

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : ROGÉRIO PEREIRA
ADV.(A/S) : PAULO LOPES DE ORNELLAS
RECDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUINTO CONSTITUCIONAL. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA. JUIZ NATURAL. ARTIGOS 5º, LIII, E 94 DA CONSTITUIÇÃO. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA QUESTIONAR PROVIMENTO DE CARGOS NO TRIBUNAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O quinto constitucional previsto para o provimento de lugares em Tribunal, quando eventualmente não observado, não gera nulidade do julgado, máxime em razão da ilegitimidade da parte para questionar os critérios de preenchimento das vagas nos órgãos do Judiciário, mercê da incidência do princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no o art. 499 do Código de Processo Penal Militar (“*Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”).

2. “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (Súmula nº 356 do STF).

3. *In casu*: (i) o recorrente alega que a decisão combatida padece de nulidade, em razão de alegada inobservância, pelo Tribunal local, do quinto a que alude o art. 94 da Carta Magna, bem como por suposto *bis in idem*; (ii) não se conhece do argumento relativo ao *bis in idem*, porquanto não suscitado no juízo *a quo*.

4. Recurso Extraordinário não provido.

RE 484.388 / SP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 13 de outubro de 2011.

LUIZ FUX – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR **DO: MIN. LUIZ FUX**
ACÓRDÃO
RECTE.(S) : **ROGÉRIO PEREIRA**
ADV.(A/S) : **PAULO LOPES DE ORNELLAS**
RECDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, ao examinar a Apelação Criminal nº 5.146/02, manteve a sentença condenatória, entendendo, quanto à preliminar de nulidade do julgamento em face da ausência de egresso da Ordem dos Advogados do Brasil, não haver irregularidade, pois o quinto constitucional encontrar-se-ia preenchido por magistrado oriundo do Ministério Público. Consignou que, permanecendo o número de cargos, o quinto seria preenchido, alternativamente, por membro do Ministério Público e representante da Ordem dos Advogados do Brasil e, com a futura ampliação do Tribunal, viriam a existir cargos suficientes para contemplar a dupla origem (folha 552 a 558).

Os embargos declaratórios protocolados foram desprovidos (folha 574 a 579).

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente aponta a transgressão dos artigos 5º, inciso LIV, e 94, cabeça, ambos da Carta da República. Sustenta que um quinto dos lugares dos

RE 484.388 / SP

tribunais federais, estaduais e do Distrito Federal deve ser composto por egresso do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil. No entanto, o julgamento da apelação ocorreu sem a participação deste último. Alega ter o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 098.389-0/6-00, declarado a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 226 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado, porquanto a composição do Tribunal não cumpria a regra do quinto constitucional, prevista no artigo 94. Salienta que, em virtude da determinação de que os Tribunais de Justiça deveriam ser compostos de sete membros, contida no artigo 235, inciso IV, da Lei Fundamental, dois destes viriam dos quadros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nas contrarrazões, o Ministério Público do Estado de São Paulo asseverou não existir ofensa ao Diploma Maior.

Na decisão de folhas 595 e 596, admitiu-se o recurso.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folhas 604 e 605, preconiza o desprovimento do recurso, defendendo haver sido atendida a regra do quinto constitucional estabelecida no artigo 94 da Carta de 1988. Esclarece ser o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo composto de cinco juízes, sendo três militares, um juiz-auditor de carreira e, alternativamente, um advogado ou membro do Ministério Público. Afirma que o artigo 80 da Constituição estadual prevê que o referido Tribunal será composto por sete juízes, entretanto o Tribunal de Justiça do Estado já assentou não ser tal dispositivo autoaplicável, exigindo a edição de lei ordinária para criação dos cargos. Menciona o § 3º do artigo 125 da Carta Federal, a exigir lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça, para criação e organização da Justiça Militar estadual. Ressalta a peculiaridade da composição do Tribunal castrense, que tem por maioria juízes leigos.

