não pode.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição dá resposta a isso. Sem dúvida.

O sr. ministro Marco Aurélio: Em outro precedente, presidente – apenas para terminar –, envolvendo o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado de São Paulo, do qual foi relatora a ministra Ellen Gracie, admitimos a legitimidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas tem que admitir, porque, de outro modo, não chega aqui.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Exatamente nessa hipótese eram conflitantes os interesses, então era preciso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não nesses dois casos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Porque pode acontecer, ministra.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nesse caso, sob a relatoria de Vossa Excelência não, porque estava envolvido o Ministério Público do Rio de Janeiro e o de São Paulo.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição prima pela sua coerência.

O sr. ministro Celso de Mello: Sem dúvida!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Claro.

O sr. ministro Celso de Mello: Nós não podemos suprimir a possibilidade de acesso do Ministério Público dos Estados-membros ao Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A menos que a Constituição o exclua, como o excluiu nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Voltaremos ao monopólio, sob outro ângulo, que havia antes da Carta de 1988. Digo, Presidente, que toda concentração é perniciososa.

O sr. ministro Ayres Britto: A Constituição não é antinômica na matéria.

Ela prima pela sua coerência. Vejam que a Constituição, ao cuidar do Ministério Público, claro que diz que são dois os Ministérios Públicos. O Ministério Público é binário ou dual: o Ministério Público da União, de uma parte, e o Ministério Público dos Estados. Mas a Constituição contém dispositivos, preceitos, disposições comuns aos dois Ministérios Públicos, às duas espécies de Ministérios Públicos. Uma dessas disposições comuns é a da unidade. E a unidade aí é processual. Não é unidade orgânica, evidentemente.

O sr. ministro Celso de Mello: Eis, *aí*, um princípio institucional...

O sr. ministro Ayres Britto: É pois o princípio institucional da unidade processual. Essa unidade é processual. Quando o procurador-geral da República atua em matéria de reclamação diretamente aqui, o faz em nome do Ministério Público como unidade processual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Onde? Na reclamação?

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, na reclamação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, se levarmos às últimas consequências essa tese, estaremos reconhecendo que os Ministérios Públicos estaduais são menos importantes do que qualquer pessoa.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, não há hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é problema de hierarquia, é problema de tratamento.

O sr. ministro Ayres Britto: Não há hierarquia nenhuma. A unidade faz desaparecer a hierarquia. A unidade processual desfaz a ideia de hierarquia entre os dois.

O sr. ministro Celso de Mello: **O réu**, no processo penal, **pode** ajuizar, *originariamente*, **perante** o Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional da reclamação; **não**, *porém*, o Ministério Público **estadual**, caso prevaleça *essa hermenêutica restritiva* **que lhe nega, sem razão, qualidade** para deduzir pretensão reclamationária perante esta Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Qualquer pessoa pode reclamar diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, exceto o Ministério Público estadual! Por quê?

O sr. ministro Celso de Mello: Nisso reside a **inconsistência** da visão **que exclui, em tema de reclamação, o acesso** do Ministério Público dos Estados-membros à jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O Ministério Público não pode. Olha que diferença de tratamento dentro da mesma causa. Isto é, o réu pode vir diretamente ao Supremo Tribunal Federal; o Ministério Público, que atua na causa no outro polo, não pode? E a paridade de armas onde fica?

O sr. ministro Dias Toffoli: Presidente, ele pode vir, de acordo com o art. 127 da Constituição - princípio da unidade - por intermédio do procurador-geral da República.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se o procurador não quiser, não virá.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não** se pode invocar o postulado da unidade, **consagrado** no art. 127, § 1º, da Constituição da República, **para justificar, em detrimento** do Ministério Público estadual, um (*inexistente*) poder de representação que se está pretendendo atribuir ao eminente procurador-geral da República, **que ostenta** a condição de chefe do Ministério Público *da União* (CF, art. 128, § 1º). **E da União, apenas.**

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministério Público Federal, da União.

O sr. ministro Ayres Britto: Quanto a isso, não há dúvida. Não há hierarquia entre os dois Ministérios, absolutamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele não chefia o Ministério Público estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu estou entendendo que o princípio da unidade processual supera essa questão da hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que supera?

O sr. ministro Ayres Britto: A unidade processual.



O sr. ministro Celso de Mello: **Não há** relação hierárquica, no plano institucional, **entre** o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados-membros.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso é fundamental na instituição, ministro, distinguir. Imagine o procurador-geral intervindo na Procuradoria estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Claro que não há relação hierárquica. Jamais eu diria isso. Não há hierarquia entre as duas categorias de Ministérios Públicos. Isso é fora de qualquer dúvida.

O sr. ministro Celso de Mello: **E não pode haver** essa pretendida relação de dependência processual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. O Ministério Público estadual vai ficar na dependência do que entenda o Ministério Público Federal. Isso parece pouco compatível - entre outros princípios, por exemplo - com a paridade de armas. Parece que estamos retirando do Ministério Público estadual uma legitimidade que é essencial para o exercício das funções dele, Ministério Público estadual, as quais não são exercidas pelo Ministério Público Federal. O Ministério Público Federal, por exemplo, não pode propor ação penal perante os Estados, salvo nas competências típicas do Ministério Público Federal.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): E por isso mesmo o Ministério Público estadual não pode estar perante o Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Dias Toffoli: Nós somos um tribunal da União, da Federação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ora, na medida em que damos interpretação de que o Ministério Público estadual, em causa onde tem legitimidade para atuar, está mutilado no exercício das suas funções, nós retiramos do Ministério Público um instrumento absolutamente indispensável para o exercício da função dele.

Noutras palavras, o que ele está fazendo neste caso? Ele quer que, na execução penal, seja observado o princípio de ele, Ministério Público estadual, ter competência para atuar nesse caso. Se nós retiramos dele a possibilidade de exercer a sua função ali, porque não pode entrar com reclamação, ele não vai poder fiscalizar, segundo a sua competência, a execução penal, porque, para fazê-lo, vai ter que pedir autorização ao Ministério Público Federal para saber se o procurador-geral da República irá entrar, ou não, com reclamação.

Além de burocratizar tudo, retirar da reclamação a sua rapidez, de ter que oficiar para o Ministério Público Federal, de encaminhar peças esclarecidas para que o Ministério Público Federal, o procurador examine e, se concordar com a tese, aí entre com a reclamação ou não. Enquanto isso, as execuções penais, só para ficar neste ponto, estarão prosseguindo sem medida imediata.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, quantas súmulas vinculantes nós já temos publicadas?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mais de vinte.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Trinta e tantas.

O sr. ministro Ayres Britto: O tema é instigante. O que me impressiona em prol da tese da ministra Ellen, em linha de princípio, é que, quando a Constituição cuidou da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ela o fez habilitando, exclusivamente, um ramo, o chefe de um dos ramos do Ministério Público.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Assim como retirou de todo cidadão o poder de fazer isso. Não deu para todo o mundo. Todo cidadão tem o direito de ajuizar reclamação, mas nem todo cidadão tem legitimidade para entrar com ação direta.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quando a Constituição quis restringir, ela restringiu. Agora, criar, para chegada ao Supremo, uma corrida de revezamento imprópria é passo muito largo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a nossa preocupação maior tem que ser fortalecer os poderes dos Ministérios Públicos estaduais, não o contrário; não reduzir esses poderes, nem atá-los ao arbítrio, no bom sentido, do procurador-geral da República. Ele tem bom senso e qualificação jurídica. Mas o problema é a tese, não as pessoas.

O sr. ministro Celso de Mello: O princípio da **unidade** do Ministério Público **não pode** ser invocado para suprimir a autonomia institucional do Ministério Público estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas é claro. Eu apenas estou dizendo que essa ideia de unidade supera a questão da hierarquia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nós estamos retirando uma legitimidade, que qualquer pessoa tem, do Ministério Público. Qualquer pessoa tem essa legitimidade, menos o Ministério Público?

