

01/07/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 88.759 ESPÍRITO SANTO

**RELATOR** : **MINISTRO PRESIDENTE**  
**PACTE.(S)** : ANTONIO IVAN ATHIÉ  
**EMBTE.(S)** : TÉCIO LINS E SILVA E OUTRO(A/S)  
**EMBDO.(A/S)** : CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

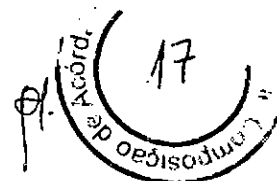
*Habeas corpus*. 2. Denúncia recebida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em desfavor do paciente. Ministro do Supremo Tribunal Federal que atuou no julgamento impugnado como Ministro do STJ. 3. Agravo Regimental. Sessão Plenária. Ausência do *quorum* mínimo: artigo 143 do Regimento Interno do STF. 4. Impedimento configurado (artigo 252, III, do CPP). Nulidade. 5. Embargos de declaração acolhidos para anular o julgamento do agravo regimental.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para anular o julgamento do agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de julho de 2009.

MINISTRO GILMAR MENDES  
PRESIDENTE E RELATOR  
Documento assinado digitalmente



01/07/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 88.759 ESPÍRITO SANTO

**RELATOR** : **MINISTRO PRESIDENTE**  
**PACTE.(S)** : ANTONIO IVAN ATHIÉ  
**EMBTE.(S)** : TÉCIO LINS E SILVA E OUTRO(A/S)  
**EMBDO.(A/S)** : CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - (Relator): Apenas para fins de esclarecimento, é necessário realizar as seguintes considerações, visando concatenar os atos processuais ocorridos desde o início do feito.

O HC 88.759 foi inicialmente distribuído ao Ministro Joaquim Barbosa, da Segunda Turma, que indeferiu a medida liminar pleiteada e, por razões supervenientes, declarou-se suspeito para julgar a causa por motivos de foro íntimo.

Os autos foram então distribuídos ao Ministro Ricardo Lewandowski em 31.10.2006 que, reapreciando o pedido liminar formulado, entendeu por dar-lhe deferimento (fls. 436-437). No mérito, a 1ª Turma denegou a ordem (fls. 458-486, DJE 23.2.2007).

Dessa decisão, foram opostos embargos de declaração com efeitos infringentes (fl. 489-762), aos quais foi negado provimento pelos Ministros Ricardo Lewandowski, como Relator, Carlos Britto e pela Ministra Carmen Lúcia (fl. 831). O Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos.

HC 88.759 AgR-ED / ES

Antes da manifestação do voto-vista do ministro Marco Aurélio, os impetrantes apresentaram a Petição 118.049/2007 (fls. 834-847), na qual suscitaram questão de ordem, alegando que, em razão de ter sido reconhecida pela presidência da Corte a prevenção da Segunda Turma para o julgamento do HC 90.094 em 27.6.2007 (DJE 1°.8.2007) e, como consequência, de todos os feitos relacionados à Ação Penal 425, esse órgão colegiado estaria prevento para o julgamento do presente writ.

Os autos foram remetidos à Presidência, que exarou decisão entendendo pelo indeferimento do pedido de redistribuição nos seguintes termos:

"1. O Ministro Ricardo Lewandowski, em face do pedido de redistribuição formulado pelos impetrantes (fls. 834-847), submeteu o presente writ (HC 88.759) à deliberação da Presidência, a fim de ser apreciada a hipótese de prevenção da 2ª Turma. 2. Examinando os autos deste HC 88.759, que figura como paciente Antonio Ivan Athié, réu na Ação Penal 425/STJ, verifico que o presente feito foi distribuído ao Ministro Joaquim Barbosa. Apesar da decisão liminar ter sido indeferida, o eminente relator declarou, por razões supervenientes de foro íntimo, seu impedimento para julgar o *habeas corpus* (fl. 429). Os autos, assim, foram redistribuídos ao Ministro Ricardo Lewandowski, em 31.10.2006 (fl. 432). Em nova análise, esse relator concedeu o provimento liminar para suspender o interrogatório até o julgamento definitivo do writ (fls. 436-437). No mérito, a 1ª Turma desta Corte, por unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus* em 05.12.2006 (fls. 458-486). No dia 02.03.2007, foram opostos embargos de declaração pelos impetrantes, com o objetivo de