RE 484.388 / SP

Informo ser o processo anterior à entrada em vigor do sistema da repercussão geral.

É o relatório.

13/10/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO****V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado pelos documentos de folhas 358 e 465, foi protocolada no prazo legal. O acórdão atacado veio a ser publicado no Diário da Justiça em 9 de janeiro de 2006, segunda-feira (folha 581), tendo havido a manifestação do inconformismo em 23 de janeiro, segunda-feira (folha 582).

Observem a dualidade presente: tribunal possuidor de uma só cadeira destinada ao quinto e tribunal em que as cadeiras surjam em número ímpar. Neste último caso, são reiterados os pronunciamentos no sentido de admitir-se a harmonia da composição do tribunal com a Carta da República. Em síntese, a regra segundo a qual um quinto dos lugares dos tribunais regionais federais, dos tribunais dos estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes – artigo 94 – não é prejudicada pela alternância, pela ausência de igualdade, entre Ministério Público e advocacia, na composição do tribunal, desde que se proceda ao preenchimento de cargo que venha a vagar de forma alternada. Em outras palavras, chega-se à composição visada pelo texto constitucional: há cadeiras ocupadas por egressos do Ministério Público e da advocacia.

A situação é distinta, conflitante com a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 94 e 125 da Carta da República, quando, na criação de tribunal, destina-se apenas uma cadeira ao quinto. Isso implica, sem dúvida alguma, a inobservância do preceito, porquanto jamais existirá a

RE 484.388 / SP

composição almejada. O tribunal estará sempre com apenas um integrante egresso do quinto, muito embora se possa cogitar da alternância.

O recorrente veio a ser julgado por órgão colegiado cuja composição não atende ao disposto nos referidos artigos 94 e 125 do Diploma Maior.

Vejam ainda que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciara, em 2003, quanto à inconstitucionalidade da situação verificada no Tribunal de Justiça Militar. Isso aconteceu antes mesmo do julgamento do apelo do ora recorrente – ocorrido em 22 de setembro de 2005 –, ocasião em que se declarou a pecha relativamente aos artigos 2º e 226 do Regimento Interno do Tribunal Militar, os quais previam uma única vaga da composição para preenchimento pelo quinto, em sistema de rotação:

[...]

Art. 2º O Tribunal de Justiça Militar do Estado, com sede na Capital do Estado e jurisdição em todo o território estadual, compõe-se de sete juízes vitalícios, sendo quatro juízes militares, nomeados dentre coronéis da ativa, da Polícia Militar do Estado, e três juízes civis, sendo dois promovidos dentre os juízes auditores, e o terceiro nomeado na forma do Quinto Constitucional, alternadamente, dentre representantes do Ministério Público Estadual e dos Advogados, de notório saber jurídico e reputação ilibada, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

[...]

Art. 226 O provimento da vaga do Quinto Constitucional será feito, alternadamente, por membro do Ministério Público e por representante da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional ou na carreira, dentre os indicados em lista sêxtupla por aquelas

RE 484.388 / SP

Instituições, e que formarão a lista tríplice pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que encaminhará os nomes ao Governador do Estado para nomeação de um deles à vaga, no prazo de vinte dias subseqüentes.

[...]

As normas regimentais se fizeram ao mundo jurídico a partir de interpretação equivocada da Lei nº 5.048, de 22 de dezembro de 1958, no que dispunha:

[...]

Artigo 20 O Tribunal de Justiça Militar, com sede na Capital, compor-se-á de 7 (sete) juízes, nomeados pelo Governador do Estado, com o título de ministros, sendo 4 (quatro) civis e 3 (três) militares.

Artigo 21 Os juízes civis serão escolhidos de modo a que os respectivos cargos sejam preenchidos por bacharéis em direito, brasileiros natos, maiores de 35 anos de idade, com 10 (dez) anos, pelo menos, de exercício na magistratura, no ministério público ou advocacia comum ou militares.

[...]