O sr. ministro Ayres Britto: É preciso atentar para o fato de que a Constituição – volto a dizer –, em matéria de Ministério Público, contém três categorias de disposições.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a Constituição não diz nada diretamente sobre a legitimidade para a reclamação.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas há argumentos ponderáveis de parte a parte. Se os ministros que me antecedem – vou dizer uma palavra que já usei com a ministra Cármen Lúcia – não se abespinham, eu vou pedir vista.

Eu faço um reestudo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência vai pedir vista, mas eu queria só terminar meu raciocínio como um subsídio para Vossa Excelência raciocinar e me contestar, porque provavelmente o fará com grande brilho. Mas é o seguinte: essa orientação de que só o Ministério Público pode atuar, só o procurador-geral da República pode atuar perante o Supremo está disciplinada naquela lei complementar, em capítulo onde só cuida do Ministério Público da União. Só. Não há nada mais nesse capítulo, eu posso repetir aqui e Vossa Excelência vai ver: disciplina as funções do Ministério Público Federal junto aos Tribunais Superiores, etc. Um pouco mais adiante: representar o Ministério Público Federal: Procuradoria-Geral da República, etc., chefia de procuradoria.

Noutras palavras, esse capítulo inteirinho, ou melhor, essa seção inteirinha da Lei 75 cuida de disciplinar o Ministério Público da União, e esse art. 46 é específico do mesmo capítulo. Portanto, estatui que incumbe ao procurador-geral da República exercer as funções do Ministério Público Federal perante o Supremo Tribunal Federal; não as funções de qualquer Ministério Público, porque, se fosse de qualquer Ministério Público, não estaria nesse capítulo, que é da chefia do Ministério Público Federal.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso Vossa Excelência sempre argumenta muito bem, mas eu não retiro daí a habilitação do Ministério Público para atuar *per saltum* junto ao Supremo; retiro diretamente da Constituição. Nem levo em consideração essa lei complementar.

O sr. ministro Celso de Mello: **A possibilidade** de o Ministério Público local **ajuizar**, originariamente, **perante** esta Suprema Corte, **o remédio jurídico** da reclamação **deriva** de fonte constitucional. **A recusa**, ao “Parquet” dos Estados-membros, dessa qualidade para agir **implicaria** injusta frustração dos altos objetivos **que animam** a atividade, em juízo **ou** fora dele, do Ministério Público estadual. **Para que se viabilizem** as funções institucionais do Ministério Público *dos Estados-membros*, **impõe-se** que se lhe reconheçam os meios, **inclusive** os de ordem processual, **que legitimem** a sua atuação perante **qualquer** instância de poder.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Muito relevante. Exatamente. Essa ponderação trazida pelo ministro Celso é realmente muito interessante, é o fundamento do Tribunal local. Eu pediria a Vossa Excelência que, então, ao proclamar a decisão parcial de hoje, esclarecesse a repartição das matérias. Primeiro, quanto à definição da legitimidade ativa para a qual eu já manifesto a legitimidade exclusiva do procurador-geral da República.

Quanto à segunda parte, aguardo o retorno do voto-vista do ministro Carlos Britto para também refletir na linha do que foi hoje ponderado pelo ministro Celso, qual seja, a impossibilidade de nós fazermos retroagir uma norma penal mais gravosa.

O sr. ministro Ayres Britto: É. O ministro Celso tem toda razão. É uma oportunidade que nós temos para focar, analiticamente, essa questão.

O sr. ministro Celso de Mello: **O tema** ora em exame **assume** indiscutível relevo jurídico-constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Peluso, eu também confesso que, na base do meu pedido, está uma perplexidade minha do ponto de vista teórico. Eu nunca, jamais, consegui separar com segurança, para mim mesmo, o princípio da unidade do Ministério Público do princípio da indivisibilidade. Isso são palavras expressas da Constituição.

Diante da provocação de Vossas Excelências, eu vou tentar fazer essa distinção conceitual nesse meu pedido de vista.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu, disciplinadamente, aguardei minha oportunidade de intervir no debate, mas apenas a título de contribuição ao eminente ministro Ayres Britto, tal como ele fez na parte

anterior desta sessão, quando pedi vista, ousaria ponderar a Sua Excelência que examinasse a questão, não apenas sob a ótica do princípio da unidade do Ministério Público, mas também sob a perspectiva do princípio federativo, que é um dos princípios fundantes do Estado brasileiro.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E examinar exatamente a autonomia institucional, como fala o ministro Celso de Mello, do Ministério Público local, à luz desse princípio fundante.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu sempre proclamei essa autonomia, com toda a ênfase.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Esse é o primeiro aspecto.

O outro aspecto que me chamou a atenção e que foi evidenciado, entre outros, pelo eminente ministro Cezar Peluso, é que neste caso o Ministério Público estadual atua como parte no agravo em execução, e lançou mão de um remédio expedito para fazer valer uma decisão do Supremo Tribunal Federal útil ao processo em que ele era parte. Quer dizer, são questões que precisam ser, *data venia*, muito bem sopesadas, como foram de fato por todos os ministros, mas eu apenas trago essa modestíssima contribuição a Vossa Excelência para que possa também refletir.

O sr. ministro Ayres Britto: Valiosa contribuição.

#### EXTRATO DA ATA

Rcl 7.358/SP – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Reclamante: Procurador-geral da República. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5). Interessado: Reinaldo Ponciano (Procurador: Defensor público-geral do Estado de São Paulo).

Decisão: Após os votos da ministra Ellen Gracie (relatora) e do ministro Dias Toffoli, que reconheciam a legitimidade ativa exclusiva do procurador-geral da República, e os votos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que reconheciam a legitimidade ativa do Ministério Público estadual, pediu vista dos autos o ministro Ayres Britto. Falou, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República. Ausentes, justificadamente, os ministros Gilmar Mendes (presidente) e Eros Grau e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso (vice-presidente).

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

Brasília, 25 de março de 2010 – Luiz Tomimatsu, secretário.

## VOTO-VISTA

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Trata-se de reclamação constitucional, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Reclamação contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que restabeleceu o direito do presidiário Reinaldo Luciano à remição dos dias trabalhados em estabelecimento penal. Acórdão, a seu turno, alegadamente prolatado em rota de colisão com a Súmula Vinculante 9, deste nosso STF, assim vernacularmente posta:

O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58.

2. Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre dois específicos temas: a) a legitimidade do Ministério Público estadual para ajuizar reclamações perante este Supremo Tribunal; b) o significado técnico dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público enquanto instituição ou aparelho de Estado.

3. Quanto ao primeiro dos temas, a ilegitimidade do Ministério Público estadual para ajuizar reclamação junto a este STF já foi reconhecida quando do julgamento da Rcl 4.453. Mas, no presente caso, a ministra Ellen Gracie debruçou-se pela habilitação processual do *Parquet* estadual, contanto que ratificada a ação constitucional pelo procurador-geral da República. No que Sua Excelência foi parcialmente contraditada pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sob os seguintes fundamentos: a) o Ministério Público estadual atuou na qualidade de interessado, não podendo, por isso mesmo, ficar inferiorizado em face dos particulares que, também na condição de interessados processuais, podem fazer uso da reclamação; b) a concentração, no procurador-geral da República, da legitimidade ativa para a reclamação junto ao STF mutila ou amesquinha as funções constitucionais do Ministério Público estadual; c) o art. 46 da Lei Complementar 75/1993 regula tão somente as funções do procurador-geral da República enquanto chefe do Ministério Público Federal; vale dizer, nada tem a ver com a estruturação e funcionamento do Ministério Público estadual; d) a questão é de ser examinada sob a perspectiva do princípio federativo, de sorte a prestigiar o Ministério Público como um todo. Não apenas o da União.