HC 88.759 AgR-ED / ES

modificar o acórdão proferido pela Egrégia 1ª Turma, que denegou a ordem (fls. 489-762). Na sessão de julgamento dos embargos de declaração neste writ (HC 88.759), realizada em 22.05.2007, após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Cármen Lúcia, conhecendo do recurso, mas lhe negando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. 3. Assim, os impetrantes se anteciparam ao voto-vista a ser proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio e, por meio da Petição STF 118.049/2007 (fl. 834), alegam, neste momento, que a decisão proferida pela Presidência deste Tribunal nos autos do HC 90.094 (fls. 854-855), declarando a competência da 2ª Turma para julgar o referido feito, alcança todos os processos que possuem origem na Ação Penal 425/STJ, em especial este HC 88.759. Sustentam que o escopo deste pedido de redistribuição é a anulação do 'julgamento do Habeas Corpus 88.759, realizado em 05.12.2006, e os atos posteriores, já que, pode-se agora afirmar, proferido por Órgão Judiciário incompetente, remetendo-se os autos à Egrégia Presidência deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja ordenada a redistribuição ao relator prevento junto à Egrégia 2ª Turma' (fls. 834-836). 4. Da análise destes autos, extraio que somente após terem comparecido no processo em oportunidades distintas (petições de fls. 422, 427, 434, 489, 784, 791, 796, 806, 824), algumas delas posteriores ao acórdão proferido pela 1ª Turma neste HC 88.759, e à interposição dos respectivos embargos de declaração, é que os impetrantes argüiram a prevenção da 2ª Turma. 5. Registro que é pacífico nesta Corte o entendimento de que a competência por prevenção é relativa, estando sujeita, por isso mesmo, à prorrogação, caso precluída a oportunidade de arguição da incompetência. No julgamento do HC 69.287, DJ 30.10.92, o eminente relator, Ministro Moreira Alves, asseverou que a 'não-observância da

HC 88.759 AgR-ED / ES

competência decorrente da prevenção gera nulidade meramente relativa, sanável se não alegada no momento oportuno.' Neste mesmo sentido, há outras decisões desta Corte: HC 69.599, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.08.1993, e HC 77.754, rel. Min. Sidney Sanches, DJ 28.05.1999. Cito, ainda, decisão desta Presidência: RE 325.571, DJ 26.10.05. 6. No caso ora em análise, tem-se hipótese clara de preclusão consumativa, dado que os impetrantes manifestaram-se reiteradas vezes nos autos antes de suscitar a prevenção de competência da 2ª Turma. Neste aspecto, vale ressaltar o teor do art. 10, § 2º, do RISTF, que estabelece como limite temporal para a arguição de prevenção o início do julgamento pela Turma, verbis: '§ 2º A prevenção, se não reconhecida de ofício, poderá ser argüida por qualquer das partes ou pelo Procurador-Geral até o início do julgamento pela outra Turma.' 7. Esclareço, ademais, que esta Presidência, nos autos do HC 90.094, ao declarar a competência da 2ª Turma para o julgamento do feito, constatou que prevenção suscitada pelo impetrante ocorreu antes do início do julgamento do writ pelo órgão colegiado (RISTF, art. 10, § 2º), circunstância que, como visto, não se vislumbra nos presentes autos (HC 88.759). 8. Ante o exposto, sendo evidente a ocorrência de preclusão, entendo deva ser mantida a relatoria estabelecida, razão por que indefiro o pedido de redistribuição. Devolvam-se os autos ao eminente relator da presente impetração, Ministro Ricardo Lewandowski" - (decisão de 6 de novembro de 2007, DJ 21.11.2007).