A situação foi corrigida em 27 de fevereiro de 2008, quando editada a Lei Complementar estadual nº 1.037, cujo artigo 1º criou mais um cargo de Juiz a ser ocupado por egresso da advocacia, embora tenha silenciado a respeito da vaga destinada ao Ministério Público.

Conheço e provejo o recurso extraordinário interposto para atribuir interpretação conforme aos artigos 20 e 21 da Lei nº 5.048/58 e 1º da Lei Complementar nº 1.037/2008, ambas do Estado de São Paulo, assentando caber uma cadeira ao Ministério Público e outra a egresso da advocacia. Ante o vício na constituição do Tribunal de Justiça Militar do Estado de

RE 484.388 / SP

São Paulo, quando apenas uma vaga era destinada ao quinto, torno insubsistente o julgamento relativo à Apelação Criminal nº 5.146/02, para que outro ocorra, observada composição que atenda ao quinto constitucional.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, egrégio Plenário, ilustre Representante do Ministério Público, senhores advogados. Ministro Marco Aurélio, eu gostaria de ponderar e pedir vênias a Vossa Excelência para essa ponderação. Verifico que em uma das matérias do recurso extraordinário realmente teria havido um **bis in idem**, que não foi prequestionado, e Vossa Excelência nessa parte nem tocou.

A questão subjacente alegada pelo recorrente é que não foi observado pelo tribunal local o quinto, conforme Vossa Excelência escoreitamente fez a apuração aritmética de como deveria ser. Vossa Excelência, inclusive, à luz dessa operação aritmética, afirma que jamais existirá a composição correta - de acordo com que Vossa Excelência demonstrou.

Eu queria pedir vênias a Vossa Excelência apenas para, dentro da minha ótica e da minha percepção sobre a questão processual e material aqui envolvida, ainda que violado o artigo 94, por força do preenchimento dessa vaga que seria inerente aos advogados, não entender ter a parte recorrente legitimidade para questionar a composição do tribunal quanto ao quinto constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Não foi a parte julgada, considerado o princípio do juiz natural.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu estou entendendo e é exatamente aí que quero chegar. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem recente, de junho de 2011, conjurou qualquer tipo de nulidade pelo fato de os tribunais serem compostos apenas por juízes convocados, numa demonstração inequívoca de que uma composição,

RE 484.388 / SP

quanto ao ritual do tribunal, não teria influência no mérito da questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, foi uma situação peculiar e havia, de qualquer forma, o respeito ao objetivo da Constituição, ou seja, a composição do tribunal, observado o quinto. Aqui a questão é mais grave.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, sem dúvida. Entendi a colocação de Vossa Excelência. Mas, vou pedir vênias a Vossa Excelência para concluir da seguinte maneira: entendo que apenas assiste legitimidade para questionar a composição do tribunal aos órgãos e entidades envolvidas, a saber, o Ministério Público e a OAB - porque a vaga é de um ou é de outro. Nenhum prejuízo, no meu modo de ver, decorre para o recorrente da alegada ausência de cumprimento do quinto constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite mais um aparte?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Já vou lhe dar a palavra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Depois.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O que impede a declaração de nulidade, conforme o disposto no artigo 499 do Código de Processo Penal Militar, que assim dispõe:

"Art. 499.

Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

Eu estou conhecendo do recurso e pedindo vênias para **negar provimento**.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, não vou me referir à máxima popular segundo a qual "o uso do cachimbo faz a boca torta". Assumida a cadeira, seja por juiz de carreira, seja por egresso do quinto, tem-se a equidistância – e deixa o egresso do quinto a atuar como fizera até então, como advogado ou como membro do Ministério Público.