4. Pois bem, tenho que a nossa Constituição Federal habilita, sim, o Ministério Público dos Estados para ajuizar reclamação perante o STF. E o faz por virtude ou força própria dele, Ministério Público estadual, e não pela participação ratificadora do procurador-geral da República. É que, na matéria, é do meu pensar que a Magna Carta Federal primou pela montagem do seguinte esquema de proposições normativas:

I – estruturou o Ministério Público sob a forma de instituição-gênero, compartimentada em duas espécies: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados (incisos I e II do art. 128); este último unitariamente concebido e, aquele, subdividido em ramos. A cada tipo de Ministério Público correspondendo uma lei complementar de matriz parlamentar diversificada, devido à natureza federal daquela que dispõe sobre a estruturação do Ministério Público da União, em paralelo com a natureza estadual da lei que dispõe sobre a segunda espécie de Ministério Público.

II – comunicou ou estendeu às duas espécies de Ministério Público os mesmos traços da permanência, da sua essencialidade em face da função jurisdicional do Estado, assim como da submissão aos princípios da unidade, indivisibilidade e independência, além da autonomia funcional e administrativa (*caput* do art. 127, mais os §§ 1º e 2º desse artigo). Sendo que: a) o princípio da unidade é de caráter preponderantemente orgânico-administrativo, por se referir a uma única chefia no âmbito de cada tipo de Ministério Público (§§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 129 da CF), um gozando de independência perante o outro e frente a qualquer dos poderes estatais (o mesmo acontecendo com a autonomia administrativa e funcional); b) o princípio da indivisibilidade, a seu turno, revestindo-se de natureza preponderantemente operativo-jurisdicional, por se reportar imediatamente ao modo de atuação judicial de qualquer das duas tipologias de Ministério Público. Princípio da indivisibilidade, esse, que traz para a dinâmica ministerial pública o traço da impessoalidade, no sentido de que, seja qual for o agente público que esteja oficiando nesse ou naquele processo, quem se faz juridicamente presente é o Ministério Público. O agente a *presentar* a instituição, em qualquer das duas espécies de Ministério Público sob concreta atividade. O agente, enfim, a não açambarcar jamais a instituição, pois o que importa é ela mesma como positividade da ideia-força de um órgão estatal tão substancial em si mesmo que nem faz parte de qualquer dos três poderes republicanos (o vínculo jurídico do Ministério Público é diretamente com a pessoa da União, ou dos Estados, conforme o caso). Donde se poder falar, metafóricamente, que o Ministério Público é um braço da sociedade civil no corpo jurídico do Estado. O que não impede, óbvio, que numa instância jurisdicional mais acima ou *ad quem* o Ministério Público da União atue como protagonista de um processo estadual em sua origem, notadamente como *custos juris* ou fiscal da correta aplicação do ordenamento jurídico (a clássica função do *custos legis*, numa linguagem mais tradicional);

III – erigiu toda a ordem jurídica, na clara acepção de sistema de direito positivo ou ordenamento jurídico, como a primeira das finalidades do Ministério Público, quer o pertencente à União, quer o situado na esfera institucional de cada Estado-membro. Defesa do ordenamento jurídico positivo que, ao lado da defesa do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (*caput* do art. 127), é densificada pelo extenso rol de competências do art. 129, resultando claro que: a) tais competências, a serviço que se acham da concretização da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, não são privativas do Ministério

Público da União, pois alcançam, por igual, o Ministério Público de cada Estado-membro; b) passa pelo ajuizamento de ações, recursos e pareceres na instância judicante que rigorosamente corresponda à incidência da garantia do *promotor natural* (êmulos que é da garantia constitucional do juiz natural). Saltando à inteligência que a reclamação constitucional se inscreve no rol desses mecanismos da protagonização judicial de qualquer das duas modalidades de Ministério Público. Nada importando que ela, reclamação, tenha no STF o seu único *locus* de aforamento, pois o que realmente conta, agora, sim, é a serventia jurídico-positiva do instituto. Serventia que, em última análise, se volta para o alcance daquele objetivo da defesa da ordem jurídica. Mais precisamente, na medida em que se destina à preservação da competência do Supremo, ou à garantia da autoridade das decisões dessa pinacular instância judicante, a reclamação se revela como ferramenta processual reflexa, oblíqua ou indireta de defesa do próprio sistema de direito positivo (“ordem” ou “ordenamento jurídico”, já o dissemos). Defesa que é a primeira das finalidades institucionais do Ministério Público enquanto gênero. A menos que se cometa o erro técnico de afirmar que não há vínculo funcional entre as hipóteses de incidência da reclamação e a higidez do ordenamento jurídico. Esquecendo-se de que, se compete ao STF, “precipualemente, a guarda da Constituição” (cabeça do art. 102 da nossa Lei Maior), é porque nele reside a garantia da permanência do próprio modelo do ordenamento jurídico brasileiro, que é um sistema de normas fundadas e ao mesmo tempo encimadas por uma Constituição Positiva. É como dizer: o STF existe, em rigor, para assegurar que o nosso sistema de direito positivo permaneça uma estrutura de normas escalonadas segundo um rígido esquema de supra-infra-ordenação (ortodoxamente hierarquizado, portanto). Na sempre recorrente doutrina de Hans Kelsen, o sumo fundador do positivismo ou da escola analítica do direito, lê-se:

Para todas as hipóteses, um ordenamento (...) do direito não representa um sistema de normas de igual ordem, senão de sobre-e-sob normas, isto significa uma estrutura de normas, cujo escalão superior é a Constituição fundamentada pela pressuposta norma fundamental e cujo escalão inferior são as normas individuais que fixam como devida uma conduta determinada concreta. [In *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 331.]

5. Ora, se é pela afirmação da supremacia da Constituição que o STF garante a higidez da ordem jurídica brasileira como um sistema escalonado de normas, é pelo mecanismo da reclamação que se garante o papel do Supremo, e, assim, por modo oblíquo ou reflexo é que se serve à integridade daquela mesma ordem escalonada de normas. Equivale a dizer: a reclamação, na medida em que serve para guardar o próprio guardião da CF, termina por servir, reflexivamente, à integridade do ordenamento que nessa Constituição se funda e a que ele, ordenamento, deve ser sistematicamente reconduzido.

E como incumbe ao Ministério Público, por qualquer das suas duas espécies, defender a nossa ordem jurídica, claro está que pode fazê-lo tanto por modo direto quanto indireto. Importando menos a instância judicante perante a qual venha a atuar do que a altaneira função de defesa da encarecida ordem jurídica, a primeira das suas (dele, Ministério Público) finalidades institucionais. A função a preponderar sobre o *locus* de atuação de todo o Ministério Público.

6. Em palavras diferentes, há um vínculo necessário entre o instituto da reclamação e a defesa da ordem jurídica, o que viabiliza o manejo da ação pelo Ministério Público enquanto instituição-gênero. Logo, tanto o Ministério Público da União, quanto o Ministério Público dos Estados, pois não há diferença de qualidade entre as duas tipologias; bastando lembrar que tanto as finalidades a que se reporta o art. 127 da Constituição quanto as competências listadas pelo art. 129 da mesma Carta Política são comuns ao Ministério Público da União e àquele que é próprio dos Estados-membros.

7. Certo que esse vínculo entre a reclamação e a ordem jurídica brasileira é indireto ou reflexo, na medida em que ela, reclamação, se destina a guardar imediatamente o guardião-mor de tal ordem jurídica, que é o STF. Mas guardar o guardião-mor para que ele possa fazer o que lhe cabe: guardar precipuamente a Constituição, e, assim, preservar a natureza do ordenamento como um todo composto de normas que se relacionam por um rígido esquema de supra-infra-ordenação. **Tudo de modo a afunilar na ideia-força de que a meta é a fonte; ou seja, a derradeira das metas do ordenamento jurídico brasileiro é a primeira das fontes de positivação jurídica: a Constituição Federal.** E isso é o que interessa para a habilitação processual do Ministério Público, e não o caráter reflexo do modo pelo qual a reclamação constitucional é por ele posta a serviço da ordem jurídica pátria.

8. Também não se desconhece que o art. 46 da Lei Complementar 75/1993 prescreve que o *locus* de atuação judicial do procurador-geral da República é o Supremo Tribunal Federal. Mas também é certo que tal disposição não é excludente da atuação dos Ministérios Públicos estaduais na mesma instância judicante do Supremo, pois se trata de um diploma normativo exclusivamente direcionado à estruturação e ao funcionamento do Ministério Público da União. Nada tendo a ver, portanto, com o Ministério Público que é próprio de cada Estado-membro. Ministérios Públicos estaduais a quem compete, por evidente, velar pela defesa da competência e pela autoridade das decisões do STF nas respectivas unidades federadas, até porque, ainda segundo o insuperável magistério de Hans Kelsen, as decisões judiciais fazem parte da própria estrutura escalonada dos ordenamentos jurídicos que se fundam numa Constituição rígida (como é a nossa Lei Maior); e fazem parte, óbvio, na qualidade de normas jurídicas individuais ou de base.

9. Nessa mesma linha é a didática exposição do constitucionalista Carlos Augusto Alcântara Machado, que é também procurador de justiça e professor de direito constitucional da Universidade Federal de Sergipe, a saber:



Ao indicar a *unidade* como o primeiro dos princípios institucionais, perseguiu o constituinte o sentido orgânico, isto é, reconheceu que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob única chefia, direção, supervisão. Em outras palavras, organicamente os membros do MP não se apresentam individualizados, pois representam – todos indistintamente – a mesma instituição.

Já a *indivisibilidade*, deve ser compreendida do ponto de vista funcional e como corolário da *unidade*. Por ser o Ministério Público uno, enquanto instituição, a atuação dos seus membros não é vinculada aos processos ou procedimentos nos quais funcionam e, por conseguinte, os respectivos agentes podem ser substituídos, nas hipóteses legais, por outros, sendo sempre o mesmo Ministério Público, no desempenho de idêntica atividade.

(...)

Por não haver hierarquia entre o MPU e o MPE e sob pena de grave e inconstitucional interferência na independência funcional do Ministério Público das unidades da Federação brasileira, eventuais reclamações, ações civis ou mesmo petições, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, *verbi gratia*, no exercício das suas atribuições e prerrogativas, não podem se subordinar – para ter regular processamento – à discricionária ratificação do Chefe do Ministério Público da União.

(...)

Diversa, no entanto, a conclusão para o exercício de atuação na condição de órgão interveniente, *custos legis*. De fato, nessa circunstância somente o Procurador-Geral da República – agora por expresse mandamento constitucional (§ 1º do art. 103) tem legitimidade (atribuição) para funcionar nos processos de competência do Supremo Tribunal Federal. [Princípios Institucionais do Ministério Público: Unidade e Indivisibilidade, cópia *mimeo*.]

10. Com esses fundamentos, que me parecem incorporar todos aqueles judiciosamente oralizados pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski na última sessão de julgamento, reconheço a legitimidade ativa do procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo em tema de reclamação constitucional. Pelo que divirjo do ilustrado voto da ministra Ellen Gracie apenas quanto à necessidade, que de pronto afasto, de ratificação da peça inicial da reclamatória pelo procurador-geral da República.

11. Já de referência ao mérito da causa, acompanho a conclusão da eminente ministra, por também entender que a Súmula Vinculante 9 não

afrontou o direito subjetivo à individualização da pena, nem atentou contra o chamado princípio da proporcionalidade, na avaliação da falta disciplinar eventualmente cometida por presidiário e em face do instituto dos dias remidos. É dizer, a Súmula Vinculante 9 apenas sintetizou nossa firme jurisprudência no sentido de que os dias remidos são passíveis, sim, de perda total, por motivo de falta grave apurada em processo disciplinar e objeto de decisão pelo competente juiz da vara de execuções penais. Mas não impediu que tal decisão incorporasse um juízo legal de graduação da falta disciplinar, mesmo grave, para, se for o caso, proporcionalizar o *quantum* da perda dos dias remidos. Logo, a teor da súmula em causa, a perda dos dias remidos tanto poderá ser total quanto parcial, a depender da avaliação que a lei formal do Congresso Nacional vier a fazer da falta disciplinar cometida no caso.

12. Em conclusão, voto parcialmente com a relatora para assentar a legitimidade ativa do Ministério Público dos Estados em tema de reclamação constitucional. No mérito, acompanho integralmente o voto da ministra Ellen Gracie, no sentido da procedência desta reclamação. Pelo que também cassou o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto.

VOTO  
(Confirmação)

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, só peço vênias para reafirmar o voto que proferi na sessão anterior, relativamente à competência exclusiva do procurador-geral para atuar perante o Supremo Tribunal Federal, com base nos arts. 103, § 1º, da Constituição e 156 do nosso Regimento.

VOTO  
(Sobre preliminar)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu também, presidente, vou pedir vênias ao ministro Carlos Britto. Por mais que tenha lido, tenho uma dúvida ainda que me ficou do voto de Vossa Excelência, ministro, por limitação minha certamente, mas Vossa Excelência citou a Lei Complementar 75, no art. 46, e o fundamento é constitucional. Também no meu voto, tal como afirmado pela ministra Ellen Gracie, baseio-me no que a Constituição estabelece. Só que interpreto todos os princípios da unidade, da independência, exatamente no sentido oposto, para chegar à conclusão oposta, tal como foi feito pela ministra Ellen Gracie.

A minha pergunta para Vossa Excelência seria, em face do que Vossa Excelência verbaliza no voto, se há uma interpretação conforme que está sendo dada ao art. 46, que dispõe:

Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público (...)

E Vossa Excelência, no voto, afirma que o Ministério Público é uma unidade, claro, como está na Constituição, independentemente de esta lei se referir apenas ao Ministério Público Federal, e não ao estadual.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, eu acho que me fiz entender mal. Falei do Ministério Público como uma instituição gênero, que se bifurca em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas a lei não faz essa bifurcação.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas é porque essa lei dispõe sobre Ministério Público da União.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só. É exclusiva.

O sr. ministro Ayres Britto: Entendeu? Cada Estado-membro tem sua lei complementar.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, e, dentro de cada um deles, há autonomia administrativa, autonomia financeira, dentro de cada espécie de Ministério Público.

O sr. ministro Celso de Mello: **Reafirmo**, senhor presidente, **o voto** que proferi, em 25-3-2010, a **propósito da questão preliminar ainda** sob apreciação desta Corte.

*Disse, naquela oportunidade, que o Ministério Público estadual dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais e no âmbito de processos cuja natureza justifique a sua formal participação, quer como órgão agente, quer como órgão interveniente.*

**Observei, então, que não tem sentido, por implicar ofensa manifesta à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, exigir-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do senhor procurador-geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do “Parquet” estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional, a chefia do Ministério Público da União (CF, art. 128, § 1º).**

**É importante assinalar, porque juridicamente relevante, que o postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional (CF, art. 127, § 1º), a significar que o Ministério Público estadual não é representado – muito menos chefiado – pelo senhor procurador-geral da República, eis que é plena a autonomia do “Parquet” local em face do eminente chefe do Ministério Público da União.**

**Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público dos Estados-membros não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, em sede de reclamação, perante o Supremo Tribunal Federal.**

Não é por outra razão, senhor presidente, tal como acentuara no início deste julgamento, em 25-3-2010, que esta Corte, *tratando-se* do Ministério Público do Trabalho – órgão que integra o Ministério Público da União –, tem-lhe negado qualidade para agir em sede reclamatória, pelo relevante motivo de a representação institucional do Ministério Público da União caber, com exclusividade, ao procurador-geral da República (Rcl 4.091-AgR/GO, rel. min. CARMEN LÚCIA – Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, rel. min. ELLEN GRACIE – Rcl 5.543-AgR/GO, rel. min. CELSO DE MELLO, v.g.).

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, se Vossa Excelência me permite, se não fosse essa norma da lei do Ministério Público da União, qualquer procurador, seja do trabalho ou outro, se sentiria com competência para dar parecer no Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, no âmbito da União, se limitou ao procurador-geral da República a atuação no Supremo Tribunal Federal em nome do Ministério Público da União.

Segundo: para que se reconhecesse que o Ministério Público estadual não tem legitimidade autônoma para propor reclamação, seria preciso reconhecer que ele não pode nem interpor recurso nenhum, porque é a mesma coisa. Ademais teríamos que fixar que o procurador-geral da República tem o poder de vetar, ou melhor, de estimar se é legítimo ou não o interesse que o Ministério Público estadual queira defender. Em outras palavras, subordinaríamos a atuação do Ministério Público estadual – não digo ao arbítrio – à estima, ao juízo do procurador-geral da República.

O sr. ministro Celso de Mello: E mais, senhor presidente...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não poderia agir. Se ele tivesse que chegar ao Supremo Tribunal Federal, teria de, primeiro, perguntar ao procurador-geral da República se ele pode vir ou não ao Supremo Tribunal Federal!

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, além disso, com o devido respeito, o que me parece mais importante, isso, longe de fortificar, só debilita o Ministério Público.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E que o Supremo pode acolher.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Presidente, apenas um minuto, não contraditando o que sempre brilhantemente expõe o ministro Celso de Mello, mas fazendo uma indagação ao Tribunal, eu gostaria de saber se, com uma decisão no sentido em que se encaminha, estaria o Tribunal derrubando o veto presidencial ao art. 29 da Lei 8.625. Esse art. 29 dizia o seguinte:

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federais e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça [estadual]:

(...)

IV - Ocupar a tribuna nas sessões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para formular requerimentos, produzir sustentação oral ou responder às perguntas que lhe forem feitas pelos Ministros, nos casos de recursos interpostos ou de interesse específico do Ministério Público local.

Como nós estamos estendendo legitimidade ativa aos procuradores-gerais de Justiça, eles terão, então, que ser admitidos a essa sustentação oral ao menos em reclamações, e estaremos nós, sem sermos Poder Legislativo, derrubando um veto do presidente da República.

O sr. ministro Celso de Mello: O veto do presidente da República apenas impediu que se convertesse em lei uma proposta de direito novo. Ademais, nós estamos interpretando a Constituição, e fazendo-o a partir de alguns postulados essenciais: um, de ordem estrutural, que é o princípio da Federação, e outro, de caráter orgânico, que são os postulados institucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, ambos de extração constitucional.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Acho que não, não há norma alguma.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu agradeço as sempre muito fecundas lições do ministro Celso de Mello, entretanto os fundamentos apresentados não me convencem.

Continuo convencida de que, nos termos da Constituição, de toda sorte, parece-me que, com a interpretação que posso dar à Constituição - nem vou fazer referência ao Regimento Interno -, a legitimação aqui seria do Ministério Público, desde que com a ratificação do procurador-geral da República.

Não me convence muito, ministro Ricardo Lewandowski - que enfatizou a questão da federação -, ruptura da questão federativa neste caso, pela singela circunstância de que determinadas competências, até por opção do constituinte, já foram entregues somente ao procurador-geral da República. Federação não é uma ciranda de entidades autônomas; mas a autonomia é exatamente o espaço de independência conferido constitucionalmente. Como eu estou interpretando, realmente, que esse espaço autônomo foi fixado pela Constituição, não me parece aqui, de jeito algum, que ferir; analisei exatamente esse ponto, porque levantado por Vossa Excelência, e, claro, de muita importância. Mas não me convencem essas razões.

Peço vênia, senhor presidente, mas acompanho a relatora, portanto, para concluir no mesmo sentido. Ou seja, há possibilidade, se vier a reclamação, com a ratificação prévia do procurador-geral.

VOTO  
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, acompanho a eminente relatora e o faço à luz do princípio federativo para tirar a conclusão diametralmente oposta àquela que foi extraída pelos ministros que se opõem ao seu voto. Ou seja, para mim – e assim o é em todas as federações –, as competências dos órgãos constitucionais principais e dos órgãos constitucionais com atribuição para atuar perante as Cortes Supremas dessas federações só residem na Constituição Federal. Ela é quem diz – assim como nós já decidimos aqui qual é a competência originária desta Corte – quem pode atuar originariamente perante a Corte Suprema do país.

Com essas breves considerações, acompanho a eminente relatora.

VOTO  
(Sobre preliminar)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, pedindo vênias à eminente relatora, entendo que a questão está bem posta a partir, agora, do voto do ministro Celso de Mello.

Não há esse monopólio da representação por parte do procurador-geral, nem essa superioridade hierárquica dele em relação ao Ministério Público estadual.

Trata-se, apenas, de defesa de decisões, no que diz respeito à competência para a reclamação, que pode ser submetida por qualquer desses órgãos do Ministério Público perante o Supremo Tribunal Federal.

Eu tenho a impressão de que, se nós referendássemos esse entendimento, chegaríamos, realmente, a um tipo de tutela do Ministério Público estadual pelo órgão federal, o que representaria um malferimento, uma lesão ao modelo federativo.

Quanto ao argumento lançado, por último, pelo eminente relator, parece-me que a questão é apenas de interpretação. Todo dia, certamente, nós decidimos recursos extraordinários que sequer são manejados pelo procurador-geral de Justiça, mas por um membro qualquer do Ministério Público estadual, que acompanha, eventualmente, aquele processo e poderá vir a sustentar até da tribuna do Supremo Tribunal Federal, como tem ocorrido também com os demais órgãos. Nós temos reconhecido toda a autonomia e temos visto brilhantes sustentações feitas pelas defensorias públicas estaduais, que trazem, até ao Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? A reclamação é bifurcação do processo que corre na origem. Então, parte legítima para a reclamação, inclusive sob o ângulo ativo, é justamente a que acompanha o processo na origem. Não há como se conceber a confusão quando o Ministério Público atua como parte e quando atua como fiscal da lei.

Não se imagina uma corrida de revezamento. Foi como disse: ficaria muito difícil para o Ministério Público Federal acompanhar, no Brasil inteiro, nos tribunais do Brasil inteiro, nos órgãos judicantes do Brasil inteiro, as ações para perceber quando descumprido ou não um verbete de Súmula. E, se levarmos essa atuação às últimas consequências, no Supremo, inclusive confundindo o Ministério Público como parte e como fiscal da lei, assentaremos também que o advogado que atua no Estado não poderá vir e defender na causa, que ele acompanhou na origem, no Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência me permite? Vi bem aí, vamos dizer, o acento que o ministro Joaquim Barbosa, com o devido respeito, deu à palavra “atuar”, mas “atuar” aí significa também atuar como *custos legis*, isso realmente nenhum Ministério Público pode fazer, só o procurador-geral da República.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu me referi à atuação em causas originárias.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quer dizer, não tem sentido que se admitissem, atuando no Supremo Tribunal como *custodes legis*, todos os Ministérios Públicos. Por isso a Constituição diz que, para atuar como *custos legis*, subentendido, só o procurador-geral da República. Ele é único nesse aspecto também.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu deixei explícito isso no meu voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele, sim, tem exclusividade para atuar, perante o Supremo, como *custos legis*. Agora, como parte, o Ministério Público estadual precisaria perder a capacidade de estar em juízo, para que se lhe reconhecesse ilegitimidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nas situações jurídicas previstas em lei.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas nem é preciso, ministro, porque, em última consequência, não poderia sequer propor ação penal! Se não tem capacidade de estar em juízo, não pode propor ação penal. Como é que o Ministério Público estadual vai propor ação penal, se não tem capacidade de estar em juízo?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas ele não propõe nenhuma ação penal perante o Supremo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele não atua perante o Supremo, propõe em outro local.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu me referi às ações originárias. Eu acho que é isto que está em debate.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, sua capacidade de ser parte significa que pode propor todas as ações possíveis como parte. É o que ele fez aqui. É uma ação, ele é parte ativa da reclamação.

O sr. ministro Marco Aurélio: A reclamação, em última análise – penso que o professor Frederico Marques enquadrou assim –, é um sucedâneo recursal.

O sr. ministro Celso de Mello: **Trata-se** de medida de direito processual constitucional. A reclamação **tem** extração constitucional.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Assim como o recurso extraordinário. Como é que o Ministério Público estadual pode propor recurso extraordinário, mas não pode propor reclamação?

O sr. ministro Celso de Mello: Vossa Excelência citou, *apropriadamente*, o exemplo das Defensorias Públicas. A Defensoria Pública dos Estados-membros não atua, no Supremo, por intermédio da Defensoria Pública da União...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É um símile.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não tem sentido** estabelecer-se uma (*inexistente*) relação de subalternidade, de (*incompreensível*) dependência processual, **entre** o Ministério Público dos Estados-membros e o Ministério Público da União. Simplesmente, **não existe**, no plano constitucional, **qualquer** vinculação hierárquica **que subordine** o Ministério Público local ao poder e à autoridade do eminente procurador-geral da República.

O sr. ministro Ayres Britto: Não existe isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E seria uma interferência profunda, porque dependeria do procurador-geral da República a avaliação da legitimidade do interesse para propor ação.

O sr. ministro Celso de Mello: O Ministério Público dos Estados-membros **não depende** do eminente chefe do Ministério Público da União **para atuar** perante esta Suprema Corte, **eis** que – *insista-se* – **inexiste** qualquer vínculo de subordinação **entre** essas instituições. **Entendimento diverso**, *que submetesse* o Ministério Público local ao Ministério Público da União, **implicaria clara ofensa** ao postulado da Federação, **o que se mostra constitucionalmente inaceitável**.

**Vale rememorar**, neste ponto, **o magistério**, *sempre autorizado*, de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*“Instituições de Direito Processual Civil”*, vol. I/202-203, item n. 113, 3. ed., 1966, Forense), **para quem**, *“No Brasil, em virtude da organização federativa, pode-se dizer que há um ‘parquet’ em cada Estado, além do que constitui o Ministério Público Federal e dos que funcionam junto às jurisdições especiais. Dentro de cada ‘parquet’ existe a unidade e indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De ‘parquet’ para ‘parquet’ (...) existem laços de coordenação e igualdade”* (grifei).

**Não consigo vislumbrar**, *portanto*, senhor presidente, **qualquer** fundamento constitucional **que possa justificar** o entendimento **que pretende submeter** a atuação processual do Ministério Público dos Estados-membros à direção do eminente chefe do Ministério Público da União.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não se consegue, realmente.

Portanto, acompanho.



DEBATE  
(Mérito)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, neste caso, cassamos o acórdão.

O sr. ministro Celso de Mello: Senhor presidente, **quanto ao mérito**, penso haver, *aqui*, um ponto que **não** se debateu. **Refiro-me** à questão **concernente** à possibilidade, ou não, de a Súmula Vinculante 9, de conteúdo *evidentemente* gravoso, **aplicar-se** a fatos **anteriores** à sua publicação na imprensa oficial.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é a questão de mérito.

O sr. ministro Celso de Mello: **Cabe verificar, portanto, superada** a questão preliminar **concernente** à legitimidade ativa "*ad causam*" do Ministério Público **do Estado** de São Paulo, **se** a situação exposta **na presente** reclamação **traduz, ou não, hipótese de ofensa** à autoridade da Súmula Vinculante 9/STF.

Em casos **idênticos** ao que ora se examina, **tenho acolhido** a pretensão reclamatória deduzida pelo Ministério Público paulista, **como o evidencia** julgamento consubstanciado **em decisão** assim ementada:

*O estatuto de regência da remição penal não ofende a coisa julgada, não atinge o direito adquirido nem afeta o ato jurídico perfeito, pois a exigência de satisfatório comportamento prisional do interno – a revelar a participação ativa do próprio condenado na obra de sua reeducação – constitui pressuposto essencial e ineliminável da manutenção desse benefício legal.*

*A perda do tempo remido, em decorrência de punição por falta grave (art. 127 da Lei de Execução Penal), não vulnera o postulado inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. É que a punição do condenado por faltas graves – assim entendidas as infrações disciplinares tipificadas nos arts. 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal – traz consigo consideráveis impactos de natureza jurídico-penal, pois afeta, nos termos em que foi delineado pelo ordenamento positivo, o próprio instituto da remição penal, que supõe, para efeito de sua aplicabilidade e preservação, a inexistência de qualquer ato punitivo por ilícitos disciplinares revestidos da nota qualificadora da gravidade objetiva. Doutrina. Precedentes. [Rcl 7.099/SP, rel. min. CELSO DE MELLO.]*

**Há, porém**, no caso, senhor presidente, como anteriormente salientei, **uma singularidade** consistente no fato de o comportamento do ora interessado **haver ocorrido** em momento **que precedeu** a publicação, na imprensa oficial, da Súmula Vinculante 9/STF.

Foi por tal razão que o e. Tribunal de Justiça paulista entendeu **inaplicável**, à espécie, o enunciado vinculante em questão, pois – segundo enfatizou o acórdão de que se reclama – os atos **configuradores** da falta disciplinar imputada ao sentenciado, ora interessado, ocorreram **antes** da própria publicação, na imprensa oficial, da **formulação** inscrita na Súmula Vinculante 9/STF:

*A Súmula Vinculante n. 9 não tem, portanto, o condão de retroagir seus efeitos, pois, se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, do mesmo modo, como visto, veda a incidência daquela a evento pretérito, na medida em que prejudicial ao recluso. [Grifei.]*

O sr. ministro Marco Aurélio: É a problemática da eficácia em relação a todos, que não havia à época.

O sr. ministro Celso de Mello: A **Constituição** diz que a súmula vinculante **terá eficácia** – e eficácia impositiva – a **partir** da sua publicação na imprensa oficial.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quer dizer que o acórdão é anterior?

O sr. ministro Celso de Mello: **Não**. O acórdão que julgou o recurso de agravo em execução penal é **posterior**, mas os fatos **configuradores** da falta disciplinar **são fatos anteriores** à publicação do enunciado sumular vinculante. **Eis o que diz** o Tribunal de Justiça de São Paulo:

*(...) a Súmula Vinculante n. 9 do STF deve necessariamente passar pelo crivo da garantia constitucional da irretroatividade da norma penal mais gravosa. Aplica-se, portanto, aos fatos ocorridos após a sua publicação. [Grifei.]*

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro Celso de Mello, só uma pergunta. Penso que não ultrapassamos ainda a questão da legitimidade, quer dizer, agora ultrapassamos, sim, mas tenho a impressão de que a eminente relatora, então, não emitiu voto.

O sr. ministro Celso de Mello: A eminente relatora **discutiu** a questão preliminar e ingressou no exame do mérito, havendo julgado procedente a presente reclamação.

A sra ministra Cármen Lúcia: Ela superou e deu o voto de mérito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ela achou que, como estava ratificado o pedido, então a preliminar estava superada, porque o pedido estava ratificado.

O sr. ministro Celso de Mello: O Tribunal de Justiça de São Paulo diz que a falta disciplinar **atribuída** ao ora interessado ocorreu em 19 de setembro de 2006. **Trata-se, portanto**, de fato que se subtrai **ao âmbito** de incidência da Súmula Vinculante 9 desta Corte, **porque é anterior** à publicação de referido enunciado sumular.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Dia 29 de março de 2005.

O sr. ministro Celso de Mello: *Não importa* se o fato ocorreu em 2005 ou em 2006. **Assume relevo, isso sim**, uma **particular** circunstância de ordem temporal, **pois** os fatos configuradores da infração disciplinar **registraram-se** alguns anos **antes** da publicação da Súmula Vinculante 9 na imprensa oficial, que *somente* se deu em 20-6-2008, **com republicação** em 27-6-2008.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Mera interpretação.

O sr. ministro Celso de Mello: *Mas essa é uma interpretação gravosa, pois faz aplicar* uma norma que, **consubstanciada** em enunciado sumular vinculante, tem efeitos **claramente restritivos e cuja eficácia incide** sobre a esfera jurídica do sentenciado.

O sr. ministro Ayres Britto: Ela apenas consubstanciou uma jurisprudência.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): É verdade.

O sr. ministro Celso de Mello: **Não** se deve esquecer que a súmula vinculante, **ao contrário** do enunciado sumular comum (que constitui *mera referência paradigmática*), **traduz** verdadeira *pauta subordinante* de julgamentos e de comportamentos administrativos, **à semelhança dos Assentos** da Casa da Suplicação de Lisboa, **cuja eficácia impositiva** derivava das Ordenações do Reino, **tanto as Ordenações Manuelinas (1521) quanto as Ordenações Filipinas (1603), sem** se falar, *ainda*, na *Lei da Boa Razão* (1769).

**É de observar, no ponto, até mesmo** a título de mero registro histórico, que a legislação **imperial** brasileira **outorgou**, no curso *do Segundo Reinado*, em 1875, *ao Supremo Tribunal de Justiça*, **o poder de formular Assentos impregnados** da mesma força normativa da lei, **vale dizer, revestidos, portanto**, de força obrigatória e geral.

Essa competência especial, *no entanto*, **atribuída**, no Império, ao Supremo Tribunal de Justiça, **cessou** com o advento da República, em 15-11-1889.

**Em Portugal, contudo**, esse modelo, **iniciado** com as Ordenações do Reino e **recepcionado**, posteriormente, pela legislação republicana, **deixou de prevalecer**, na década de 1990, **quando** o Tribunal Constitucional desse país, **em dois julgamentos (Acórdão 810/1993 e Acórdão 743/1996)**, **veio a declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 2º** do Código Civil português, **que atribuía**, aos Tribunais, competência para *“fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral”*.

**Vê-se, daí**, que a súmula vinculante, **introduzida** pela EC 45/2004, **deita raízes em antiqüíssima** prática reinol, **que data** do Século XVI, com as Ordenações Manuelinas (1521)...

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Acredito que seria levar a um extremo muito grande equiparar súmula à lei. Não considero que a interpretação que, neste caso, não favorece ao réu, não possa ser adotada como súmula vinculante. E permitir a interpretação da súmula e esta situação dos fatos em relação à súmula, no tempo, não só contraria a letra da Constituição, que determina que, a partir da publicação da súmula, ela é obrigatória para todas as instâncias do Judiciário, mas também estimula a recalitrância dos tribunais. Esse Tribunal, especificamente, não desconhecia que a nossa jurisprudência já era firmada nesse sentido.

O sr. ministro Ayres Britto: Já era, sim. A súmula não inovou em conteúdo. Como não podia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja Vossa Excelência que a súmula veio apenas confirmar a constitucionalidade, a legitimidade de uma norma legal pré-constitucional que estabelecia.

O sr. ministro Ayres Britto: Isso. Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Portanto, é questão de recepção. Então, parece-me que, a suscitar esse tipo de questão e, sobretudo, a entender que, no caso, tal como faz o Tribunal de São Paulo, se os fatos ocorreram – veja, não estamos nem tomando como parâmetro temporal a decisão, mas os fatos –, então, isso se torna extremamente complexo, e a nossa missão de pacificar, de uniformizar, se perde. A súmula aqui apenas referendou um entendimento pacífico. A matéria poderia chegar, portanto, pela via de um recurso normal ao Supremo Tribunal Federal. Tomou a via expedita da reclamação em razão da edição da súmula vinculante.

De modo que peço todas as vênias ao eminente ministro Celso de Mello, mas aqui fico com o voto da eminente ministra relatora.

## VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, quero me manifestar, porque, na verdade, o que o ministro Gilmar Mendes está asseverando coincide exatamente com a decisão do juiz da Vara de Execuções da Comarca de Presidente Prudente. Ele respeitou a jurisprudência reiterada do Supremo que, num determinado momento, se convolou numa súmula vinculante. Então, temos uma decisão do juízo das execuções alinhada à jurisprudência da Casa.

Aí vem o agravo em execução, e o Tribunal reformou depois da vigência da súmula. Então, o que se está a discutir, neste momento, é se essa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo pode, ou não, subsistir em face da publicação da súmula vinculante.

Eu, *data venia*, entendo que não pode subsistir, porque está aqui consignado, no parecer do Ministério Público, que, claramente, essa decisão é posterior à publicação da nossa súmula. Se se anular essa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, volta, no meu entender, a vigorar a decisão do juízo das execuções, que está consentânea com a jurisprudência da Casa.

## VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Presidente, eu adiro à conclusão da ministra relatora no sentido de cassar o acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

## VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para acompanhar o ministro Celso de Mello. Faço-o ressaltando que estamos a lidar com matéria penal, e então não podemos deixar de levar em consideração o que a Constituição prevê a respeito da irretroatividade da lei.

O preceito citado encerra um verdadeiro princípio e alcança não só a lei, no sentido formal e material, como também ato equivalente a esse diploma. Sabemos, ante a força vinculante, prevista na própria Carta, que o verbete tem contornos normativos e desafia, inclusive – foi ressaltado pelo ministro Celso de Mello –, a ação direta de inconstitucionalidade. Aliás, antes mesmo da edição, da criação do verbete vinculante, cheguei a pronunciar-me no sentido da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade quanto a verbetes da súmula no que impeditivos de recursos, ganhando, portanto, contornos praticamente normativos.

Vossa Excelência ressaltou que a falta teria sido praticada em 2005. Não posso considerar o verbete vinculante. Uma coisa seria enfrentar a matéria em termos de descumprimento da Lei de Execução Penal, se me defrontasse com um recurso interposto pelo Ministério Público. Mas o que está em mesa para julgamento não é um recurso propriamente dito, é uma reclamação.

Penso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao observar, e observar à exaustão, o princípio da irretroatividade da norma – gênero – mais gravosa ao acusado, andou bem e afinado, portanto, com a ordem jurídica constitucional.

## VOTO

(Mérito: continuação)

O sr. ministro Celso de Mello: **Enfatizo**, senhor presidente, já **concluindo** o meu voto, **que o conteúdo normativo** da súmula vinculante **não pode retroagir**, só devendo incidir, *legitimamente*, sobre fatos registrados em **momento subsequente** ao de sua publicação na imprensa oficial, **sob pena** de transgressão à cláusula inscrita no **inciso XL** do art. 5º da Constituição da República, **que veda, de modo incondicional, a aplicação retroativa** de quaisquer atos estatais **que veiculem** regras penais *de conteúdo gravoso*.

A **questão da eficácia temporal** da súmula vinculante **não pode** conduzir a interpretações **que viabilizem** a aplicação retroativa, *“in pejus”*, de seu conteúdo normativo, **não podendo, por isso mesmo, estender-se a fatos pretéritos**.

O conteúdo da súmula vinculante **permite equipará-la, para efeito de** definição de seu domínio temporal, às formulações normativas editadas pelo Estado, **de tal modo** que a *eficácia subordinante e impositiva* do modelo sumular, **tal como instituído** pela EC 45/2004, *rege-se pela cláusula da prospectividade, submetendo-se*, em consequência, *quando se tratar de matéria criminal ou penal, ao postulado constitucional que veda a retroatividade de normas gravosas* (CF, art. 5º, XL).

O exame do significado e do alcance normativo da regra consubstanciada no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal **tem merecido** expressivas manifestações da jurisprudência desta Suprema Corte (RTJ 140/514, rel. min. CELSO DE MELLO – RTJ 151/525, rel. min. MOREIRA ALVES, v.g.) e, também, de outros tribunais da República (RT 467/313 – RT 605/314 – RT 725/526 – RT 726/518 – RT 726/523 – RT 731/666):

*O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da lex gravior.*

*A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. [RTJ 186/252, rel. min. CELSO DE MELLO.]*

*Vê-se, pois, que a circunstância de ordem temporal decorrente da sucessão de normas estatais no tempo revela-se apta a conferir eficácia, em sede penal, à decisão (ou à norma) mais favorável, uma vez configurada a situação nela prevista.*

Esse entendimento, que busca justificação dogmática no inciso XL do art. 5º da Constituição, sempre que o conteúdo normativo da súmula vinculante *revelar-se gravoso* em matéria penal, **tem o beneplácito** de ilustres doutrinadores (ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, “As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico”, p. 95/96, item n. 11.9, LTr; LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO, “Súmula Vinculante e a Lei 11.417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema”, vol. 391/624-625, maio/junho de 2007, Revista Forense; GUSTAVO APPIO, “Controle Difuso de Constitucionalidade – Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada”, p. 87, item n. 5.2, 2008, Juruá; GUSTAVO DE MEDEIROS MELO, “Limites à Retroatividade do Precedente Uniformizador de Jurisprudência”, v.g.).

Por essas razões, senhor presidente, e tendo em vista a anterioridade, no tempo, da conduta atribuída ao sentenciado, ora interessado, examinada em face da data de publicação da Súmula Vinculante 9/STF, peço vênias para julgar improcedente a presente reclamação.

É o meu voto.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Ministro Celso de Mello, acompanhar a linha de raciocínio de Vossa Excelência mais reforça o meu posicionamento contrário à sumulação de matéria penal, porque cada vez que nós sumularmos matéria penal, só poderemos aplicar para os fatos ocorridos após, na interpretação que agora é dada por Vossa Excelência.

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, eu acho que a súmula vinculante é norma de decisão, mas, na linha do que disse Friedrich Müller, uma coisa é norma de decisão, outra é o texto normativo. E, para mim, à luz da Constituição, a súmula vinculante não se transforma em texto normativo; é norma de decisão interpretando um texto normativo já existente.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Texto já existente, que consideramos como validado pela nova Constituição.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E, neste caso, aplicado. O juiz aplicou.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E veja que não há nenhuma dúvida de que a decisão do Tribunal de São Paulo, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo, está em contradição com o que estabelece a lei de execução, que foi, de alguma forma, agora consolidada na súmula vinculante de que se cuida.

Não há que se invocar, aqui, o efeito retroativo ou não da súmula, porque não é disso que se cuida. Trata-se, simplesmente, de dizer: Esse entendimento vinculante do Tribunal foi violado? Qual é o entendimento vinculante do Tribunal? Aquele que diz que a tal lei pré-constitucional foi recepcionada, que ela é constitucional, tão somente isso.

O sr. ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência me permite? Vou pedir máxima vênua ao ministro Celso de Mello, a partir da premissa que ele colocou, para concluir em contrário, com o devido respeito.

De fato, a súmula vinculante é deveras regra de decisão. Portanto, o objeto da súmula é a decisão, de modo que a data da decisão é que conta. Significa isso o quê? Que todas as decisões têm que, a partir da edição da súmula, estar de acordo com seu teor, não os fatos; as decisões. Por isso, há uma norma de decisão. Desde que a decisão foi proferida, após o início de vigência da súmula, se contraria a súmula, ela tem que recair.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ela não pode subsistir.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O que a reclamação põe é isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O fato, que é o objeto da decisão, está noutra plano de indagação, que não diz respeito propriamente à eficácia da súmula, mas à interpretação que a decisão local, afrontando a súmula, deu aos fatos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, nós temos que ver que a súmula vinculante não surge num vácuo.

O sr. ministro Ayres Britto: Não. Consolida algo preexistente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, do meu ponto de vista, é muito simples: a partir de agora, do início de vigência da súmula, as decisões têm que ser com esse sentido.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ela se calca em dezenas de decisões proferidas por esta Corte que, por sua vez, tiveram como pano de fundo uma norma que estava em vigor desde 1984. Admitir esta tese que nós estamos discutindo seria o mesmo que admitirmos que a lei, que foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional em 1984, estaria em hibernação de 1988 até a edição da súmula. Essa seria a tese, se acolhêssemos. Não se discute: a lei está em vigor desde 1984.

O sr. ministro Celso de Mello: Essa, na realidade, não é a tese ora em discussão. A "*causa petendi*", vale dizer, o elemento causal subjacente à reclamação não é o descumprimento da lei, mas, *sim*, o desrespeito à autoridade vinculante do enunciado que se contém na súmula.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas a lei também tem autoridade vinculante.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas veja Vossa Excelência também que, em termos de funcionalidade, isso traria um outro problema, porque, a toda questão que se colocasse, nós teríamos de buscar, não agora a data da decisão, mas a data dos fatos para saber se aquela súmula seria aplicável.

O sr. ministro Ayres Britto: É como disse a ministra Ellen.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): As súmulas só seriam aplicáveis para os fatos que ocorressem a partir dela.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que retiraria uma boa parte do seu efeito útil.

E veja que mesmo Vossa Excelência, ministro Celso de Mello, naquele caso da ADC 4 – Vossa Excelência fez um belíssimo despacho sobre este assunto –, reconheceu a eficácia imediata da decisão com efeito vinculante, era a hipótese de cautelar em ação direta de constitucionalidade.

O sr. ministro Celso de Mello: Trata-se, *então*, de matéria processual civil.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas afetando inclusive os efeitos imediatos e futuros da decisão tomada, porque teria de haver um efeito racionalizador. Do contrário, o efeito vinculante acaba restando esvaziado.

#### EXTRATO DA ATA

Rcl 7.358/SP – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Reclamante: Procurador-geral da República. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução 990.08.014874-5). Interessado: Reinaldo Ponciano (Procurador: Defensor público-geral do Estado de São Paulo).

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação, contra os votos dos ministros Ellen Gracie (relatora), Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, que a reconheciam quando ratificado o pedido pelo procurador-geral da República. No mérito, julgou procedente a reclamação,



contra os votos dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso.

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

Brasília, 24 de fevereiro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

Relator para o acórdão O acórdão do STF em

Arguição de Descumprimento de Preceito

Arguidos: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT

Interessados: Sindicato Nacional dos Empregados de Empresas de Expressos e Aéreo do Brasil e do Brasil e do Expressos de Transportes Interpostos - ABRACET

Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço postal. Controvérsia referente à Lei federal nº 9.790, de 22 de junho de 1999. Auso normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. Exatidão de sanções em hipótese de violação do privilégio postal. Compatibilidade com o sistema constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nas arts. 1º, IV; 5º, XIII; III, incisos IV e parágrafo único e 174 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Na caracterização. Alegação fundada empossando interpretação conforme a Constituição referente ao art. 174 da Lei nº 9.790, que estabelece sanções, de condescendência e violação do privilégio postal da União. Aplicação do art. 174 da Lei nº 9.790.

1. O serviço postal – conjunto de atividades que tem por finalidade a entrega de correspondência ao objeto postal, de sua natureza para atender às necessidades determinadas e cujo funcionamento atende às exigências de caráter público. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica consistente no envio de correspondência por meio de meios específicos o serviço postal é a atividade econômica em sentido estrito. Não se trata de atividade econômica em sentido amplo, exercida por pessoas ou entidades privadas. A exclusividade de prestação dos serviços públicos é expressão de um princípio de