Na oportunidade, os impetrantes interpuseram agravo regimental (fls. 866-900), no qual alegaram que: (i) a questão de ordem suscitada deveria ser dirimida pela 1ª Turma, e não pela Presidência da Corte; (ii) não ocorreu a

HC 88.759 AgR-ED / ES

preclusão do direito do autor, uma vez que a questão foi submetida ao Relator tão logo se deu o motivo que a justificou; (iii) a competência por prevenção tem caráter absoluto; (iv) a 2ª Turma é competente para processar e julgar o feito.

O Pleno, por unanimidade, negou provimento ao recurso em 31.3.2008 (fls. 910-922, DJE 2.5.2008).

Contra essa decisão, foram opostos embargos de declaração (fls. 925-1.024).

Os embargantes alegam, em síntese, que o Ministro Menezes Direito, nos termos do art. 252, III, do CPP, estaria impedido de participar desse julgamento por ter atuado, ainda como membro do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal nº 425, processo no qual foi proferida a decisão impugnada no referido writ.

Assim, considerado tal impedimento, sustenta-se que o acórdão embargado foi proferido sem o *quorum* mínimo de 6 (seis) Ministros necessário para as sessões plenárias, conforme previsto no art. 143 do RISTF.

Pede-se, ao final, o acolhimento dos embargos de declaração para que seja reconhecida a nulidade apontada e, por conseguinte, seja realizado novo julgamento do agravo regimental interposto.

Pendentes os embargos declaratórios de análise pelo

HC 88.759 AgR-ED / ES

Plenário, sobreveio petição dos impetrantes noticiando a ocorrência de fato novo (fls. 1.058-1.102), o qual, segundo afirmam, justificaria a concessão da ordem inicialmente pleiteada.

Aberta vista ao Procurador-Geral da República, a pedido deste, sobreveio manifestação contrária à alegada ocorrência de fato novo.

É o relatório.

01/07/2009

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 88.759 ESPÍRITO SANTO

## V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): O acórdão embargado foi proferido na sessão plenária de 31.3.2008. Consta da ata de julgamento (fl. 921) a participação de 6 (seis) Ministros da Corte, a saber: Ellen Gracie, Marco Aurélio, eu próprio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Menezes Direito.

Ademais, verifico dos autos (fl. 1024) que o Ministro Menezes Direito, na condição de Ministro do STJ, realmente atuou no julgamento impugnado neste habeas corpus, mais precisamente a Ação Penal 425, na qual foi recebida denúncia formulada em desfavor do paciente.

Tal circunstância configura o impedimento de Sua Excelência para participar do julgamento deste writ, conforme prevê o Código de Processo Penal no seguinte dispositivo:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

(...)

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração



HC 88.759 AgR-ED / ES

para anular o julgamento do agravo regimental interposto no presente *habeas corpus*, ocorrido em 31.03.2008.

É como voto.

01/07/2009

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO AG.REG.NO HABEAS CORPUS 88.759-7 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, perdoe-me Vossa Excelência, estamos sem o *quorum* regimental. A matéria é constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Perfeito. Em geral, com seis nós poderíamos votar esta matéria, eu acho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, mas, a teor do disposto no artigo 143 do Regimento Interno, para funcionamento, deveriam estar presentes oito ministros.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, para reunião seis Ministros são suficientes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para julgar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Não para essa questão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Artigo 143, cabeça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, então, o exemplar do Regimento com o qual estou deve ser diverso. O parágrafo único do artigo 143 preceitua:

Art. 143 -

[...]

Parágrafo único. O *quorum* para votação de matéria constitucional e para eleição do Presidente e do Vice-

HC 88.759-AgR-ED / ES

Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu estou lendo apenas a cabeça do artigo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas há matéria constitucional?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - A matéria não é constitucional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É matéria de prevenção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas a matéria de fundo é constitucional e o julgamento do agravo regimental repercute quanto à apreciação ou não do tema constitucional. As coisas estão umbilicalmente ligadas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu não tenho nada contra o adiamento, mas a questão que nós estaremos discutindo é apenas a prevenção.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para o agravo, sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É meramente processual até regimental. Eu me lembro que, ontem ainda, Ministro Carlos Britto, no Tribunal Superior Eleitoral, quando Vossa Excelência estava trazendo para julgamento embargos de declaração, houve também essa discussão se a matéria de fundo era ou não constitucional, e eu me lembro que o Plenário - evidentemente que a

HC 88.759-AgR-ED / ES

decisão do Plenário do TSE não vincula, de forma nenhuma, este Plenário - decidiu que a apreciação de embargos de declaração constituía matéria meramente infraconstitucional de adequação ou não da hipótese aos pressupostos, aos requisitos do CPC.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito.

01/07/2009

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO AG.REG.NO HABEAS CORPUS 88.759-7 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente,  
fico vencido.

Em termos de composição do Colegiado, vislumbro as regras respectivas - e utilizarei vocábulo ao gosto do Ministro Carlos Ayres Britto - com generosidade, viabilizando o objeto da própria norma, no que direciona a haver manifestação de um número substancial de integrantes da Corte.

Se, no caso, o agravo é interposto, muito embora versando certo tema, em processo a envolver matéria constitucional, podendo a decisão relativa ao citado recurso repercutir na apreciação do tema de fundo, não podemos fatiar, conforme parâmetros do recurso interposto, a matéria envolvida, ou seja, não podemos dissociar do julgamento do agravo o que veiculado pela defesa, o que veiculado no *habeas corpus*, que tem - penso, é o pressuposto - índole constitucional.

Por isso entendo que incide na espécie o parágrafo único do artigo 143 do Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -  
Portanto, suscitada a questão de ordem, decidiu-se que não haveria questão constitucional, vencido, nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio.

HC 88.759-AgR-ED / ES

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Julgaríamos simultaneamente os embargos declaratórios?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Essa é uma questão que está pendente já há algum tempo. Eu estou propondo, portanto, que nós acolhêssemos os embargos porque é evidente no caso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Houve a omissão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Houve a omissão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não há, neste caso, liminar deferida que possa estar obstaculizando o andamento da ação penal com repercussão quanto à passagem do tempo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Não. Porque, na verdade, houve o julgamento da Turma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, peço vênias para entender que devemos estancar na apreciação dos embargos declaratórios e, uma vez formalizado o acórdão respectivo,

HC 88.759-AgR-ED / ES

passarmos, até mesmo - e estou sendo coerente com o voto inicialmente proferido - com uma composição normal do Tribunal, ac exame do que se segue.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Não há dificuldade quanto a isso, porque podemos proclamar o resultado quanto ao cabimento dos embargos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E rejulgar o **habeas corpus**? Eu estava pensando que fôssemos imediatamente rejulgar o HC.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu encaminharia nesse sentido, mas, diante da ponderação, portanto, acolhemos os embargos e depois julgaremos o agravo regimental em seguida, se estivermos de acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência está acolhendo os embargos para que fim, Presidente?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Para o fim de anular o julgamento que foi encaminhado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Anular o julgamento.

HC 88.759-AgR-ED / ES

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Anular o julgamento porque o Ministro Menezes Direito teria participado e não poderia ter feito isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -  
A questão foi de *quorum*.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - O objeto dos embargos é exatamente esse.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -  
Acolhidos os embargos nesses termos, prosseguiremos, depois, no julgamento. Trago depois o agravo regimental para efeitos gerais.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****EMB.DECL.NO AG.REG.NO HABEAS CORPUS 88.759-7**

PROCED.: ESPÍRITO SANTO

**RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE**

PACTE.(S): ANTONIO IVAN ATHIÉ

EMBTE.(S): TÉCIO LINS E SILVA E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), acolheu os embargos de declaração. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 01.07.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procuradora-Geral da República Interina, Dra.  
Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira.



Luiz Tomimatsu  
Secretário