Imaginemos, no campo da praticidade, que alguém é julgado por um tribunal em que se tem órgão único, o colegiado. Poderá ser julgado com a participação apenas do egresso do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Que não é o caso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não sei se quem estava presente na época era egresso da Advocacia ou do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, de qualquer maneira, a parte não pode ter expectativa de que, se ali estivesse sentado um outro membro, ele receberia uma decisão mais favorável. Também há essa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Este é um direito alusivo à cidadania: ser julgado pelo juiz natural. O juiz natural, para mim, em termos de colegiado, é revelado pela integração do tribunal tal como previsto na Carta da República. Evidentemente, não posso conceber que, no caso, se tenha apenas a presença ou do egresso do Ministério Público ou da Advocacia. Admito, sim, um número ímpar, quando na divisão se chega a esse número ímpar. O tribunal placitou situações jurídicas e entendeu que, no caso, apenas cabe observar a alternância das nomeações. Se o último nomeado foi um egresso da

RE 484.388 / SP

Advocacia, a vaga existente será preenchida por egresso do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, até por uma questão de lealdade, exatamente esse caso foi analisado pela Primeira Turma, sob o enfoque do juiz natural, mas Vossa Excelência realmente votou diferente. A maioria votou no sentido que ora preconizo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Naquele outro caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, naquele caso da convocação, mas, mesmo assim, Vossa Excelência não aceitou, votou diferente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E, quanto à glosa, este caso é muito mais favorável. Aqui a situação é mais grave do que no caso do julgamento considerados apenas juízes convocados, como houve no Estado de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Indago a Vossa Excelência, Ministro MARCO AURÉLIO, a data em que foi promulgada a Lei Complementar paulista nº 1.037.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A Lei Complementar paulista nº 1.037, em 27 de fevereiro de 2008.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em 2008!

O acórdão objeto do presente recurso extraordinário foi proferido em 2005.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Foi em

RE 484.388 / SP

2005.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente, em 2005.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Tribunal de Justiça declarou inconstitucional a situação em 2002.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em 2002.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E se demorou tanto tempo para corrigir o quadro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É que a Lei Complementar paulista nº 1.037/2008 regularizou a composição do Tribunal de Justiça Militar criando um novo cargo de juiz naquela Corte, viabilizando, assim, a integral observância da regra inscrita no artigo 94 da Constituição, que contempla a participação de membros do Ministério Público e de representantes da classe dos advogados nos tribunais locais e, também, nos tribunais regionais federais.

Observo que teria havido declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, *proferida, em representação de inconstitucionalidade* (CF, art. 125, § 2º), pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Penso que sim, Ministro. Deixe-me verificar. Pronunciaram-se em 2003 quanto à inconstitucionalidade da situação. Isso aconteceu antes mesmo do julgamento.

Estou pedindo o processo para verificar esse dado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Estou com o processo em mãos aqui, Presidente.

RE 484.388 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O enfrentamento pelo Tribunal de Justiça foi no processo objetivo?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu estava vendo o acórdão e observei o seguinte: o acórdão foi proferido à unanimidade de seus membros. Portanto, é preciso ver se a alteração de *quorum* causaria ou não prejuízo ao recorrente, no caso. É claro que tem essa questão do juiz natural, mas é preciso ver também, na prática, se a alteração do *quorum* poderia ou não modificar a situação do então réu no processo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, vou antecipar uma reflexão, a partir da doutra intervenção do Ministro Celso de Mello: o artigo 94 é a norma geral, que estabelece o princípio do quinto para a composição dos tribunais regionais federais e dos tribunais dos estados, do Distrito Federal e dos territórios. Mas há uma norma especial sobre a composição do Tribunal Superior Militar que me parece que serviria ou que pode servir de paradigma para os estados e não é de observância da regra do quinto.

Diz que o Superior Tribunal Militar se compõe de quinze Ministros vitalícios, dez vagas reservadas para os militares e cinco para os civis. No âmbito dos civis é que se estabelece uma competição entre advogados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, em princípio, é possível interpretar o 94 dizendo que a Justiça Militar não está abrangida pelo dispositivo?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Exatamente, tem peculiaridades a Justiça Militar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas o 94 é expresso: os tribunais estaduais.

RE 484.388 / SP

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sim, mas é norma geral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Tribunal de Justiça Militar é do estado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Tribunal de Justiça Militar é estadual, considerado o que dispõe o art. 125, § 3º, da Constituição da República. Na realidade, a Justiça Militar local é o único ramo especializado do Poder Judiciário do Estado-membro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Tribunal de Justiça Militar é do Estado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Hoje, há apenas três Estados-membros da Federação que possuem Tribunal de Justiça Militar: o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e, *finalmente*, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, uma vez que se extinguiu o Tribunal de Justiça Militar do Paraná, cuja existência fora prevista no parágrafo único do artigo 18 da LOMAN.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - As turmas revisoras dos juizados especiais observam o quinto?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, porque as Turmas recursais vinculadas aos Juizados Especiais, qualificando-se como órgãos *de primeiro grau*, **não estão** contempladas na regra inscrita no art. 94 da Constituição da República, que se refere *aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais locais*.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Estão entrando com recurso.

RE 484.388 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A referência constitucional é a órgãos judiciários de segundo grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o artigo 94 é expresso, Ministro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, o art. 94 da Constituição concerne, *unicamente*, a órgãos judiciários colegiados de segunda instância.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É inequívoco o sentido da regra inscrita no art. 94 da Constituição, quando alude à cláusula *do quinto constitucional*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, apenas para pronunciar-me quanto à articulação do Ministro Carlos Ayres Britto. Mencionei, no voto, o artigo 125 da Constituição Federal, que é categórico ao revelar que os estados organizarão sua Justiça – e temos parágrafo cuidando da Justiça Militar...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É o 25?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O artigo 125, observados os princípios estabelecidos na Constituição. Um dos princípios é relativo ao quinto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Está bem observado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

RE 484.388 / SP

Faz expressa menção à Justiça Militar estadual.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O § 3º do 125 é taxativo sobre a Justiça Militar estadual.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, no caso, nós estamos num órgão fracionário. Nós já decidimos que os órgãos fracionários dos tribunais não são obrigados a observar o quinto. O quinto cabe para o tribunal como um todo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Penso que o Tribunal de Justiça Militar não tinha órgãos fracionários. Atuava apenas em composição plena.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então Vossas Excelências estão a afirmar - e eu não estou me opondo a essa interpretação, apenas suscitei um questionamento - que o artigo 123 não serve de paradigma para a composição dos tribunais estaduais militares, não é isso?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É porque, se fôssemos aplicar uma paridade, teríamos 1/3 de civis.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo que a regra constante do art. 123 da Constituição **não pode** ser invocada como referência paradigmática. É que, dentre os cinco Ministros civis que compõem o STM, três deverão ser *necessariamente* advogados, distribuindo-se as duas vagas restantes, *por escolha paritária*, entre um membro oriundo do Ministério Público Militar e um juiz-auditor.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E o Ministério Público não concorre com os advogados, mas com os juízes auditores.

RE 484.388 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tem-se um trato especial da matéria quanto ao Superior Tribunal Militar, que, a rigor, só é tribunal superior na nomenclatura.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Realmente, o E. Superior Tribunal Militar, embora constitucionalmente qualificado como Tribunal Superior, dispõe de competência própria dos tribunais judiciários *de segundo grau*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atua como tribunal de segundo grau, revisional, portanto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Muito bem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministro Celso traz uma questão importante, Presidente.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, no caso concreto que estamos a julgar, eu vou pedir vênua ao eminente Relator e acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu vou pedir vênia à divergência, mas vou acompanhar o Relator em função do princípio do juízo natural.

Quero apenas fazer uma referência breve, não apenas ao que foi dito pelo Relator, mas uma observação quanto ao mencionado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de que, no caso concreto, seria de se observar se haveria algum prejuízo, considerando-se que houve unanimidade.

A presença de um juiz com uma outra argumentação, seja ela qual for, não nos leva a presumir que não haveria outro resultado se ali estivesse. Então, nem por um lado, nem por outro, acho que não se pode dizer que não haveria prejuízo. O prejuízo, a meu ver, aqui é o não cumprimento do artigo 94 e, principalmente, do princípio do juízo natural.

Por essa razão, pelo próprio caso, tal como posto, vou pedir vênia à divergência, sem embargo até de repensar o tema.

* * *

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Apenas uma reflexão em voz alta, até para eu me posicionar um pouco. Aí é um órgão fracionário.

Eu até acompanharia Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio no sentido de dar uma interpretação conforme para entender que é preciso respeitar o artigo 94 no que diz respeito ao tribunal como um todo, ou seja, criando, prevendo mais duas vagas: uma para o Ministério Público...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Necessariamente ao menos duas cadeiras devem ser destinadas ao quinto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, em se tratando de um órgão fracionário, nós já decidimos várias vezes que não é obrigatória a observância do quinto constitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o Ministro Relator alertou que neste caso não haveria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Composto de cinco, somente deveria atuar com a composição plena.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas não é a Segunda Turma?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Atuava na composição plena, como disse o Ministro.

RE 484.388 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A composição era de cinco. Somente se reuniam os cinco. Não havia Primeira ou Segunda Turmas, muito menos Terceira, Quarta ou Quinta, cada qual com um integrante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu tive a impressão de que li no acórdão que era Segunda Turma.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É Segunda Turma. É órgão fracionário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É um órgão fracionário.

Então, *data venia*, eu vou acompanhar a divergência. Entendo que, em sendo órgão fracionário, não há necessidade do quinto. Também, com o devido respeito, exatamente por não verificar infração ao princípio ao juízo natural, entendo que não haveria prejuízo para o réu.

Acompanho a divergência, portanto.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Presidente, vou pedir
vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, vou pedir vênia ao Relator e aos que o acompanharam para acompanhar a divergência. Também, estava a seguir o debate e, após as razões aqui trazidas pelo Ministro Luiz Fux, o Ministro Celso de Mello chamou a atenção para esta composição da câmara: três magistrados de carreira; ingressaram por concurso, portanto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Várias câmaras, em todos os tribunais nos quais não há a participação de quinto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E não há como exigir até porque seria impossível.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Claro, é impossível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Com essas considerações, acompanho a divergência, Presidente.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, devo fazer uma correção.

Asseverei que o julgamento haveria decorrido de atuação de órgão único. Não o foi. Não sei bem qual milagre teria sido feito para contarem com duas Câmaras, já que a Câmara julgadora foi integrada por três membros; a outra ficaria apenas com dois ou ocorreria o revezamento na presença, quanto a um dos integrantes, nessa ou naquela câmara. É apenas a correção que faço.

Agora, o órgão fracionado é o tribunal dividido. Se há defeito quanto à composição do tribunal, irradia-se a ponto de alcançar o fracionado. Longe de mim imaginar a necessidade de todos os órgãos fracionados contarem com uma cadeira destinada ao Ministério Público e outra ao preenchimento pela classe dos advogados. Não chego a esse ponto, pois seria uma discrepância na própria ordem jurídica. Evidentemente, o tribunal tem de contar, para se observar o quinto, com uma cadeira a ser preenchida por egressos do Ministério Público e outra, por egressos da advocacia.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Peço vênua ao Ministro Relator e aos que o acompanharam, para seguir a divergência.

Estou de absoluto acordo com a tese de que o artigo 94 se aplica também aos tribunais estaduais militares. No caso, porém, em se tratando de órgão fracionário - que, na sua composição, independentemente da composição do plenário, não tem de observar necessariamente o quinto constitucional -, não vejo como se possa dizer, com o devido respeito, ter havido violação do princípio do juízo natural, e, muito menos, violação do artigo 94, que diz respeito, evidentemente, à composição do órgão pleno.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 484.388

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ROGÉRIO PEREIRA

ADV.(A/S) : PAULO LOPES DE ORNELLAS

RECDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cármen Lúcia e Ayres Britto. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 13.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário