

INFORMATIVOS
STF 2015

TESES E FUNDAMENTOS

Organizado por matérias

INFORMATIVOS
STF 2015
TESES E FUNDAMENTOS

Organizado por matérias

Secretaria-Geral da Presidência

Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Secretaria de Documentação

Dimitri de Almeida Prado

Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados

Janaína Vitória de Santana

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

Juliana Viana Cardoso

Redação: Diego Oliveira de Andrade Soares, Janaína Vitória de Santana, Jean Francisco Corrêa Minuzzi e Joice Yoshimura Alvarenga Vickery

Produção gráfica e editorial: Amélia Lopes Dias de Araújo, Juliana Viana Cardoso, Renan de Moura Sousa e Rochelle Quito

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Daniela Pires Cardoso, Juliana Silva Pereira Souza, Patrício Coelho Noronha, Rochelle Quito e Vitória Carvalho Costa

Capa: Roberto Hara Watanabe

Projeto gráfico: Eduardo Franco Dias

Diagramação: Neir dos Reis Lima e Silva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Informativos STF 2015 [recurso eletrônico] : teses e fundamentos / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília : Secretaria de Documentação, STF, 2016.

600 p.

Abaixo do título: Organizado por matérias.

Modo de acesso: <<http://www.stf.jus.br/livroinformativos2015>>.

ISBN: 978-85-61435-71-4

1. Tribunal Supremo, jurisprudência, Brasil. I Título.

CDD-341.4191

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro Enrique **Ricardo Lewandowski** (16-3-2006), Presidente

Ministra **Cármén Lúcia** Antunes Rocha (21-6-2006), Vice-Presidente

Ministro José **Celso de Mello** Filho (17-8-1989), Decano

Ministro **Marco Aurélio** Mendes de Farias Mello (13-6-1990)

Ministro **Gilmar** Ferreira **Mendes** (20-6-2002)

Ministro José Antonio **Dias Toffoli** (23-10-2009)

Ministro **Luiz Fux** (3-3-2011)

Ministra **Rosa** Maria **Weber** Candiota da Rosa (19-12-2011)

Ministro **Teori** Albino **Zavascki** (29-11-2012)

Ministro Luís **Roberto Barroso** (26-6-2013)

Ministro Luiz **Edson Fachin** (16-6-2015)

Apresentação

Tanto nas faculdades de Direito como nos manuais das disciplinas desse ramo do conhecimento, é notável o destaque que vem sendo dado aos posicionamentos judiciais. Na mesma esteira, a atuação dos profissionais do Direito é cada vez mais lastreada em precedentes dos tribunais superiores, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse contexto, é possível inferir que há crescente interesse por obras que franqueiem, de forma organizada e de fácil consulta, o acesso à jurisprudência emanada pelo STF.

Com o intuito de atender tal demanda, o Tribunal vem publicando, desde 1995, o *Informativo STF*, espécie de “jornal jurídico” que veicula resumos, originalmente semanais e hoje também mensais, das circunstâncias fáticas e processuais e dos fundamentos proferidos oralmente nas sessões de julgamento.

Conforme consta do cabeçalho de todas as edições do periódico, os boletins são elaborados “a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário”, de modo que contêm “resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal”. Faz-se tal observação para esclarecer ao leitor que, embora o conteúdo do *Informativo STF* não possa ser considerado oficial, baseia-se estritamente em informações públicas.

Há outro dado relevante que é oportuno registrar: tendo em vista que a preparação e publicação dos acórdãos demanda período de tempo na maioria das vezes muito superior ao lapso semanal ou mensal em que são produzidas as edições do *Informativo STF*, as notícias publicadas no periódico são exclusivamente baseadas nos votos orais proferidos nas sessões de julgamento. Essa característica lhes impõe certa restrição de conteúdo, uma vez que é comum os ministros, em razão da massiva quantidade de processos em pauta, apresentarem, durante as sessões, somente o resumo de seus votos escritos.

A obra que ora se apresenta baseia-se, em regra, nos acórdãos publicados. Cuida-se de compilação dos resumos apresentados no *Informativo STF* ao longo de 2015 e revisitados após a conclusão dos julgamentos, ou seja, após a exposição dos votos escritos dos ministros, os quais traduzem na íntegra o raciocínio destes. O acesso aos argumentos de Suas Excelências, na exatidão precisa do vernáculo escrito, permite explorar a riqueza técnica neles contida e estudar com mais rigor a fundamentação das decisões do Tribunal.

Cabe ressaltar, entretanto, que, até o fechamento desta edição, alguns acórdãos – notadamente os referentes a julgamentos que ocorreram nos últimos meses de 2015 –

ainda não haviam sido publicados. Nesses casos, optou-se por recorrer ao voto vencedor proferido em sessão. Recomenda-se, portanto, especial cautela quando a notícia em estudo indicar que o acórdão está pendente de publicação. Em tais situações, será prudente verificar a posterior manutenção do sentido jurídico de seu conteúdo.

Um novo ponto de vista sobre a jurisprudência

É da essência do *Informativo STF* produzir uma síntese de decisões proferidas pela Corte durante as sessões de julgamento, sem avançar em análise abstrata da jurisprudência do Tribunal. Já o livro *Informativos STF: teses e fundamentos* percorre caminho diverso e se aprofunda nos julgados do STF para oferecer um produto mais complexo.

Desse modo, o livro tem por objetivos:

I – Elaborar teses, redigidas com base no **dispositivo**¹ dos acórdãos e abstraidas das notícias de julgamento; e

II – Examinar a fundamentação adotada pelo Tribunal e, na sequência, esboçar um panorama do entendimento da Corte sobre os ramos do Direito.

A proposta é que as teses apontem como caminhou a jurisprudência da Suprema Corte brasileira ao longo do ano e, ainda, permitam vislumbrar futuros posicionamentos do Tribunal, tendo por referência os processos já julgados. Cumpre destacar que essas teses – com os respectivos fundamentos – não traduzem necessariamente a pacificação da jurisprudência num ou noutro sentido. Elas se prestam simplesmente a fornecer mais um instrumento de estudo da jurisprudência e a complementar a função desempenhada pelo *Informativo STF*.

Tendo isso em vista, os textos que compõem o livro estruturam-se em: **tese jurídica extraída do julgado**² e **resumo da fundamentação**². Pretende-se, com esse padrão, que o destaque dado aos dispositivos dos acórdãos seja complementado por seus respectivos fundamentos. Cada resumo é encerrado pelos **dados do processo em análise**².

As decisões acerca da redação e da estrutura do livro foram guiadas também pela busca da otimização do tempo de seu público-alvo. Afinal, a leitura de acórdãos, de votos ou mesmo de ementas demandaria esforço interpretativo e tempo dos quais o estudante ou o operador do Direito muitas vezes não dispõe. Assim, deu-se preferência a formato de redação que destacasse o dispositivo do acórdão e seus fundamentos, ao mesmo tempo que traduzisse de forma sintética o entendimento do STF, dispensando o leitor da consulta à íntegra do acórdão ou do voto vencedor.

Em busca de mais fluidez e concisão, decidiu-se retirar do texto principal as referências que não fossem essenciais à sua redação. Assim, foram transpostos para **notas de fim**², entre outras informações pertinentes: relatórios de situações fáticas e observações processuais, quando necessários à compreensão do caso; precedentes jurisprudenciais; e transcrições de normativos ou de doutrina³.

A mesma objetividade que orientou a estrutura redacional dos resumos norteou a organização dos julgados em disciplinas do Direito e em temas. Estes, por sua vez, foram subdivididos em **assuntos**² específicos. Tal sistematização do conteúdo visa, mais uma vez, facilitar o trabalho dos estudantes e dos operadores do Direito, que compõem o público-alvo desta obra.

A esse respeito, sob o ângulo dos ramos do Direito, optou-se pela análise vertical dos julgados do ano, o que propicia rápida visualização e comparação de matérias semelhantes decididas pelos órgãos do STF. A obra permite, assim, que o leitor verifique, de forma fácil e segura, a evolução jurisprudencial de um dado tema ao longo do tempo.

A ideia foi, em resumo, aliar a objetividade característica do *Informativo STF* com a profundidade e a riqueza técnico-jurídica contida nos acórdãos e nos votos dos ministros. Para cumprir tal finalidade, foi necessário interpretar os acórdãos dos julgamentos.

Todavia, se por um lado é certo que a redação de resumos demanda algum grau de liberdade interpretativa dos documentos originais, por outro a hermenêutica reconhece ser inerente à interpretação jurídica certa dose de subjetividade.

Nessa perspectiva, embora os analistas responsáveis pelo trabalho tenham se esforçado para – acima de tudo – manter fidelidade aos entendimentos do STF, ao mesmo tempo que conciliavam concisão e acuidade na remissão aos fundamentos das decisões, não se deverá perder de vista que os resultados do exame da jurisprudência aqui expostos são fruto de interpretação desses servidores.

Método complementar de análise: novidade a partir desta edição

Na edição deste ano, adotou-se novo método de análise. O objetivo foi reduzir a influência de critérios subjetivos na interpretação dos julgados proferidos pela Corte.

Acrescentou-se ao processo de elaboração das notícias uma etapa comparativa. A redação proposta pela equipe técnica foi confrontada com estudos especializados

e reconhecidos pela comunidade jurídica para, apenas na sequência, consolidar-se o texto final.

Com esse cotejo, não apenas se buscou ampliar a análise da jurisprudência e estabelecer um parâmetro para a verificação das compreensões assentadas neste trabalho. Consagrou-se, também, a possibilidade de interpretações diversificadas participarem do processo de elaboração de uma obra que, embora esteja restrita aos limites do processo interpretativo, produz conclusões e resumos de julgamento de uma instituição pública. Estabeleceu-se, assim, uma relação de interdependência entre o que o Tribunal produz e como a sociedade percebe o trabalho dele.

Admitir tais influxos na elaboração de um produto que tem por objeto decisões proferidas pela Suprema Corte, as quais impactam diretamente na vida de toda a sociedade, revela uma visão democrática dos julgados do STF. Afinal, a interpretação não se restringe apenas às compreensões de seu próprio corpo de servidores.

Por fim, diante da ampliação da pluralidade de influências na composição deste trabalho, cabe reiterar que ele não apresenta a interpretação oficial do STF sobre seus julgados. Longe disso: trata-se de estudo que tão somente pretende auxiliar aquele que deseja conhecer a jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

Espaço para participação do leitor

Os enunciados aqui publicados tanto podem conter trechos do julgado original – na hipótese de estes sintetizarem a ideia principal – quanto podem ser resultado exclusivo da interpretação dos acórdãos pelos analistas responsáveis pela compilação. Na versão eletrônica da obra, estão disponíveis os *links* de acesso à íntegra dos acórdãos, o que facilita a conferência da acuidade dessa interpretação. O leitor poderá encaminhar dúvidas, críticas e sugestões para o *e-mail*: cjcd@stf.jus.br.

Ademais, entre as razões que motivaram a edição deste trabalho e a opção por este formato específico está justamente o propósito de fomentar a discussão e de contribuir para a difusão do “pensamento” do Tribunal e para a construção do conhecimento jurídico. Com isso, promove-se maior abertura à participação da sociedade no exercício da atividade constitucionalmente atribuída ao STF.

1 Deve-se ter em mente que muitas vezes os dispositivos dos acórdãos se limitam a “dar (ou negar) provimento ao recurso” ou, ainda, “conceder (ou não) a ordem”. Embora esses comandos jurisdicionais efetivamente componham o dispositivo da sentença, do ponto de vista da análise das

decisões judiciais – e da jurisprudência – eles significam muito pouco. Por evidente, o objeto deste trabalho é o tema decidido pela Corte, seja ele de direito material, seja de direito processual, e não o mero resultado processual de uma demanda específica. Nesse sentido, talvez seja possível discernir entre o conteúdo formal da decisão, que seria, exemplificativamente, o resultado do recurso (conhecido/não conhecido, provido/não provido) ou da ação (procedência/improcedência), e o conteúdo material da decisão, que efetivamente analisa a questão de direito (material ou processual) debatida e possui relevância para a análise da jurisprudência. Em outras palavras, o conteúdo material da decisão corresponderia aos fragmentos do provimento jurisdicional que têm aptidão para transcender ao processo em análise e constituir o repertório de entendimentos do Tribunal sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

2 Ver Infográfico, página 11.

3 Informações entre colchetes não constam do texto original.

Infográfico



Reclamação: conflito federativo e usurpação de competência do STF

Assunto

O conflito federativo¹ apto a instaurar a jurisdição de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) deve possuir densidade suficiente para abalar o pacto federativo.

Tese jurídica extraída do julgado

No caso, esse requisito está preenchido, uma vez que estão contrapostos, de um lado, o intento da União na preservação do cenário paisagístico como patrimônio cultural brasileiro e, de outro, o interesse jurídico, econômico, financeiro e social do Estado do Amazonas de ter autonomia na gestão de seus recursos naturais.

Por conseguinte, a ação ordinária proposta pelo Estado do Amazonas contra a União e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), com o objetivo de anular o processo administrativo de tombamento do “Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões”, possui conteúdo suficiente para configurar conflito federativo apto a deslocar a competência da ação para o STF.

Resumo da fundamentação

Rel 12.957/AM, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 26-8-2014, acórdão publicado no DJE de 4-11-2014.

(Informativo 756, Primeira Turma)

Dados do processo em análise

¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;”

Nota de fim

Sumário

Siglas e abreviaturas	27
Siglas de classes e incidentes processuais	29
Direito Administrativo	31
Agentes Públicos	32
Contratação de servidores temporários e competência	33
Anistia e regime celetista	35
Cessão de servidor e ônus remuneratório	37
Aposentadorias e Pensões	39
Coisa julgada e TCU	40
EC 41/2003: pensão por óbito posterior à norma e direito à equiparação	42
Adoção de descendente maior de idade e legitimidade	44
EC 20/1998 e acumulação de proventos civis e militares	45
Bens Públicos	46
Aquisição de imóvel funcional das Forças Armadas e servidor civil	47
Concurso Público	48
Concurso público: direito subjetivo à nomeação e surgimento de vagas	49
Reintegração de defensores não concursados	51
Concurso público e nomeação precária	52
Concurso público: procurador da República e atividade jurídica	53
Serventia judicial e vaga ofertada em litígio	54
CNJ: concurso público e Resolução 187/2014	56
Concurso público e limite de idade	57
Questões de concurso público e controle jurisdicional	58
PSV: provimento de cargo público e exigência de concurso público	59
PSV: exame psicotécnico e concurso público	60
Concurso público: prova objetiva e resoluções do CNMP e CSMPF	61
Estatuto do Idoso e critérios de desempate em concurso público	63

Posse em cargo público por determinação judicial e dever de indenizar	65
Poderes Administrativos	67
Guarda municipal e fiscalização de trânsito	68
Princípios da Administração Pública	69
Administração Pública e princípio da intranscendência	70
Servidor público e divulgação de vencimentos	72
Verba indenizatória e publicidade	74
Sistema Remuneratório	76
Adicional por tempo de serviço: coisa julgada e art. 17 do ADCT	77
Teto remuneratório: EC 41/2003 e vantagens pessoais	80
PSV: Leis 8.622/1993 e 8.627/1993 e extensão de reajuste	83
Teto constitucional e base de cálculo para incidência de imposto e contribuição	84
Incorporação de quintos e princípio da legalidade ¹ e 2	86
PSV: reajuste de vencimentos e correção monetária (Enunciado 42 da Súmula Vinculante)	89
 Direito Civil	 91
Contratos	92
Alienação fiduciária de veículos e registro em cartório	93
Direitos Reais	96
Terras devolutas e transferência de domínio a particulares	97
Usucapião de imóvel urbano e norma municipal de parcelamento do solo	98
 Direito Constitucional	 101
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	102
Sistema carcerário: estado de coisa inconstitucional e violação a direito fundamental	103
Competência Originária do STF	108
Abono variável e competência do STF	109
STF e competência em decisões negativas do CNMP e do CNJ	110
Porte de arma de magistrado e competência	112

Conselho Nacional de Justiça	114
CNJ: revisão disciplinar e prazo de instauração	115
CNJ: sindicância e delegação de competência	117
Conselho Nacional do Ministério Público	118
Procedimento de controle administrativo e notificação pessoal	119
Controle de constitucionalidade e órgão administrativo	120
Controle de Constitucionalidade	122
Lei 1.079/1950: procedimento de <i>impeachment</i> e recepção	123
Assistência judiciária gratuita: art. 12 da Lei 1.060/1950 e recepção	131
Balanço de contas públicas e sequestro de depósitos judiciais	132
Doação eleitoral e sigilo	134
Suspensão de ações judiciais em ADI e precatório	136
Lei trabalhista: discriminação de gênero e competência legislativa	138
Norma penal militar e discriminação sexual	139
Medida provisória: emenda parlamentar e “contrabando legislativo”	141
Partidos políticos: direito de antena, acesso ao Fundo Partidário e ativismo congressual	143
Princípio do concurso público e provimento derivado	148
ADI e financiamento de campanha eleitoral	150
TJ/SP: audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015	158
Constituição estadual e separação de poderes	160
Emenda parlamentar e pertinência temática	162
ADI: extinção de cargo de escrivão judiciário e competência dos Estados-Membros	164
Remuneração de servidor público e vício formal	166
Lei orgânica da polícia civil e modelo federal	168
Biografias: autorização prévia e liberdade de expressão	169
Norma estadual e princípio da simetria	172
Fies e alteração retroativa de regras	173
Sistema majoritário e fidelidade partidária	175
EC 88/2015 e aposentadoria compulsória	177

Processo legislativo: quórum qualificado e votação simbólica	181
Serviço notarial e de registro: concurso público e princípio da isonomia	183
ADI e norma antinepotismo	184
ICMS: combustíveis e bitributação	185
Servidores não efetivos e regime de previdência: modulação de efeitos	186
Norma processual e competência legislativa da União	188
Embargos de declaração e modulação de efeitos	189
Defensoria Pública e ação civil pública	190
Publicidade de bebidas alcoólicas e omissão legislativa	192
Policiais civis e militares do sexo feminino e aposentadoria	194
Organizações sociais e contrato de gestão	197
Subsídio vitalício a ex-governador	202
ADI e submissão de membros da Administração Pública ao Poder Legislativo	203
ADI e <i>softwares</i> abertos	207
Art. 27 da Lei 9.868/1999 e suspensão de julgamento	210
Policiais temporários e princípio do concurso público	211
Contrato nulo e direito ao FGTS	213
Modulação: precatório e EC 62/2009	215
Notários e oficiais de registro e regime previdenciário	218
ICMS: benefício tributário e guerra fiscal	220
Telecomunicações: competência legislativa	222
Lei municipal e vício de iniciativa	223
Contribuição previdenciária de inativos e pensionistas: isenção e patologias incapacitantes	224
Professores de rede estadual e regime de subsídio	226
Competência concorrente para legislar sobre educação	229
Poder Executivo e quinto constitucional	230
Licença prévia para julgamento de governador em crime de responsabilidade e crime comum	231
Agrotóxico: lei estadual e competência privativa da União	234

Energia elétrica e competência para legislar	235
Vinculação a salário mínimo e criação de órgão	237
Poder Judiciário: teto estadual e isonomia	238
Revisão de remuneração de servidores públicos e iniciativa legislativa	240
Emenda parlamentar e vício formal	241
Criação de cargos comissionados e processo legislativo	242
Regime jurídico de servidor público e vício de iniciativa	243
Entidade de classe e legitimidade ativa	244
Concurso público: reenquadramento e art. 19 do ADCT	245
Despesas orçamentárias e vício de iniciativa	247
Progressão funcional de servidor público e iniciativa legislativa	250
Responsabilidade civil do Estado e instituição de pensão especial para vítimas de crimes	251
Controle Jurisdicional de Políticas Públicas	253
Obras emergenciais em presídios: reserva do possível e separação de poderes	254
Direitos e Garantias Fundamentais	258
Inviolabilidade de domicílio e flagrante delito	259
<i>Habeas data</i> e informações fazendárias	262
Mandado de injunção: aposentadoria especial de oficiais de justiça	265
Inscrição de ente público em cadastro federal de inadimplência e devido processo legal	267
Estatuto dos Congressistas	269
Parlamentar e imunidade	270
Imunidade parlamentar de vereador e exercício do mandato	271
Ministério Público	272
LC 75/1993: auxílio-moradia e promoção com deslocamento	273
Precatórios	274
Sociedade de economia mista e regime de precatório	275
Reclamação	277
Reclamação: aposentadoria espontânea e extinção do contrato de trabalho	278

Reclamação e sala de Estado-Maior	279
Repartição de competência	280
Ocupação e parcelamento do solo urbano: loteamentos fechados e plano diretor	281
PSV: crimes de responsabilidade e competência legislativa	283
PSV: competência legislativa e funcionamento de estabelecimento comercial (Enunciado 38 da Súmula Vinculante)	284
PSV: competência legislativa e fixação de vencimentos (Enunciado 39 da Súmula Vinculante)	285
Legislação sobre meio ambiente e competência municipal	286
Sistema Financeiro Nacional	288
Plano Verão: IRPJ e correção monetária de balanço	289
Plano Real: contrato de locação comercial	290
Medida provisória: Sistema Financeiro Nacional e requisitos do art. 62 da Constituição Federal	292
Súmula Vinculante	294
Enunciado 11 da Súmula Vinculante do STF	295
Tribunais	296
Art. 93, XI, da CF: tribunal pleno e órgão especial	297
Tribunal de Contas	298
TCU: tomada de contas e nulidade	299
TCU: sigilo bancário e BNDES	301
TCU e declaração de inidoneidade para licitar	303
TCU: anulação de acordo extrajudicial e tomada de contas especial	305
TCU: medida cautelar de indisponibilidade de bens e tomada de contas especial	307
Direito da Criança e do Adolescente	311
Medida Socioeducativa	312
Menor e parecer psicossocial	313
Direito do Trabalho	315
Contribuição Confederativa	316

PSV: contribuição confederativa e sujeição passiva (Enunciado 40 da Súmula Vinculante)	317
Princípios e Garantias Trabalhistas	318
Plano de dispensa incentivada e validade da quitação ampla de parcelas contratuais	319
Direito Econômico	323
Princípios Gerais da Atividade Econômica	324
PSV: lei municipal e violação à livre concorrência (Enunciado 49 da Súmula Vinculante)	325
Direito Eleitoral	327
Inelegibilidade	328
Eleição suplementar e inelegibilidade	329
Partidos Políticos	331
Partidos políticos: apoio de eleitores não filiados e limite temporal para fusão	332
Direito Financeiro	337
Crédito não Tributário	338
Prescrição não tributária e Enunciado 8 da Súmula Vinculante	339
Direito Penal	341
Extinção da Punibilidade	342
Estelionato e extinção da punibilidade	343
ED: interesse recursal e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva	344
Ação penal e prescrição em perspectiva	345
Crime tributário e prescrição	346
Cumprimento de decreto presidencial e extinção da punibilidade	348
Marco temporal da prescrição em segunda instância: sessão de julgamento ou publicação do acórdão	350
Lei Penal	351

Lei de Drogas e princípio da consunção	352
Princípio da consunção: homicídio e posse ilegal de arma	354
Penas	355
Tráfico de entorpecente e transposição de fronteira	356
Substituição de pena e lesão corporal praticada em ambiente doméstico	358
Sonegação fiscal e circunstâncias judiciais	360
Maus antecedentes e período depurador	361
Princípio da não culpabilidade: processos em curso e maus antecedentes	362
Aumento da pena e continuidade delitiva	363
Fixação de regime inicial de cumprimento de pena e circunstâncias judiciais	364
Princípios e Garantias Penais	365
Crime de dirigir sem habilitação e lesão corporal culposa na direção de veículo	366
Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado	367
Tipicidade	369
Descumprimento de ordem judicial e ciência	370
Desobediência eleitoral e absolvição sumária	371
Transação Penal	372
Transação penal e efeitos próprios de sentença penal condenatória	373
Direito Penal Militar	377
Extinção da Punibilidade	378
Crime de deserção e prescrição da pretensão punitiva estatal	379
Lei Penal	381
Princípio da consunção na Justiça Militar	382
Sursis	383
Período de prova em sursis e indulto	384
Tipicidade	386
Período de graça e configuração do crime de deserção	387

Ação Rescisória	390
Efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da ação rescisória	391
Ação rescisória e revisão geral anual de vencimentos	395
Competência	396
Reclamação e sociedade de economia mista	397
Terras indígenas e conflito de competência	398
Conflito de Competência	399
Conflito de competência e art. 115 do CPC/1973	400
Desistência da Ação	402
Provimento de serventias extrajudiciais e desistência de mandado de segurança	403
Mandado de Segurança	405
Mandado de segurança e prova pré-constituída	406
Prisão Civil	407
Prisão civil do devedor de alimentos	408
Recursos	410
Juntada do incidente de inconstitucionalidade	411
Convenção coletiva e política salarial	413
ED: interposição antes da publicação do acórdão e admissibilidade	414
Requisito de Admissibilidade Recursal	415
Porte de remessa e retorno, e recolhimento pelo INSS	416
Multa: justiça gratuita e suspensão do recolhimento	418
Protocolização em setor indevido e tempestividade	420
Agravo regimental e interesse recursal	421
RE e análise dos requisitos de admissibilidade de REsp	422
Decisão monocrática em embargos de declaração	424
Revogação tácita de mandato e cerceamento de defesa	426
Sentença	427
Modificação de decisão judicial pelo TCU e coisa julgada	428

Verba de Sucumbência	429
PSV: honorários advocatícios e natureza alimentar (Enunciado 47 da Súmula Vinculante)	430
Direito Processual Coletivo	433
Ação Civil Pública	434
Defensoria Pública e ação civil pública	435
Ação civil pública em face de prefeito e atribuição ministerial	437
Verbas de Sucumbência	439
Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento	440
Direito Processual do Trabalho	443
Ação de Cumprimento	444
Execução de sentença normativa e ofensa à coisa julgada	445
Competência	446
PSV: competência e Justiça do Trabalho (Enunciado 53 da Súmula Vinculante) ...	447
Direito Processual Penal	449
Ação Penal	450
Habeas corpus e trancamento da ação penal	451
Ação penal e princípio da duração razoável do processo	452
Competência	453
Crime de redução à condição análoga à de escravo e competência	454
Pedofilia e competência	456
Desmembramento e foro por prerrogativa de função	459
Crime cometido por prefeito e competência do TRE	460
Competência: foro por prerrogativa de função, prevenção e prorrogação	463
Criação de nova vara e perpetuo jurisdictionis	466
Comunicação de Ato Processual	467
Intimação da Defensoria Pública e princípio geral das nulidades	468
Defensoria Pública e intimação pessoal	469

Conflito de Atribuições	470
Conflito de atribuições: Tribunal de Justiça Militar e Ministério Público	471
Denúncia	472
<i>Habeas corpus</i> de ofício e recebimento de denúncia	473
Execução da Pena	475
Sursis e requisito temporal para a concessão de indulto	476
Indulto e medida de segurança	477
Saída temporária e decisão judicial	479
Inadimplemento de pena de multa e progressão de regime	481
Extradição	483
Extradição e cumprimento de pena	484
Acordo de extradição entre os Estados-Partes do Mercosul e pena remanescente	486
Extradição executória e soberania estatal	487
Extradição e falsidade de registro civil de nascimento	489
Extradição e dupla tipicidade.....	490
Extradição e prescrição da pretensão punitiva	491
Prisão para extradição e adaptação ao regime semiaberto	492
<i>Habeas Corpus</i>	494
<i>Habeas corpus</i> e cabimento	495
<i>Habeas corpus</i> e autorização para visitas	496
Recurso ordinário e devolução da matéria veiculada1.....	497
Investigação preliminar	498
Inquérito e acesso às provas	499
Arquivamento de inquérito policial e coisa julgada	501
Ministério Público e investigação criminal	502
Arquivamento de inquérito e requerimento do PGR	504
Nulidades	505
Interceptações telefônicas: compartilhamento e autuação	506
Convalidação de atos e nulidade	508
Revogação tácita de mandato e cerceamento de defesa	509

Princípios e Garantias Processuais	510
<i>Reformatio in pejus</i> e causa de diminuição de pena	511
Recurso exclusivo da defesa e <i>reformatio in pejus</i>	512
Desclassificação e aumento de pena imposta	513
<i>Habeas corpus</i> e <i>reformatio in pejus</i>	514
Recurso exclusivo da defesa: redução da pena e <i>reformatio in pejus</i>	515
Prisão Processual	517
Senador e prisão preventiva	518
Tráfico de drogas e liberdade provisória	526
Gravidez e prisão preventiva	527
Prisão cautelar: requisitos e medidas alternativas	529
Investigação criminal promovida pelo Ministério Público e aditamento da denúncia	531
Prisão cautelar e Lei de Drogas	532
Provas	534
Produção antecipada de prova e necessidade de fundamentação	535
Cabimento de habeas corpus em face de decisão de ministro do STF e colaboração premiada	536
Prova ilícita: desvinculação causal e condenação	548
Recursos	549
Recurso exclusivo da defesa e circunstância fática não reconhecida em primeiro grau	550
Requisito de Admissibilidade Recursal	551
Denúncia e prazo em dobro para resposta à acusação	552
Sentença	553
Tribunal do júri e novo enquadramento fático-jurídico	554
Tribunal do Júri	556
Pronúncia e envelopamento por excesso de linguagem	557
PSV: tribunal do júri e foro por prerrogativa de função	558
Tribunal do júri: leitura de peça em plenário e nulidade	559
Art. 478, I, do CPP e leitura de sentença prolatada em desfavor de corréu	560

Direito Processual Penal Militar	563
Competência	564
Praça: aplicação de pena acessória de perda do cargo e tribunal competente	565
Crime praticado por militar e competência	566
Correição parcial	567
Correição parcial e extinção da punibilidade	568
Princípios e Garantias Processuais	569
Procedimento investigatório criminal e arquivamento	570
Lei processual e retroação	571
Recursos	572
Ministério Público Militar e ausência de contrarrazões	573
Embargos infringentes e requisito de admissibilidade previsto em regimento interno	575
 Direito Sanitário	 577
Sistema Único de Saúde	578
SUS e atendimento por diferença de classe	579
 Direito Tributário	 583
Imunidade Tributária	584
PSV: imunidade tributária e imóvel alugado (Enunciado 52 da Súmula Vinculante)	585
Princípios e Garantias Tributárias	586
PSV: anterioridade tributária e alteração do prazo para recolhimento do tributo (Enunciado 50 da Súmula Vinculante)	587
Tributos	588
IR: aumento de alíquota e irretroatividade	589
Correção monetária, demonstrações financeiras, imposto de renda e Lei 8.200/1991	591
IPTU e progressividade	592
ICMS: decreto regulamentar e ofensa ao princípio da legalidade tributária	594

PSV: cobrança de ICMS e desembaraço aduaneiro (Enunciado 48 da Súmula Vinculante)	596
PSV: imunidade tributária e instituições de assistência social	597
PSV: remuneração do serviço de iluminação pública (Enunciado 41 da Súmula Vinculante)	598

Siglas e abreviaturas

1ª T	Primeira Turma
2ª T	Segunda Turma
ac.	acórdão
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Pena Militar
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
j.	juízo
LC	Lei Complementar
LEP	Lei de Execuções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
MP	Medida Provisória
MPU	Ministério Público da União
P	Plenário
PGR	Procurador-geral da República
PL	Projeto de Lei
rel. min.	relator o ministro
rel. orig.	relator originário
rel. p/ o ac.	relator para o acórdão
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

Siglas de classes e incidentes processuais

ACO	Ação Cível Originária
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AO	Ação Originária
AP	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CC	Conflito de Competência
ED	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
EP	Execução Penal
Ext	Extradição
HC	Habeas Corpus
Inq	Inquérito
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
Pet	Petição
ProgReg	Progressão de Regime
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REF	Referendo
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
SE	Sentença Estrangeira
SS	Suspensão de Segurança

DIRITTO AMMINISTRATIVO

AGENTES PÚBLICOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

Contratação de servidores temporários e competência

A Justiça comum é competente para processar e julgar causas em que se discute a validade de vínculo entre o poder público e servidores temporários¹.

! As contratações temporárias para suprir os serviços públicos estão no âmbito de relação jurídico-administrativa², e o disposto no art. 114, I, da **Constituição da República** não abrange as causas instauradas entre o poder público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária³.

Ademais, nem a alegação de desvirtuamento do vínculo nem a existência de pedidos fundados na CLT ou no FGTS descaracterizam a competência da Justiça comum.

Reconhecida a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para a causa, são nulos todos os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente, consoante disposto no art. 113 do **CPC/1973**⁴.

Rcl 4.351 MC-AgR, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 11-11-2015, acórdão publicado no **DJE** de 13-4-2016.

(**Informativo 807**, Plenário)

1 “Ementa: Constitucional. Reclamação. Medida liminar na ADI 3.357. Ação civil pública. Servidores públicos. Regime temporário. Justiça do Trabalho. Incompetência. 1. No julgamento da ADI 3.395 MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF (na redação da **EC 45/2004**) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense 2.607/2000, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado.” (Rcl 5.381, rel. min. Ayres Britto, P, j. 17-3-2008, **DJE de 8-8-2008** – sem grifos no original.)

2 Rcl 4.872, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, P, j. 21-8-2008, **DJE de 7-11-2008**.

3 “Agravo regimental em reclamação. Ofensa à decisão proferida na ADI 3.395/DF. Contratação temporária para o exercício de função pública. Regime jurídico-administrativo. Incompetência da Justiça do Trabalho para examinar eventual nulidade da contratação. Competência da Justiça comum estadual. 1. A Justiça do Trabalho não detém competência para processar e julgar causas que envolvam o Poder Público e servidores a ele vinculados, mesmo que por contrato temporário com prazo excedido, por se tratar de relação jurídico-administrativa. 2. Ainda que possa ter ocorrido desvirtuamento da contratação temporária para o exercício de função pública, não cabe à Justiça do Trabalho analisar a nulidade desse contrato. 3. Existência de precedentes desta Corte nesse sentido.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (Rcl 7.028 AgR, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 16-9-2009, *DJE de 16-10-2009* – sem grifos no original.)

- 4 “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.”

Anistia e regime celetista

O reingresso, em casos de anistia¹, aos quadros do Poder Executivo deve observar a situação jurídica originária e não implica necessária submissão ao estatuto dos servidores públicos federais.

! A possibilidade de transformação de empregos em cargos públicos², prevista no art. 2º da Lei 8.878/1994³, somente cria o direito subjetivo ao aproveitamento se comprovada a passagem da atividade para o regime estatutário⁴.

Diante disso, o retorno do servidor à prestação de serviços pela Administração Pública faz-se observada a situação jurídica originária, descabendo transmutar o regime da CLT.

RMS 30.548, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-2015, acórdão publicado no DJE de 28-10-2015.

(Informativo 799, Primeira Turma)

1 Lei 8.878/1994: “Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido: I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal; II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.”

2 AI 596.430 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 3-2-2009, *DJE de 13-3-2009*.

3 “Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos exonerados, demitidos, dispensados ou despedidos dos órgãos ou entidades que tenham sido extintos liquidados ou privatizados, salvo quando as respectivas atividades: a) tenham sido transferidas, absorvidas ou executadas por outro órgão ou entidade da administração pública federal; b) estejam em curso de transferência ou de absorção por outro órgão ou entidade da ad-

ministração pública federal, hipótese em que o retorno dar-se-á após a efetiva implementação da transferência.”

- 4 RMS 22.822, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, j. 19-5-1998, *DJ de 28-8-1998*.

Cessão de servidor e ônus remuneratório¹

O ônus remuneratório decorrente da cessão de servidor público para exercício de cargo em comissão ou função de confiança deve ser suportado pelo órgão cessionário, seja quando a cessão ocorrer do âmbito federal para o estadual, distrital ou municipal, seja quando seguir a situação inversa, tal qual disposto no art. 93, I e § 1º, da Lei 8.112/1990².

! O § 5º do art. 93³ (com a redação dada pela Lei federal 9.527/1997) é mera explicação da regra geral, segundo a qual, em caso de cessão de servidor público, o ônus da remuneração deve recair sobre o órgão ou a entidade requisitante, qualquer que seja a esfera da Federação. Afinal, o cessionário é o único beneficiário do trabalho do servidor cedido.

A Constituição já comportava interpretação no sentido da possibilidade de custeio, pela União, dos ônus remuneratórios de servidor a ela cedido, mesmo antes do advento de norma federal que previsse tal responsabilidade. O reconhecimento desse ônus financeiro ocorreu com a edição da MP 1.573-9/1997, convertida na Lei 9.527/1997, que acrescentou o referido § 5º ao art. 93 da Lei 8.112/1990.

Sendo a cessão de servidores parte do arco maior da cooperação federativa, cabe à União, como regra de isonomia, ressarcir os valores desembolsados pelo Distrito Federal com o servidor cedido. Não há razão para admitir que a União tenha esse privilégio em detrimento dos demais entes da Federação.

Além disso, não se trata de aplicação retroativa da lei de 1997, mas de interpretação que harmoniza o preceito original com o texto maior, consideradas as modificações legislativas posteriores como simples confirmação da necessidade dessa compatibilização.

ACO 555, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 23-4-2015, acórdão publicado no DJE de 8-6-2015.

(Informativo 782, Plenário)

¹ Embora a Corte tenha assentado entendimento no sentido da inexistência de conflito federativo em lides que versam sobre pretensões de cunho meramente patrimonial, a competência para o julgamento desta ação civil originária (ACO 555) foi definida em questão de ordem suscitada pelo antigo relator do processo, ministro Sepúlveda Pertence. A questão de ordem foi julgada em 4-8-2005 e publicada no DJ de 16-9-2005.

- 2 Redação do dispositivo legal à época dos fatos: “Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: I – para exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (...) § 1º Na hipótese do inciso I deste artigo, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária.”
- 3 “§ 5º Aplicam-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as regras previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo, conforme dispuser o regulamento, exceto quando se tratar de empresas públicas ou sociedades de economia mista que recebam recursos financeiros do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal. (Incluído pela Lei 9.527, de 10-12-1997).”

APOSENTADORIAS E PENSÕES

DIREITO ADMINISTRATIVO

Coisa julgada e TCU

Limitada a discussão à eficácia temporal da sentença, não há falar-se em imutabilidade da própria decisão.

! Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação¹.

Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*)².

Assim, inexistente ofensa à coisa julgada na decisão do TCU que determina a exclusão de parcela incorporada aos proventos por decisão judicial, se, após o provimento, houver alteração dos pressupostos fáticos e jurídicos que lhe deram suporte.

Não há que se falar em ação rescisória, porque não se debate a imutabilidade ou a validade da sentença.

Também não é o caso de se cogitar ação revisional, pois as modificações das razões de fato ou de direito, que serviram de suporte para a sentença, operam efeitos imediata e automaticamente, dispensando-se novo pronunciamento judicial.

Diante disso, tendo havido modificação da estrutura remuneratória³, a decisão deve produzir efeitos somente durante a vigência do regime jurídico anterior. Com a mudança de regime, não é possível manter o pagamento de vantagem econômica sem qualquer limitação temporal.

Contudo, a alteração do regime jurídico garante à impetrante o direito à irredutibilidade dos vencimentos⁴.

Assim, tendo a impetração se limitado a suscitar ofensa à coisa julgada, afasta-se a alegação de ocorrência de direito líquido e certo, porque o ato atacado apenas interpetrou o alcance da eficácia temporal da coisa julgada.

MS 25.430, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 26-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 809*, Plenário)

¹ RE 596.663, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, j. 24-9-2014, *DJE de 26-11-2014*.

- 2 “*Rebus sic stantibus* representa a teoria da imprevisão e constitui uma exceção à regra do princípio da força obrigatória. Trata da possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra. Há necessidade de um ajuste no contrato. *Rebus sic stantibus* pode ser lido como ‘estando as coisas assim’ ou ‘enquanto as coisas estão assim’. Já a cláusula de mesmo nome é a instrumentalização deste ajuste. É a estipulação contratual ou a aplicação de um princípio de que, presente a situação imprevista, o contrato deve ser ajustado à nova realidade. Disto se tem a revisão do contrato.” (Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8711>>.)
- 3 Na espécie, o Plenário, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra ato do TCU, que determinara a suspensão do pagamento da incorporação do reajuste de 26,05% e 26,06% – referentes aos vencimentos de fevereiro de 1989 e julho de 1987, respectivamente – aos proventos de servidora pública aposentada – v. *Informativo 454*. A impetrante teria requerido o pagamento do índice de 26,05% fixado para URP relativa ao mês de fevereiro de 1989 e consequente incorporação deste percentual a partir de março de 1989.
- 4 RE 563.965, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 11-2-2009, *DJE de 20-3-2009*.

EC 41/2003: pensão por óbito posterior à norma e direito à equiparação

Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à Emenda Constitucional 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º)¹, caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005². Não têm, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, I).

! A aposentadoria, em regra, é regida pela legislação vigente na época em que o servidor implementou as condições para obtê-la. A pensão igualmente observa o princípio do *tempus regit actum* e regula-se pela lei vigente na ocasião do falecimento do segurado instituidor.

A Emenda Constitucional 41/2003 pôs fim à denominada “paridade”, ou seja, à garantia ao reajuste dos proventos de aposentadoria e das pensões sempre que houvesse correção dos vencimentos dos servidores da ativa. Logo, pensionistas de servidor falecido após a promulgação da referida emenda não teriam direito à paridade.

Entretanto, a Emenda Constitucional 47/2005 excepcionou essa regra. Garantiu o direito à paridade às pensões derivadas de óbito de servidores que tivessem ingressado no serviço público até 16-12-1998 (art. 3º) e que, além disso, preenchessem os demais requisitos nela consignados.

Assim, a Emenda Constitucional 47/2005 somente estendeu aos pensionistas o direito à paridade, e não à integralidade.

RE 603.580, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-8-2015*.

(*Informativo 786*, Plenário, Repercussão Geral)

¹ “Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou

reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.”

- 2 “Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998**, poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo. Parágrafo único. **Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.**” (Sem grifos no original.)

Adoção de descendente maior de idade e legitimidade

Não é legítima a adoção de descendente maior de idade, sem a constatação de suporte moral ou econômico, com o fim de induzir o deferimento de benefício previdenciário.

! No caso de adoção de pessoa maior de idade, cumpre observar as dependências

- emotiva e financeira. Sem a constatação desses fatores, não há justificativa para o reconhecimento do benefício.

Não cabe potencializar a escritura pública de filiação que formalizou a adoção quando ausentes os elementos caracterizadores do direito.

! A adoção formalizada em cartório não viabiliza, de modo absoluto, a concessão

- do benefício previdenciário¹. Sem elementos comprobatórios mínimos, não é possível presumir a necessária dependência econômica e afetiva.

Cabe destacar que o § 1º do art. 42 do *Estatuto da Criança e do Adolescente*, ainda que em momento posterior à formalização da escritura pública, vedou a adoção por ascendentes, o que reforça o caráter reprovável da conduta analisada.

Entre as finalidades dessa norma, é possível destacar o combate à prática de atos de simulação e fraude à lei, como nos casos em que a filiação é estabelecida unicamente para a percepção de benefícios junto ao poder público.

MS 31.383, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 12-5-2015, acórdão publicado no DJE de 10-9-2015.

(Informativo 785, Primeira Turma)

¹ No caso, o quadro revela filiação oficializada por escritura pública, em 1989, sob a égide do *Código Civil de 1916*. No momento da formalização, um servidor militar de 87 anos adotou a neta, separada judicialmente, que contava com 41 anos e exercia o magistério no serviço público estadual. Essa conduta demonstraria o não cumprimento da relação de suporte moral e econômico a justificar a concessão da pensão. Ressalte-se que o inciso I do art. 7º da *Lei 3.765/1960*, com redação vigente quando do óbito do militar, em 1994, apenas admitia o deferimento do benefício, em ordem de prioridade, aos filhos menores de 21 anos ou, quando estudantes, menores de 24 anos. Ademais, o parágrafo único do aludido artigo afastava as limitações etárias apenas quando demonstrada invalidez ou enfermidade grave a impedir a subsistência do postulante da pensão militar.

EC 20/1998 e acumulação de proventos civis e militares

É legítima a acumulação de proventos civis e militares na hipótese de a reforma do militar ter ocorrido sob a égide da Constituição Federal de 1967 e o reingresso no serviço público civil ter se dado antes da vigência da Emenda Constitucional 20/1998, sendo irrelevante o fato de a aposentadoria civil ter acontecido em momento posterior.

! A redação dada pela [Emenda Constitucional 20/1998](#) ao § 10 do art. 37 da [Constituição Federal](#)¹ – que impede a acumulação de proventos de aposentadoria civis e militares – não se aplica aos servidores que tenham reingressado no serviço público até a data da alteração constitucional².

Não se trata do recebimento de mais de uma aposentadoria pelo regime previdenciário do art. 40 da [Constituição Federal](#), o que é vedado pelo art. 11 da [Emenda Constitucional 20/1998](#), mas, sim, da percepção de provento civil (regime próprio do art. 40 da [CF/1988](#)) cumulado com o militar (regime próprio do art. 42 da [CF/1988](#)), situação não abarcada pela proibição da emenda³.

AI 801.096 AgR-EDv, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 22-4-2015, acórdão publicado no *DJE* de 30-6-2015.

(*Informativo 782*, Plenário)

1 “Art. 37. (...) § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 [regime previdenciário dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios] ou dos arts. 42 [dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios] e 142 [das Forças Armadas] com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

2 Emenda Constitucional 20/1998: “Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, **até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público** por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.” (Sem grifos no original.)

3 Precedente: MS 24.997, rel. min. Eros Grau, P, j. 2-2-2005, *DJ* de 1º-4-2005.

BENS PÚBLICOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

Aquisição de imóvel funcional das Forças Armadas e servidor civil

O imóvel residencial administrado pelas Forças Armadas e destinado à ocupação por militares não pode ser alienado.

! Incide o óbice do art. 1º, § 2º, I, da Lei 8.025/1990¹. Essa disposição normativa deve ser interpretada no sentido de que todos os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas, ontologicamente, têm os militares como destinatários.

Mostra-se equivocado entender que os imóveis “destinados à ocupação por militares” devem ser interpretados como “efetivamente ocupados por militares”. Nesse sentido, se eventualmente foram ou estão sendo ocupados por civis, tal circunstância é excepcional e, uma vez desocupados, nada impede sejam utilizados para residência de militares. Ademais, quando a lei obsta a alienação de imóveis residenciais “destinados à ocupação de militares”, impõe a restrição sobre a coisa e não sobre a pessoa. Ou seja, a limitação recai sobre o imóvel e não sobre o militar.

A permissão de compra pelo civil constitui interpretação deturpada da legislação, que culminou no equivocado Enunciado 103 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, o Decreto 99.664/1990 cinge-se a proibir a venda do imóvel, a quem quer que seja, porque a restrição não é pessoal. O decreto é silente no que diz respeito à compra por civis e sequer aventa esta possibilidade.

Nesse contexto, a circunstância de um imóvel residencial ser administrado pelas Forças Armadas evidencia função precípua de ser destinado à ocupação de militar, de forma que sua excepcional ocupação por civil não o desafeta ou desnatura.

Ressalte-se ainda que, mesmo estando o bem ocupado por civil, sua destinação legal, qual seja servir de residência a militar, permanece inalterada.

RMS 23.111, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-11-2015, acórdão publicado no DJE de 6-4-2016.

(Informativo 808, Segunda Turma)

¹ “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a alienar, mediante concorrência pública e com observância do Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, os imóveis residenciais de propriedade da União situados no Distrito Federal, inclusive os vinculados ou incorporados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília (FRHB). (...) § 2º Não se incluem na autorização a que se refere este artigo, os seguintes imóveis: I – os residenciais administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;”

CONCURSO PÚBLICO

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso público: direito subjetivo à nomeação e surgimento de vagas

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo durante o prazo de validade do certame anterior não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital. Ressalvam-se as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do poder público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

! Incumbe à Administração, no âmbito de seu espaço de discricionariedade, avaliar, de forma racional e eficiente, a conveniência e a oportunidade de novas convocações durante a validade do certame.

Assim, a despeito de a Administração, ao iniciar um processo seletivo, manifestar evidente intenção e necessidade de preencher determinados cargos públicos, podem existir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo. Desse modo, mesmo a vacância dos cargos e a publicação do novo edital durante a validade do concurso podem obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas.

Entretanto, a referida discricionariedade precisa manter coerência com o Direito Administrativo contemporâneo, ou seja, não é livre e irrestrita, mas vinculada a certas premissas. Deve basear-se no dever de boa-fé da Administração Pública, além de pautar-se por incondicional respeito aos direitos fundamentais e aos princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da proteção da confiança, todos inerentes ao Estado de Direito.

Se é verdade que a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público além do número de vagas do edital está sujeita à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é o fato de que essa discricionariedade deve ser exercida legitimamente.

Nenhum candidato, esteja ele dentro ou fora do número de vagas do edital, pode ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixem escoar, desnecessariamente

e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que sejam nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso.

Se a Administração decidir preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existirem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso válido, o princípio da boa-fé vincula a discricionariedade da Administração e lhe impõe o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade.

Desse modo, quem for aprovado em concurso além das vagas previstas no edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, mesmo que aberto novo edital durante a validade do certame (CF, art. 37, IV). Possui, ao revés, mera expectativa de direito, que será convalidada em direito adquirido à nomeação apenas na excepcional circunstância de ficar demonstrada, de forma inequívoca, a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. Dito de outra forma: uma coisa é a mera vacância do cargo; outra, a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração destinado a prover os cargos durante a validade do certame. Contudo, tal vontade não fica caracterizada pela mera publicação de novo edital de concurso.

Em síntese, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

- a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas estipulado no edital;
- b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e
- c) quando surgirem novas vagas ou, aberto outro concurso durante a validade do certame anterior, ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração nos termos acima.

RE 837.311, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 9-12-2015, acórdão publicado no DJE de 18-4-2016.

(*Informativo 811*, Plenário, Repercussão Geral)

Reintegração de defensores não concursados

O servidor investido na função de defensor público até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária.

! Essa faculdade decorre da previsão expressa contida no art. 22 do ADCT¹.

• Após esse marco, é inconstitucional lei estadual que admita, na função de defensor público, servidores que não ingressaram na carreira mediante concurso, por afronta ao disposto nos arts. 37, II², e 134, § 1º³, da *Constituição Federal*.

A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não afasta as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição⁴, em seu art. 25⁵.

Rcl 16.950, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-12-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-12-2015*.

(*Informativo 810, Segunda Turma*)

- 1 “Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.”
- 2 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”
- 3 “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (...) § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”
- 4 ADI 3.819, rel. min. Eros Grau, P, j. 24-10-2007, *DJE de 6-8-2010*.
- 5 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

Concurso público e nomeação precária

Não se aplica a teoria do fato consumado ao candidato que toma posse em cargo público por força de decisão judicial precária.

! A execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer. Tal circunstância evidencia sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere¹.

Assim, o candidato que toma posse em cargo público por força de decisão judicial precária assume o risco de posterior reforma desse julgado, que, em razão do efeito retroativo, inviabiliza a aplicação da teoria do fato consumado.

Ademais, não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado em concurso, uma vez que tomou posse apenas em decorrência de provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

É igualmente incabível, em tais casos, invocar o princípio da segurança jurídica, o da proteção da confiança legítima ou o da boa-fé.

RMS 31.538, rel. orig. min. Luiz Fux, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 17-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 808*, Primeira Turma)

¹ RE 608.482, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 7-8-2014, *DJE de 9-9-2014*.

Concurso público: procurador da República e atividade jurídica

A expressão “três anos de atividade jurídica”, contida no art. 129, § 3º, da Constituição Federal¹, não se limita a atividade privativa de bacharel em Direito.

! Em concursos públicos, deve-se viabilizar, tanto quanto possível, o acesso dos cidadãos em geral, descabendo haver distinções sem respaldo constitucional². Por isso, os “três anos de atividade jurídica” devem ser exigidos no momento da posse (incisos I e II do art. 37 da Carta da República) e não correspondem a atividade específica de bacharel.

Cumpra reconhecer que, em certames posteriores ao do caso em tela, o Ministério Público Federal passou a admitir a validade da demonstração do desempenho de atividades de natureza preponderantemente jurídica quando do ingresso no cargo público. A vedação de observância retroativa de nova interpretação de norma administrativa (Lei 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, XIII³) não alcança os casos nos quais o órgão administrativo adotou indevida prática limitadora de direitos.

MS 27.601, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 22-9-2015, acórdão publicado no DJE de 17-11-2015.

(Informativo 800, Primeira Turma)

- 1 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.”
- 2 “Como fiz ver ao votar na ADI 3.406, relator ministro Carlos Ayres Britto, a referência a três anos de atividade jurídica, consoante previsão do art. 129, § 3º, da Carta de 1988, deve ser exigida quando da posse – o que decorre dos incisos I e II do art. 37 da Carta da República – e não corresponde a atividade específica que demande o grau de bacharel.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento.)
- 3 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

Serventia judicial e vaga ofertada em litígio

As serventias extrajudiciais vagas¹, embora *sub judice*, devem ser incluídas no edital de concurso para ingresso/remoção referente à atividade notarial e de registro.

! A redução da oferta de serventias coloca em xeque a própria atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou resolução para incluir no certame as serventias *sub judice*, mesmo que pendentes de pronunciamento judicial definitivo. O cumprimento integral de orientação do CNJ reforça o papel de tal órgão na fiscalização da higidez das instituições do Poder Judiciário.

Além disso, a supressão dessas vagas seria injustificada, traduzindo-se em manifesto prejuízo para os candidatos, que se veem alijados da possibilidade de concorrer a estes locais.

A administração do Tribunal de Justiça deve incluir no edital do concurso público a advertência acerca da condição *sub judice* da delegação ofertada no certame.

! Nessa hipótese, o candidato que optar por essas vagas o fará por sua conta e risco, sem direito a qualquer reclamação posterior, caso o resultado da ação judicial correspondente frustrar sua escolha e seu exercício.

A entrega da serventia ao aprovado no certame depende do encerramento de todos os processos alusivos à referida delegação.

! O princípio da razoabilidade recomenda que não se dê provimento a serventia cuja vacância esteja sendo contestada judicialmente, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão.

MS 31.228, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 4-8-2015, acórdão publicado no *DJE* de 13-10-2015.

(*Informativo 793*, Primeira Turma)

¹ CNJ, Resolução 80, de 9 de junho de 2009: “Declara a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria, estabelecendo regras

para a preservação da ampla defesa dos interessados, para o período de transição e para a organização das vagas do serviço de notas e registro que serão submetidas a concurso público.”

CNJ: concurso público e Resolução 187/2014

As novas resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não se aplicam a concursos em andamento.

! A aplicação dessas alterações a concurso em andamento implica abalo à confiança depositada no tocante à observância da versão original do instrumento convocatório, à qual o órgão organizador do certame encontra-se vinculado.

O novel ato normativo, ainda que válido e destinado a afastar incongruência até então existente na disputa, não pode suplantar a estabilidade de certame já iniciado, sob pena de abalar-se o necessário respeito à segurança jurídica.

Por isso, a [Resolução 187/2014 do CNJ](#) – que disciplina a contagem de títulos em concursos públicos para outorga de serventias extrajudiciais – não se aplica a concursos já em andamento quando do início de sua vigência¹.

MS 33.094, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 17-9-2015*.

(*Informativo 791, Primeira Turma*)

¹ Precedente: MS 28.375, rel. min. Rosa Weber, P, j. 4-12-2013, *DJE de 9-5-2014*.

Concurso público e limite de idade

O limite de idade¹, quando regularmente fixado em lei² e em edital de concurso público, deve ser comprovado no momento da inscrição no certame³.

! É impossível antever a data em que será realizada a fase fixada como parâmetro para aferição do requisito da idade máxima, uma vez que pode haver demora e desídia da Administração Pública para prosseguir com o certame. Os atrasos no andamento do concurso podem fazer com que o candidato deixe de preencher o requisito de idade máxima.

Entendimento diverso levaria a imediato prejuízo ao candidato, em decorrência da demora da Administração Pública em proceder a todas as fases do concurso. Assim, apenas as pessoas com idade bem inferior ao limite estipulado no edital poderiam se submeter ao certame.

ARE 840.592 AgR, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-8-2015*.

(Informativo 791, Primeira Turma)

- 1 Enunciado 683 da Súmula do STF: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”
- 2 Tema 646 da Repercussão Geral – *leading case*: ARE 678.112 RG, rel. min. Luiz Fux, Plenário Virtual, j. 26-4-2013, *DJE de 17-5-2013*. O estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.
- 3 ARE 721.339 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 11-12-2012, *DJE de 1º-2-2013*.

Questões de concurso público e controle jurisdicional

Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

! Não compete ao Poder Judiciário, no exercício do controle de legalidade, substituir a banca examinadora para reapreciar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade¹.

Apesar disso, exige-se que a banca examinadora atribua tratamento igual a todos os candidatos, aplicando-lhes, indistintamente, a mesma orientação.

Apenas excepcionalmente é permitido ao Judiciário analisar a compatibilidade do conteúdo das questões de concurso com o previsto no edital do certame.

RE 632.853, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-4-2015, acórdão publicado no DJE de 26-6-2015.

(*Informativo 782, Plenário, Repercussão Geral*)

¹ Nesse sentido, entre outros precedentes citados no voto do relator: MS 21.176, rel. min. Aldir Passarinho, P, j. 19-12-1990, *DJ de 20-3-1992*; MS 21.408, rel. min. Moreira Alves, P, j. 20-3-1992, *DJ de 27-3-1992*; MS 27.260, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, j. 20-10-2009, *DJE de 26-3-2010*; e AO 1.395 ED, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 24-6-2010, *DJE de 22-10-2010*.

PSV: provimento de cargo público e exigência de concurso público

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 43 da Súmula Vinculante, tornando, assim, vinculante o Verbete 685 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação.

PSV 102, julgamento em 8-4-2015, verbete publicado no *DJE de 17-4-2015*.

(*Informativo 780*, Plenário)

PSV: exame psicotécnico e concurso público

“Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 44 da Súmula Vinculante, tornando, assim, vinculante o Verbete 686 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação.

PSV 103, julgamento em 8-4-2015, verbete publicado no *DJE de 17-4-2015*.

(*Informativo 780*, Plenário)

Concurso público: prova objetiva e resoluções do CNMP e CSMFP

Questões de prova objetiva que apresentem sequência de proposições a serem analisadas individualmente quanto à correção, para posterior marcação no gabarito de uma única alternativa, indicando a somatória correta das que seriam verdadeiras ou falsas¹, não violam as normas regentes do concurso público². Segundo tais regras, a prova preambular seria de múltipla escolha, constando de questões objetivas, de pronta resposta e apuração padronizada, com a finalidade de selecionar os candidatos a serem admitidos para as provas subsequentes.

! Embora as questões impugnadas tenham estrutura objetivamente diversa das demais perguntas, os parâmetros norteadores da elaboração da prova foram atendidos. Assim, não há que falar em vício insanável, por violação das normas do concurso. A estrutura adotada para as assertivas não as transformam em questionamentos destituídos de objetividade de modo a descaracterizar o requisito da “pronta resposta”.

Responder a uma questão formulada no modelo impugnado pode ser razoavelmente mais difícil do que responder às demais, assim como recorrer do gabarito pode ser mais exaustivo. Entretanto, graus de dificuldade diversos não justificam a impugnação do modelo mais complexo nem são incompatíveis com o objetivo de concurso destinado a medir conhecimentos de vários tipos – não só jurídicos, mas também lógicos e gramaticais – entre candidatos que almejam cargo público de relevo.

O método de avaliação, em si, não apresenta dificuldade intransponível à impetrante ou a qualquer outro candidato, desde que disponham do conhecimento adequado. Tampouco há completa impossibilidade de recorrer do gabarito. Por isso, não se verificam ilegalidades passíveis de correção pela via do mandado de segurança.

É cabível mandado de segurança quando deduzida pretensão relativa ao estrito controle de legalidade acerca da forma redacional de questões de concurso, sob o parâmetro das normas regulamentares incidentes.

! Nessas circunstâncias, a atuação jurisdicional não envolve a revisão do mérito administrativo no âmbito de concurso público. Diz respeito, na verdade, a normas do órgão regulamentador do concurso que disciplinam aspectos formais da

redação a ser conferida às questões de múltipla escolha utilizadas para formular as perguntas da fase objetiva do concurso.

Assim, o que se alega é a discrepância entre a atividade administrativa e as normas regulamentares, além da violação dessas regras e de princípios considerados incidentes (legalidade, moralidade, transparência, objetividade, segurança jurídica e isonomia). O exame jurisdicional do tema se limita, portanto, ao controle de legalidade, não avançando na seara do mérito administrativo.

Por fim, destaque-se que esta controvérsia é diferente daquela enfrentada em precedentes da Suprema Corte relativos ao amplo tema “concursos públicos”³, quando o Supremo Tribunal Federal indeferiu a ordem diante da inviabilidade da mera substituição do juízo de mérito administrativo pelo jurisdicional.

MS 31.323, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 17-3-2015, acórdão publicado no DJE de 16-4-2015.

(Informativo 778, Primeira Turma)

- 1 Nas questões impugnadas, foram propostas alternativas como “existem duas assertivas verdadeiras” e suas variantes, de acordo com o número de proposições oferecidas.
- 2 Na espécie, arguiu-se violação ao art. 29 da Resolução 116/2011 do Conselho Superior do Ministério Público (“Art. 29. Haverá uma prova escrita objetiva, com duração de 5 (cinco) horas, com 120 (cento e vinte) questões de pronta resposta, divididas em 4 (quatro) partes, com 30 (trinta) questões cada, correspondendo cada parte a um dos grupos de disciplinas. § 1º Cada questão terá 4 (quatro) alternativas de resposta, a que se acrescentará, exclusivamente na folha de respostas, uma quinta alternativa, destinada à manifestação do candidato, necessária e obrigatória, de que desconhece a alternativa correta. Não assinalada a quinta alternativa, a questão deixada sem resposta ou marcada com mais de uma opção, incluindo ou não a quinta alternativa, equivalerá a questão com resposta errada para o fim do desconto previsto no parágrafo seguinte. § 2º Na correção da prova objetiva, as questões terão o mesmo valor, descontando-se o valor de uma resposta certa para cada conjunto de 4 (quatro) respostas erradas, em cada parte da prova”) e ao art. 17 da Resolução 14/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (“Art. 17. As provas escritas serão desdobradas em duas etapas, a saber: I – prova preambular, de múltipla escolha, constando de questões objetivas, de pronta resposta e apuração padronizada, em número estabelecido pelo edital, com a finalidade de selecionar os candidatos a serem admitidos às provas previstas no inciso II deste artigo. § 1º A prova preambular não poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais. As opções consideradas corretas deverão ter embasamento na legislação, em súmulas ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores”).
- 3 MS 26.849 AgR, rel. min. Luiz Fux, P, j. 11-4-2014, *DJE* de 21-5-2014; MS 30.860, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 28-8-2012, *DJE* de 6-11-2012; MS 30.144 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 21-6-2011, *DJE* de 1º-8-2011; e AI 827.001 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 1º-3-2011, *DJE* de 31-3-2011.

Estatuto do Idoso e critérios de desempate em concurso público

Não se aplica o Estatuto do Idoso¹ como critério de desempate em concurso público de remoção para outorga de delegação notarial e de registro, quando a lei estadual² específica reguladora do certame fixa as regras em caso de empate.

! A Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) cuida apenas da admissão em concurso público de maneira geral. Assim, no caso do concurso de remoção, a referida norma não deve ser seguida devido à existência de lei especial (*lex specialis derogat legi generali*).

Cabe aos Estados-Membros editar as normas e fixar os critérios de concurso de remoção para outorga de serventia extrajudicial (CF, art. 25, § 1º)³, como já reconhecido pela legislação federal sobre o tema (Lei 8.935/1994)⁴.

A competência da União para legislar sobre registros públicos (CF, art. 22, XXV) alcança apenas as atividades-fim dos notários e registradores. Isso corresponde ao poder de “criar e extinguir requisitos de validade dos atos jurídicos de criação, preservação, modificação, transferência e extinção de direitos e obrigações”⁵.

Tendo em vista a ordem estabelecida nos critérios de desempate pela lei estadual, somente se poderia privilegiar o mais idoso quando os candidatos estivessem empatados também quanto ao tempo de serviço público.

Deve-se considerar ainda que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶, o tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público não pode ser utilizado como critério de desempate por violar o princípio da razoabilidade.

MS 33.046, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 10-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-5-2015*.

(*Informativo 777, Primeira Turma*)

- 1 “Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.”
- 2 No caso, Lei 14.594/2004 do Paraná: “Art. 11. Havendo empate entre os candidatos, a precedência na classificação será decidida de acordo com os seguintes critérios, sucessivamente: I – o mais an-

tigo na titularidade de serviço notarial ou de registro; II – aquele que contar com maior tempo de serviço público; III – o mais idoso.”

- 3 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”
- 4 “Art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção.”
- 5 Precedente: ADI 2.415, rel. min. Ayres Britto, P, j. 22-9-2011, *DJE de 9-3-2012*.
- 6 Precedente: ADI 3.522, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 2-8-2010, *DJE de 20-8-2010*.

Posse em cargo público por determinação judicial e dever de indenizar

Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

Em regra, não há direito à reparação financeira pelo tempo em que se aguardou a solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público. O pagamento de indenização referente a período em que não houve prestação de serviços configura, nos termos de precedentes da Corte¹, enriquecimento sem causa².

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, a possibilidade de que determinadas condutas praticadas pelo Estado na aplicação de concursos públicos possam vir a ocasionar danos materiais passíveis de indenização, notadamente nos casos em que haja inequívoca e manifesta ilegitimidade do comportamento da Administração³.

Dessa forma, nos casos de patente arbitrariedade, de descumprimento de ordens judiciais, de litigância meramente procrastinatória, de má-fé e de outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, será devida a reparação adequada (CF, art. 37, § 6º).

RE 724.347, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 26-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 15-5-2015*.

(*Informativo 775*, Plenário, Repercussão Geral)

¹ Nesse sentido: AI 839.459 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 5-3-2013, *DJE de 30-4-2013*; RE 593.373 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 5-4-2011, *DJE de 18-4-2011*; AI 840.597 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 14-6-2011, *DJE de 29-6-2011*; e AI 814.164 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 4-2-2014, *DJE de 11-3-2014*.

² Ao proferir voto-vista, o ministro Teori Zavascki, no que concerne ao dever de indenizar, ponderou: “O dever de reparação eventualmente surgido na condução de concursos públicos não pode alcançar todas as hipóteses possíveis de judicialização. Fosse isso verdadeiro, a responsabilidade estatal assumiria elastério desproporcional, tornando os procedimentos seletivos praticamente inadmissíveis, já que a impugnação de qualquer aspecto pode provocar, em tese, o adiamento do seu desfecho e, conseqüentemente, das nomeações. Admitir essa premissa resultaria em considerar possível o nascimento do dever de reparação civil em decorrência de atrasos causados, por exemplo, pela impugnação de cláusulas editalícias de alcance genérico, bem como pelo questionamento de etapas intermediárias da avaliação, como a correção do gabarito de uma determinada questão de prova objetiva.” (p. 9.)

- 3 Casos citados pelo relator em que se reconhece o direito à indenização, em razão de patente arbitrariedade da Administração: RE 188.093, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T, j. 31-8-1999, *DJ de 15-9-1999*; RE 247.349, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Octavio Gallotti, 2ª T, j. 29-2-2000, *DJ de 27-4-2001*; e RE 194.657, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 12-2-2004, *DJ de 5-3-2004*.

PODERES ADMINISTRATIVOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

Guarda municipal e fiscalização de trânsito

É constitucional atribuir o exercício do poder de polícia de trânsito às guardas municipais, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.

! A fiscalização de trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa ocorrer de modo ostensivo, constitui mero exercício de poder de polícia.

Essa atividade não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais. Não se confunde, portanto, com a promoção da segurança pública, que é outorgada pela Constituição exclusivamente às entidades policiais¹.

Por outro lado, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da Federação para o exercício da fiscalização de trânsito. Assim, dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal.

Ademais, o art. 144, § 8º, da [Constituição Federal](#) não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Afinal, até mesmo instituições policiais podem acumular funções típicas de segurança pública com o exercício de poder de polícia. Destaca-se que esse entendimento não foi alterado pela [Emenda Constitucional 82/2014](#)².

RE 658.570, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 6-8-2015, acórdão publicado no [DJE de 30-9-2015](#).

([Informativo 793](#), Plenário, Repercussão Geral)

1 CF/1988: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares."

2 CF/1988: "Art. 144. (...) § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivas e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei."

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Administração Pública e princípio da intranscendência

O princípio da intranscendência subjetiva¹ das sanções inibe a aplicação de sanções severas às administrações por ato de gestão anterior.^{2 e 3}

! Não se pode inviabilizar a administração de quem, tendo sido eleito democraticamente, não foi responsável direto pelas dificuldades financeiras que acarreteram a inscrição de Estado-Membro no sistema de restrição ao crédito utilizado pela União e está tomando providências para sanar as irregularidades verificadas.

Nesse sentido, o propósito é neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.

Viola o princípio do devido processo legal a inscrição de unidade federativa em cadastro de inadimplentes antes de iniciada e julgada eventual tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União⁴.

! A tomada de contas especial é medida de rigor que possibilita o reconhecimento definitivo de irregularidades. Somente após esse procedimento, permite-se a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União.

A imposição de restrições de ordem jurídica pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo poder público, da garantia indisponível do *due process of law*.

Assegurada pela Constituição da República (art. 5º, LIV) à generalidade das pessoas, essa garantia estende-se inclusive às pessoas jurídicas de direito público. Afinal, o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária⁵.

AC 2.614 AgR, AC 781 AgR e AC 2.946 AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 23-6-2015, acórdãos publicados, respectivamente, no *DJE de 18-11-2015*, no *DJE de 17-8-2015* e no *DJE de 13-8-2015*.

(*Informativo 791*, Primeira Turma)

- 1 “O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator.” (ACO 1.848 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, j. 6-11-2014, *DJE de 6-2-2014*.)
- 2 Na espécie, buscava-se a suspensão da condição de inadimplente de Estado-Membro, bem como das limitações dela decorrentes, com relação a convênios com a União.
- 3 Precedentes: ACO 1.848 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, j. 7-5-2015, *DJE de 3-8-2015*; e ACO 1.612 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, j. 21-5-2015, *DJE de 3-8-2015*.
- 4 ACO 2.159 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 13-5-2014, *DJE de 2-6-2014*.
- 5 ACO 2.032 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, j. 21-5-2015, *DJE de 10-8-2015*.

Servidor público e divulgação de vencimentos

É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e das vantagens pecuniárias.

! O servidor público, em face do princípio da publicidade administrativa, não detém a mesma proteção destinada à intimidade e à vida privada de que goza o cidadão comum.

A Corte reiterou entendimento no sentido de que a “remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, à divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

(...) Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo ‘nessa qualidade’ (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

(...) A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra (...) e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República.

(...) A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública¹⁷.

Desse modo, não gera indenização por danos morais a publicação de nome de servidor em sítio eletrônico de entidade da Administração Pública, no qual são divulgadas informações sobre a remuneração paga a seus servidores.

ARE 652.777, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 23-4-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-7-2015.

(Informativo 782, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 Trecho da ementa da SS 3.902 AgR, rel. min. Ayres Britto, P, j. 9-6-2011, *DJE de 3-10-2011*.

Verba indenizatória e publicidade

As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública. Não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem o sigilo, o Senado Federal deve disponibilizar acesso a informações e documentos referentes à concessão de verbas a senadores da República¹.

! A total transparência no acesso a documentos públicos é a regra geral do Estado Republicano, sendo o sigilo a exceção². Nesse sentido, os órgãos estatais têm o dever de esclarecer ao seu mandante, titular do poder político, como são usadas as verbas arrecadadas da sociedade para o exercício de suas atividades³.

O ônus argumentativo de demonstrar a caracterização das hipóteses que permitem afastar a regra geral da publicidade⁴ incumbe a quem pretenda afastá-la, uma vez que se trata de situações excepcionais.

! Eventual necessidade de sigilo não pode ser invocada de forma genérica; deve, com efeito, ser concretamente justificada.

No caso do Senado Federal, as atividades ordinárias de seus membros estão longe de demandar um caráter predominantemente sigiloso, visto que é um órgão de representação popular por excelência. É de se exigir, portanto, a devida publicidade.

Ademais, não é pertinente invocar a intimidade, de forma genérica, para restringir a transparência acerca do emprego de verbas públicas exclusivamente relacionadas ao exercício da função parlamentar. Afinal, não há divulgação, pelo poder público, da forma como os senadores gastam o subsídio recebido a título de remuneração ou do emprego de outras rendas privadas auferidas a título diverso.

MS 28.178, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 4-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-5-2015*.

(*Informativo 776*, Plenário)

¹ Em preliminar, reconheceu-se a legitimidade ativa de veículo de imprensa, por considerar haver direito líquido e certo à obtenção desses elementos, com base no princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*) e em outras disposições constitucionais correlatas, notadamente a liberdade de informação jornalística (CF, art. 220, § 1º).

- 2 Artigos 1º, *caput* e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, *caput* e § 3º, II; e 216, § 2º, da CF/1988; bem como o art. 3º, I, da Lei 12.527/2011.
- 3 No caso, as referidas verbas destinam-se a indenizar despesas direta e exclusivamente relacionadas ao exercício da função parlamentar.
- 4 Segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII, parte final) e inviolabilidade conferida à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (CF, art. 5º, X, c/c art. 37, § 3º, II).

SISTEMA REMUNERATÓRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO

Adicional por tempo de serviço: coisa julgada e art. 17 do ADCT¹

A coisa julgada não está a salvo da incidência do disposto no art. 17 do ADCT².

! Se um direito adquirido por força de decisão judicial transitada em julgado está em desacordo com os preceitos constitucionais que vieram a dar nova disciplina à matéria, ele pode ser reduzido. É inadmissível invocar direito adquirido ou percepção em excesso a qualquer título.

Nesse sentido, perante o art. 17, *caput*, do ADCT, não há opor a existência de coisa julgada material à superveniente proibição constitucional de cumulação de adicionais.

Por outro lado, a questão pode ainda ser vista na perspectiva de relação jurídica de natureza continuativa, ou de trato sucessivo, sobre a qual a coisa julgada atua em termos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*.^{3 e 4}

Caso, após a formação da coisa julgada material, se alterem os fatos elementares da causa de pedir da demanda julgada – os quais compõem a própria coisa, situação ou caso jurídico-material (*res*) julgado (*iudicata*), como na espécie —, situação ou coisa nova pode ser regida de maneira diferente a partir de então⁵.

Cabe destacar que essa natural restrição ao alcance da coisa nas relações jurídicas continuativas em nada fere a ordem constitucional. O que veda o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República é só a aplicação retroativa de normas supervenientes à situação, caso ou coisa (*res*) que, julgada (*iudicata*) na sentença, foi recoberta da autoridade da *res iudicata*.

Assim, quanto às relações de trato sucessivo, retroatividade só ocorreria se se atingissem os eventos transcorridos até a data da alteração do estado ou da situação de fato ou de direito. Estes, sim, são intangíveis, enquanto não podem ser objeto doutra norma jurídica, assim abstrata, como concreta⁶.

A partir da modificação do quadro normativo, sobretudo de índole constitucional, os fatos ulteriores configuram outra realidade (situação jurídico-material), sujeita à incidência da lei nova.^{7 e 8}

Se tal é o mecanismo da coisa julgada na generalidade das relações de trato sucessivo, há de sê-lo *a fortiori* no caso, em que não apenas a norma substancial superveniente integra a Constituição da República (art. 37, XIV), como é complementada por outra (ADCT, art. 17, *caput*), cujo caráter transitório não lhe turva a explicitude.

Ademais, no que concerne ao modo de operar tal incidência, reputa-se autoaplicável a norma contida no art. 17, *caput*, do ADCT.

Por fim, não é cabível a ação rescisória, uma vez que sua procedência pressupõe a existência de vício na sentença⁹. Além disso, tal ação implica sua desconstituição desde o momento em que foi publicada, eficácia desconstitutiva e retroativa.

Essa disciplina não se ajusta à hipótese em que os efeitos produzidos da sentença, até o advento da Constituição de 1988, são plenamente válidos, cobertos, que estão, pela *res iudicata*.

As normas do art. 37, XIV, da Carta da República e do art. 17 do ADCT incidem apenas sobre os fatos ocorridos após o início de sua vigência.

Diante do exposto, não há garantia à continuidade de recebimento de adicionais por tempo de serviço em percentual superior àquele previsto em legislação posterior sob o fundamento de direito adquirido¹⁰.

A perpetuação do direito a adicionais, na forma estabelecida em lei revogada, implica a possibilidade de aquisição de direitos com base em regras abstratas decorrentes de sistema remuneratório já não mais em vigor, em clara afronta ao princípio da legalidade.

MS 22.423, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 26-11-2015, acórdão publicado no DJE de 11-4-2016.

(*Informativo 809*, Plenário)

- 1 RE 146.331 EDV, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 23-11-2006, *DJ de 20-4-2007*; e RE 600.658, rel. min. Ellen Gracie, Plenário Virtual, j. 8-4-2011, *DJE de 16-6-2011* (processo com repercussão geral reconhecida).
- 2 “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”
- 3 “Cuida-se, no caso, do fenômeno processual que alguns denominam de ‘sentenças com a cláusula *rebus sic stantibus*’ e que outros chamam de decisões instáveis. Essas decisões se apresentam sobretudo no campo das sentenças que incidem sobre relações continuativas. (...) O juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas tão só o adapta a fatos jurídicos e à vontade da lei. A sentença é submetida a um processo de integração, decorrente de situação superveniente, a que deve o juiz atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 4, p. 383-384.)
- 4 “*Rebus sic stantibus* representa a teoria da imprevisão e constitui uma exceção à regra do princípio da força obrigatória. Trata da possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade

de, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra. Há necessidade de um ajuste no contrato. *Rebus sic stantibus* pode ser lido como ‘estando as coisas assim’ ou ‘enquanto as coisas estão assim’. Já a cláusula de mesmo nome é a instrumentalização deste ajuste. É a estipulação contratual ou a aplicação de um princípio de que, presente a situação imprevista, o contrato deve ser ajustado à nova realidade. Disto se tem a revisão do contrato.” (Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8711>>.)

- 5 Conclusão que pode ser extraída diretamente do art. 471, *caput* e inciso I do CPC/1973, segundo o qual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.
- 6 CPC/1973: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”
- 7 Nesse sentido, aliás, são aturadas as manifestações da Corte, como se deduz, por exemplo, ao Enunciado da Súmula 239: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.
- 8 RE 90.518, rel. min. Xavier de Albuquerque, 1º T, j. 2-3-1979, RTJ 89/344; e RE 158.853, rel. min. Moreira Alves, 1ª T, j. 19-11-1996, DJ de 6-6-1997.
- 9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 107-108.
- 10 Na situação dos autos, a partir da vigência da Lei 6.035/1974, é incabível a pretensão de manter a sistemática de aquisição de adicionais por tempo de serviço prevista na Lei 4.097/1962.

Teto remuneratório: EC 41/2003 e vantagens pessoais

Computam-se, para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição Federal, os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição de valores eventualmente recebidos em excesso e de boa-fé até o dia 18-11-2015.

! A Constituição, desde sua redação original, já indicava a precedência do limite disposto no art. 37, XI¹, ao delimitar-lhe o âmbito de incidência.

Seguindo a mesma linha², a Emenda Constitucional 41/2003³ não violou a garantia da irredutibilidade de vencimentos, modalidade qualificada de direito adquirido, pois o âmbito de incidência da referida garantia (CF, art. 37, XV) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República⁴. Ou seja, ultrapassado o teto, cessa a garantia oferecida pelo art. 37, XV, da Constituição Federal, que tem sua aplicabilidade vinculada ao montante correspondente.

Nesse sentido, devem ser incluídas nos limites impostos pelo art. 37, XI, da Constituição Federal, para efeito de observância do teto, quaisquer verbas remuneratórias pagas com recursos públicos. Em outras palavras, deve-se considerar que:

I – se, por um lado, a Constituição assegura a irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos dos exercentes de cargos e empregos públicos;

II – por outro, essa garantia não pode ser estendida aos valores excedentes do teto remuneratório, incluídas as vantagens pessoais.

Assim, a limitação ao teto da despesa efetiva da Administração com a remuneração de uma única pessoa não se confunde com a supressão do respectivo patrimônio jurídico.

Está preservado o direito à percepção progressiva sempre que, majorado o teto, ainda não alcançada a integralidade da verba. Logo, a incorporação de vantagens permanece hígida, e apenas não oponível ao corte exigido pelo imperativo da adequação ao teto.

Dessa forma, é possível afirmar que traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição Federal a exclusão da base de incidência do teto remuneratório de valores percebidos a título de vantagens pessoais, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional 41/2003.

Além de ser necessária a imediata adequação dos vencimentos pagos aos servidores públicos, desde a promulgação da [Emenda Constitucional 41/2003](#), ao teto nela previsto para cada esfera do funcionalismo, é igualmente imperioso que o cômputo para cálculo do teto remuneratório alcance as vantagens pessoais para fins de incidência do teto.

O teto estabelecido pela [Emenda Constitucional 41/2003](#) tem eficácia imediata, abrange todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Não há falar que a nova redação do art. 37, XI, da Constituição Federal afronta as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

Contudo, está dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até 18 de novembro de 2015.

RE 606.358, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 18-11-2015, acórdão publicado no DJE de 7-4-2016.

(Informativo 808, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 37. (...) XI – a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;” (Redação original.)
- 2 Cabe destacar que a [Emenda Constitucional 19/1998](#) apenas tornou mais explícita a opção pelo teto remuneratório como verdadeiro limite de aplicação da garantia da irredutibilidade. Confira-se: “Art. 37. (...) XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela EC 19/1998).”
- 3 “Art. 37. (...) XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como

limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;” (Redação atual, dada pela EC 41/2003.)

4 RE 609.381, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 2-10-2014, *DJE de 11-12-2014*.

PSV: Leis 8.622/1993 e 8.627/1993 e extensão de reajuste

“O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou o Enunciado 51 da Súmula Vinculante. Assim, o conteúdo do Verbete 672 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 99, julgamento em 18-6-2015, verbete publicado no *DJE de 23-6-2015*.

(*Informativo 790*, Plenário)

Teto constitucional e base de cálculo para incidência de imposto e contribuição

Subtraído o montante que exceder o teto ou o subteto previstos no art. 37, XI, da Constituição Federal¹, tem-se o valor que serve como base de cálculo para a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária.

! O termo “remuneração”, contido no art. 37, XI, da [Constituição Federal](#), é a designação genérica dada à totalidade de valores pecuniários recebidos pelo servidor, ativo ou inativo, como retribuição pelo exercício de cargo público. Em outras palavras, compreende o valor total previsto para o cargo.

Subsídio, por sua vez, é pago aos agentes políticos e aos membros de Poder em parcela única, valor bruto fixado em lei e sobre o qual ocorre a tributação.

A Constituição Federal adotou como teto máximo para todos os servidores públicos o subsídio mensal pago aos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, o teto constitucional deve incidir sobre o montante integral pago ao servidor, ou seja, sobre sua remuneração bruta. Somente após a aplicação do redutor da remuneração/proventos (conhecido como abate-teto), é que se deduzem o imposto de renda e as contribuições previdenciárias.

Entendimento contrário importaria afronta aos princípios da igualdade – visto que os ministros do STF² pagam imposto de renda e contribuição previdenciária sobre o valor integral de seus subsídios, no limite estipulado em lei como teto geral constitucional – e da razoabilidade – pela desobediência aos fundamentos do sistema tributário, previdenciário e administrativo na definição e oneração da renda dos que seriam remunerados pelos cofres públicos.

Ademais, a limitação constitucional do valor pago a título de remuneração (CF, art. 37, XI), proventos ou subsídio é também limitação ao poder de tributar, pois o Estado não pode exigir tributo sobre valor que não pode pagar ao servidor público em razão da vedação constitucional.

O mesmo raciocínio se aplicaria à cobrança de contribuição previdenciária, a qual não poderia incidir sobre valor superior ao teto, portanto indevido.

RE 675.978, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 29-6-2015*.

(Informativo 781, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 37. (...) XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”
- 2 O art. 37, XI, da Constituição Federal é taxativo ao determinar que a remuneração e o subsídio de ocupantes de cargos, funções e empregos públicos não podem exceder o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.

Incorporação de quintos e princípio da legalidade¹ e ²

Ofende o princípio da legalidade a decisão que concede incorporação de quintos pelo exercício de função ou cargo comissionado no período compreendido entre 8-4-1998 e 4-9-2001 – datas de edição da Lei 9.624/1998 e da MP 2.225-45/2001, respectivamente –, devido à carência de fundamento legal.

! Inicialmente, deve-se considerar: (i) que o direito à incorporação de qualquer parcela remuneratória, seja quintos, seja décimos, foi extinto pela Lei 9.527/1997³; e (ii) que a MP 2.225-45/2001⁴ transformou em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) a incorporação das parcelas a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11-7-1994⁵, e o art. 3º da Lei 9.624, de 2-4-1998.

Assim, diversamente do afirmado na decisão recorrida, nem o direito à incorporação foi revigorado pela Lei 9.624/1998 (DOU de 8-4-1998), nem a MP 2.225/2001 (DOU de 4-9-2001) foi editada para extinguir definitivamente esse direito⁷.

Definido o alcance das normas em debate, é sabido que não se pode revigorar o direito à incorporação, extinto pela Lei 9.527/1997, salvo mediante outra lei e de forma expressa, o que, conforme visto, não ocorreu, por ocasião da edição da Lei 9.624/1998.

Posto isso, é princípio comezinho a determinação de que a concessão de vantagens a servidores públicos somente pode ocorrer mediante lei. Logo, inexistindo lei, a incorporação de quintos e décimos não é devida.

Nesse sentido, não há no ordenamento jurídico norma que permita a pretendida reinstituição dos quintos/décimos levada a efeito pela decisão recorrida, razão suficiente para atestar a violação ao princípio da legalidade.

Por fim, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a Corte obistou a repetição do indébito em relação aos servidores que receberam de boa-fé os quintos pagos até a data do presente julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações em qualquer hipótese.

RE 638.115, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 18 e 19-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 778*, Plenário)

- 1 Entendimento aplicado também no MS 25.763, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 18-3-2015, *DJE de 3-8-2015*.
- 2 A Corte, embora tenha julgado prejudicado o MS 25.845, rel. orig. min. Joaquim Barbosa, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 18 e 19-3-2015, adentrou na análise da questão constitucional e reiterou o entendimento firmado no MS 25.763 (*v. Informativo 778*). Trechos do voto do min. Gilmar Mendes: **“A conjuntura dos fatos processuais leva a uma decisão de prejudicialidade do writ, na linha do que proposto pelos Ministros que adiantaram voto: Pertence, Peluso e Britto. Não me oponho a essa tese.** Sem embargo, quero ressaltar que existe uma questão de inconstitucionalidade posta à apreciação do Tribunal. A União fundamenta seu pedido em argumentos de inconstitucionalidade do Acórdão TCU 2.248/2005, o qual, conforme decidido acertadamente pelo Ministro Eros Grau no MS 25.763/DF, possui caráter normativo abstrato e genérico, análogo ao de uma lei em tese. Assim, tanto naquele caso (MS 25.763) como no presente writ, existe, de forma convergente, uma questão de inconstitucionalidade posta à apreciação do Tribunal, independentemente da solução processual a ser tomada, a qual deve ser analisada. Corrobora esse entendimento o fato de que o MS 25.763/DF, impetrado especificamente contra o Acórdão TCU 2.248/2005, ainda não transitou em julgado e também está em julgamento nesta Corte. É certo, portanto, que a questão da inconstitucionalidade do Acórdão TCU 2.248/2005 também poderá ser apreciada naquele writ, mas as duas decisões deverão ser congruentes e harmônicas. A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido de que, posta uma questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da qual dependa o julgamento da causa, a Corte não pode se furtar ao seu exame (RE 102.553, 21-8-1986, rel. Rezek, *DJ de 13-2-1987*; MS 20.505/DF, rel. Néri da Silveira, *DJ de 8-11-1991*; SE 5.206 AgR, 8-5-1997, rel. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 190/908; Inq 1.915, 5-8-2004, rel. Sepúlveda Pertence, *DJ de 5-8-2004*; MS 24.875/DF, rel. Sepúlveda Pertence, Pleno, *DJ de 6-10-2006*; RE 420.816/PR, rel. Carlos Velloso, Pleno, *DJ de 10-11-2006*; RE 309.452/RJ, Gilmar Mendes, *DJ de 25-8-2004*). Ainda que se declare prejudicado o julgamento da ação, deve o Tribunal se pronunciar sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada *incidenter tantum*. Não fosse assim, ter-se-ia um excessivo formalismo do processo constitucional, com sérios prejuízos para a eficácia de decisões desta Suprema Corte, e, por que não dizer, para o próprio sistema jurídico, com a possibilidade de se produzirem decisões incongruentes e uma inaceitável dúvida sobre tema já resolvido por esta Corte. Esse entendimento concretiza a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição, como já afirmado no julgamento do MS 24.875/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, *DJ de 6-10-2006*. (...) **Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão.** Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, o enfraquecimento da força normativa da Constituição. **De toda forma, tenho como certo que, posta a questão constitucional, não pode esta Corte deixar de apreciá-la, ainda que tenha de julgar prejudicada a ação.** Essa é a proposta que faço ao Tribunal, no sentido de enfrentarmos a questão constitucional suscitada neste processo, ainda que depois tenhamos de extinguir o mandado de segurança” (grifos do original).

- 3 “Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994.”
- 4 “Art. 3º Fica acrescido à Lei n. 8.112, de 1990, o art. 62-A, com a seguinte redação: Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei n. 9.624, de 2 de abril de 1998. Parágrafo único. A VPNI de que trata o *caput* deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.”
- 5 “Art. 3º Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997) § 1º Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores – DAS e Cargo de Direção – CD. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997) § 2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo – FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997) § 3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo. § 4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997).”
- 6 “Art. 3º Serão concedidas ou atualizadas as parcelas de quintos a que o servidor faria jus no período compreendido entre 19 de janeiro de 1995 e a data de publicação desta Lei, mas não incorporadas em decorrência das normas à época vigentes, observados os critérios: I – estabelecidos na Lei n. 8.911, de 1994, na redação original, para aqueles servidores que completaram o interstício entre 19 de janeiro de 1995 e 28 de fevereiro de 1995; II – estabelecidos pela Lei n. 8.911, de 1994, com a redação dada por esta Lei, para o cálculo dos décimos, para os servidores que completaram o interstício entre 1º de março e 26 de outubro de 1995. Parágrafo único. Ao servidor que completou o interstício a partir de 27 de outubro de 1995 é assegurada a incorporação de décimo nos termos da Lei n. 8.911, de 1994, com a redação dada por esta Lei, com efeitos financeiros a partir da data em que completou o interstício.”
- 7 Esse entendimento, equivocadamente adotado por alguns órgãos públicos, teria lastreado a concessão das parcelas em exame.

PSV: reajuste de vencimentos e correção monetária (Enunciado 42 da Súmula Vinculante)

“É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 42 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 681 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 101, julgamento em 12-3-2015, verbete publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

DIRETTO CIVIL

CONTRATOS

DIREITO CIVIL

Alienação fiduciária de veículos e registro em cartório

É desnecessário o registro em cartório do contrato de alienação fiduciária de veículos.

! Embora o exercício em caráter privado da atividade notarial e de registro esteja previsto no art. 236 da Constituição Federal¹, não há conceito constitucional fixo e estático de registro público. Ao reverso, o § 1º² do mesmo dispositivo estabelece a competência da lei ordinária para a regulação das atividades registrares.

Por determinação constitucional, os requisitos atinentes a formação, validade e eficácia de contratos privados consubstanciam matéria ligada à legislação federal. Por mais analítica que seja a Constituição, descabe extrair dela a compulsoriedade de registro de contrato específico em instituição determinada³.

Cabe destacar que, no contrato de alienação fiduciária de veículos, a tradição do bem é ficta e a posse do veículo continua com o devedor. Assim, é necessária uma política pública adequada, com a criação de meios conducentes a alertar eventuais compradores sobre o real proprietário do bem, de modo a evitar fraudes, de um lado, e assegurar o direito de oposição da garantia contra todos, de outro.

Nesse sentido, a exigência de registro em serventia extrajudicial acarreta ônus e custos desnecessários ao consumidor, além de não conferir ao ato a publicidade adequada. Para o leigo, é mais fácil, intuitivo e célere verificar a existência de gravame no próprio certificado de propriedade do veículo, em vez de peregrinar por diferentes cartórios de títulos e documentos ou ir ao cartório de distribuição, nos Estados-Membros que contem com serviço integrado, em busca de informações.

O Congresso Nacional, ao editar quatro atos normativos (Código de Trânsito Brasileiro, Código Civil, Lei 11.795/2008 e Lei 11.882/2008) destinados a afastar a exigência de registro, em cartório, do contrato de alienação fiduciária em garantia de automóveis, tão somente implementou política pública diferente da que estava em vigor⁴. Dessa forma, não agiu de maneira inconstitucional, pois, no uso de suas atribuições, apenas extinguiu procedimento registral desprovido de utilidade maior.

Diante do exposto, são constitucionais o art. 1.361, § 1º, segunda parte, do Código Civil⁵, bem como o art. 14, § 7º, da Lei 11.795/2008⁶, que versam sobre a desnecessidade de registro de contratos de alienação fiduciária de veículos nos cartórios extrajudiciais.

Conquanto os §§ 1º e 2º do art. 6º da [Lei 11.882/2008](#)⁷ estabeleçam a nulidade de convênios celebrados entre os órgãos de trânsito estaduais e os titulares das serventias extrajudiciais, não se aplicam aos convênios celebrados antes da publicação dessa lei.

Embora a nulidade de eventuais convênios seja a consequência lógica, em respeito à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito, os dispositivos receberam interpretação conforme à Constituição. Assim, os convênios já pactuados por ocasião da edição da lei continuam vigentes até o término do prazo estabelecido, vedada qualquer prorrogação.

RE 611.639, ADI 4.333, ADI 4.227, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 21-10-2015, acórdãos pendentes de publicação.

(Informativo 804, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.”
- 2 “Art. 236. (...) § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.”
- 3 Do contrário, retirar-se-ia do legislador ordinário qualquer liberdade para delimitação da atividade. Ao mesmo tempo, todos os cadastros de informações em banco de dados com acesso geral estariam sujeitos à disciplina do art. 236 da Constituição Federal. Isso atingiria até mesmo a atividade realizada por outros entes privados, como os serviços de proteção ao crédito.
- 4 A exigência de registro do contrato de alienação fiduciária nas serventias extrajudiciais foi criada na década de 1960 pelo [Decreto-Lei 911/1969](#).
- 5 “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.”
- 6 “Art. 14. No contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, devem estar previstas, de forma clara, as garantias que serão exigidas do consorciado para utilizar o crédito. (...) § 7º A anotação da alienação fiduciária de veículo automotor ofertado em garantia ao grupo de consórcio no certificado de registro a que se refere o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, produz efeitos probatórios contra terceiros, dispensado qualquer outro registro público.”
- 7 “Art. 6º Em operação de arrendamento mercantil ou qualquer outra modalidade de crédito ou financiamento a anotação da alienação fiduciária de veículo automotor no certificado de registro a que se refere a Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, produz plenos efeitos probatórios contra terceiros, dispensado qualquer outro registro público. § 1º Consideram-se nulos quaisquer convênios

celebrados entre entidades de títulos e registros públicos e as repartições de trânsito competentes para o licenciamento de veículos, bem como portarias e outros atos normativos por elas editados, que disponham de modo contrário ao disposto no *caput* deste artigo. § 2º O descumprimento do disposto neste artigo sujeita as entidades e as pessoas de que tratam, respectivamente, as Leis ns. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e 8.935, de 18 de novembro de 1994, ao disposto no art. 56 e seguintes da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e às penalidades previstas no art. 32 da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.”

DIREITOS REAIS

DIREITO CIVIL

Terras devolutas e transferência de domínio a particulares

Não subsiste o ato de transmissão de propriedade efetuado por Estado-Membro se o imóvel rural nunca pertenceu ao ente federado¹.

- ! Ninguém pode transmitir mais direitos do que aqueles que possui ou titulariza.
- Do contrário, a transmissão da propriedade constituiria típica hipótese de alienação *a non domino*².

ACO 478, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 5-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-8-2015*.

(*Informativo 793, Plenário*)

- 1 Na espécie, o Plenário acolheu pedido formulado em ação cível originária proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que buscava a declaração de nulidade de ato de transferência de domínio, realizado pelo Estado de Tocantins, de terras de propriedade da União, com o cancelamento do correspondente registro notarial. Em consequência, declarou a nulidade do Título Definitivo 1.449, emitido pelo Instituto de Terras do Estado do Tocantins (ITERTINS) em favor de réus que figuraram na presente ação, bem como determinou o cancelamento da matrícula R-1-M-368, efetuada pelo Registro de Imóveis do Município de Marianópolis do Tocantins. Por fim, estendeu o vício aos negócios jurídicos subsequentes, assegurados aos réus adquirentes os direitos decorrentes da evicção, nos termos do art. 447 e seguintes do Código Civil.
- 2 Código Civil: “Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.”

Usucapião de imóvel urbano e norma municipal de parcelamento do solo

Preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal¹, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que o imóvel está (dimensão do lote)².

! Para o acolhimento da pretensão sobre o direito à usucapião especial urbana, basta o preenchimento dos requisitos exigidos pelo texto constitucional. Não se pode criar obstáculo infraconstitucional para impedir que se aperfeiçoe, em favor de parte interessada, o modo originário de aquisição de propriedade.

Em outras palavras, não é possível rejeitar, pela interpretação de normas hierarquicamente inferiores à Constituição, a pretensão deduzida com base em norma constitucional.

A presente modalidade de aquisição da propriedade imobiliária foi incluída pela Constituição como forma de permitir o acesso dos mais humildes a melhores condições de moradia e de respeitar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III)³. Esse fato conduz ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, além de garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182, caput)⁴.

Assim, a eventual irregularidade do loteamento em que está localizado o imóvel objeto da usucapião ou a desconformidade de sua metragem com normas e posturas municipais que disciplinam os módulos urbanos em sua respectiva área territorial não podem obstar a implementação de direito constitucionalmente assegurado a quem preenchesse os requisitos exigidos pela Constituição, especialmente por se tratar de modo originário de aquisição da propriedade.

RE 422.349, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 29-4-2015, acórdão publicado no DJE de 5-8-2015.

(Informativo 783, Plenário, Repercussão Geral)

¹ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

- 2 No caso, os recorrentes exercem, desde 1991, a posse mansa e pacífica de imóvel urbano onde edificaram casa, na qual residem. Contudo, o pedido declaratório, com fundamento no referido preceito constitucional, para que lhes fosse reconhecido o domínio, foi rejeitado pelo tribunal de origem. A Corte local entendeu que o aludido imóvel teria área inferior ao módulo mínimo (360 m²) definido pelo Plano Diretor do respectivo Município para os lotes urbanos.
- 3 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”
- 4 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

DIRITTO CONSTITUZIONALE

ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO
FUNDAMENTAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

Sistema carcerário: estado de coisa inconstitucional e violação a direito fundamental

Há indícios suficientes de que o sistema penitenciário nacional caracteriza-se como “estado de coisas inconstitucional”.^{1 e 2}

! No sistema prisional brasileiro, ocorre violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas. A superação dessas transgressões exige a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades, bem como a adoção de medidas normativas, administrativas e orçamentárias abrangentes.

Com o objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal, determinou-se, em sede de medida cautelar, as seguintes providências:

Os juízes e tribunais devem realizar, em até 90 dias, audiências de custódia³, bem como viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

! A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁴ e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵. Ambos já foram internalizados no Brasil⁶, o que lhes confere hierarquia supralegal⁷.

Tal providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar, cujo custo médio mensal individual seria de, aproximadamente, R\$ 2.000,00.

Há de se considerar ainda que, com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação⁸.

A União deve liberar as verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

! A retenção costumeira dessas verbas explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. Como exemplo, pode-se citar que, apenas no ano de 2013, mais de 80% dos valores destinados a “proporcionar recursos e meios para financiar e

apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”⁹ deixaram de ser usados¹⁰.

Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo de cárcere.

Assim, por um lado, verifica-se que o contingenciamento de verbas mostra-se problemático, tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”¹¹, como é o caso do sistema penitenciário nacional.

Por outro, há a necessidade de serem criados meios de garantir “a segurança da população, ao mesmo tempo em que se possibilite a reinserção social daqueles que um dia cometeram um erro”¹².

Posto isso, a massiva e sistemática violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, principalmente se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais.

Cabe destacar que “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”¹³.

Além disso, é duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do art. 9º da [Lei Complementar 101/2000](#)¹⁴.

O *caput* do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas. Ao passo que, no § 2º, consta exceção, consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais.

Portanto, tendo em vista que os recursos do Funpen têm destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos ([Lei Complementar 101/2000](#), art. 5º, III, *b*).

ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 9-9-2015, acórdão publicado no *DJE* de 19-2-2016.

(*Informativo 798*, Plenário)

- 1 De acordo com a construção teórica elaborada pela Corte Constitucional da Colômbia nas seguintes decisões: Sentencia SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004.
- 2 Sobre os pressupostos de configuração do “estado de coisas inconstitucional (ECI)”, vide trecho extraído do voto do ministro Edson Fachin: “A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da **constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas**. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de **violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas**. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O segundo pressuposto é o da **omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais**. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma ‘falha estrutural’ que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. **Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes**. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de ‘igual ou similar alcance’ (<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 17-8-2015). Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 17-8-2015)” (grifos do original).
- 3 ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, P, j. 20-8-2015, *DJE* de 1º-2-2016.
- 4 “Artigo 9. (...) 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”
- 5 “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais

e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

- 6 Decreto 678, de 6-11-1992: “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.”
- 7 “Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, **pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002). Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei 911/1969. Equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei 911/1969, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpida no art. 5º, LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido.” (Ementa do RE 349.703, rel. orig. min. Carlos Britto, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, *DJE de 4-6-2009* – sem grifos no original.)
- 8 “No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que ‘a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário.’” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento.)
- 9 LC 79/1994: “Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar

e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.”

- 10** “Relatórios do próprio Departamento [Penitenciário Nacional – DEPEN] dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. (...) De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo [Penitenciário Nacional – FUNPEN], no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento.)
- 11** MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 97-98.
- 12** “A situação levou a senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul, a apresentar projeto de lei complementar – PLC 25, de 2014 – voltado a proibir o contingenciamento, versado de forma genérica na Lei de Responsabilidade Fiscal, dos recursos do mencionado Fundo. (...) Não obstante a iniciativa, o que revela tentativa interna de ultrapassar os bloqueios políticos existentes no Congresso, a situação dramática não pode esperar o fim da deliberação legislativa. Protocolado em 6 de fevereiro de 2014, o projeto, sem parecer, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, aguardando a designação de novo relator.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento.)
- 13** MENDONÇA, loc. cit.
- 14** “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (...) § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.”

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF

DIREITO CONSTITUCIONAL

Abono variável e competência do STF

A existência de interesse pertinente apenas à magistratura estadual não afasta a competência originária da Corte¹.

Embora a interpretação literal do art. 102, I, n, da Carta Magna dê a entender “a necessidade de envolvimento de ‘todos os membros da magistratura’ de forma direta ou indireta” para a aplicação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, deve-se ter em conta que essa disposição normativa constitucional “não possui outro objetivo senão o de deslocar a competência para evitar-se, embora de forma geral, o julgamento da causa por interessados”².

Assim, para fins de determinação da competência, o que importa é, no âmbito da jurisdição do tribunal local, a matéria ser de interesse exclusivo e geral da magistratura.

Diante disso, compete ao Supremo processar e julgar, originariamente, demanda ajuizada por magistrado estadual³ a respeito de pagamento de correção monetária sobre valores correspondentes a abono variável.^{4 e 5}

RE 608.847 AgR, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ o ac. min. Teori Zavaski, julgamento em 1º-12-2015, acórdão publicado no DJE de 18-4-2016.

(*Informativo 810, Segunda Turma*)

- 1 AO 183, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 11-9-2003, *DJ de 10-10-2003*; e Rcl 1.813, rel. min. Moreira Alves, P, j. 29-11-2001, *DJ de 22-2-2002*.
- 2 AO 1.569 QO, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 24-6-2010, *DJE de 27-8-2010*.
- 3 AO 183, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 11-9-2003, *DJ de 10-10-2003*; e Rcl 1.813, rel. min. Moreira Alves, P, j. 29-11-2001, *DJ de 22-2-2002*.
- 4 Trecho da ementa: “1. O abono variável, embora instituído no âmbito da magistratura federal (Lei Federal 10.474/2002), é aplicável aos membros do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro em decorrência da Lei Estadual 4.631/2005. 2. Em ambos os casos, a pretensão referente a essa parcela remuneratória é limitada no tempo (período de 1º-1-1998 a 28-6-2002). Essa restrição temporal, todavia, não é hábil a afastar a aplicação do art. 102, I, n, da Constituição Federal (...)”
- 5 Sobre a competência do STF para processar e julgar originariamente as ações ajuizadas por magistrados federais visando à correção monetária do abono variável prevista na Lei 10.474/2002, por se tratar de “questão específica da magistratura, (...) que não interessa a nenhum servidor público que não seja magistrado”: AO 1.292 AgR, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 24-11-2005, *DJ de 16-12-2005*. Precedentes: AO 1.157, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 25-10-2006, *DJ de 16-3-2007*; Rcl 2.936, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 12-5-2011, *DJE de 13-6-2011*; e Rcl 8.934 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 1º-12-2011, *DJE de 1º-2-2012*.

STF e competência em decisões negativas do CNMP e do CNJ

O Supremo Tribunal Federal (STF) não tem competência (CF, art. 102, I, r) para processar e julgar ações que questionem decisões negativas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹.

Se a decisão do CNJ ou do CNMP não inova ou provê quanto ao já decidido anteriormente, está-se diante de ato que “nada determinou, nada impôs, nada avocou, nada aplicou, nada ordenou, nada invalidou e nada desconstituiu, a significar que o CNJ não substituiu nem supriu, por qualquer resolução sua, atos ou omissões eventualmente imputáveis ao Tribunal de jurisdição inferior²”.

O pronunciamento de tais órgãos que recuse a intervenção em determinado procedimento ou que envolva mero reconhecimento de sua incompetência não instaura, para efeito de controle jurisdicional, a competência originária do STF³.

Assim, não se trata de definir a competência do STF em função do resultado do julgamento no CNJ ou no CNMP, mas, sim, de estabelecer a autoridade que pratica o ato apontado como coator. Cuida-se de ponto decisivo para a definição da competência jurisdicional⁴.

MS 33.163, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 5-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 7-8-2015*.

(*Informativo 784, Primeira Turma*)

- 1 No mesmo sentido: MS 27.764 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 19-12-2012, *DJE de 21-2-2013*; MS 28.345 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 13-12-2012, *DJE de 19-2-2013*; e MS 27.763 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 19-12-2012, *DJE de 22-2-2013*.
- 2 MS 32.729 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 18-11-2014, *DJE de 10-2-2015*.
- 3 MS 31.453 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 28-10-2014, *DJE de 10-2-2015*.
- 4 “Estou em que é de proceder a uma redução teleológica da letra dessa nova cláusula de competência do Supremo Tribunal, de modo a não convertê-lo, mediante o mandado de segurança, em verdadeira instância ordinária de revisão de toda e qualquer decisão do Conselho Nacional de Justiça. É preciso distinguir entre as deliberações do CNJ que impliquem intervenção na órbita da competência ordinária confiada, em princípio, aos juízos ou tribunais submetidos ao seu controle daquelas que, pelo contrário, traduzam a recusa de intervir. Quanto às primeiras, as positivas, não há dúvida de que o CNJ se torna responsável pela eventual lesão ou ameaça de lesão a direito consequentes, submetidas ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal: assim, por exemplo,

as que avoquem processos disciplinares em curso nos tribunais, apliquem sanções administrativas, desconstituam ou revejam decisões deles ou lhes ordene providências. Diversamente, com as da segunda categoria, as negativas, o Conselho não substitui por ato seu o ato ou omissão dos tribunais, objeto da reclamação, que, por conseguinte, remanescem na esfera de competência ordinária destes.” (Trecho da decisão monocrática do ministro Sepúlveda Pertence no MS 26.710 MC, *DJE de 1º-8-2007*.)

Porte de arma de magistrado e competência

Inserir-se na competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, n¹) a ação de mandado de segurança coletivo, impetrado por entidades associativas de magistrados, com o objetivo de assegurar a alegada prerrogativa da magistratura (Loman, art. 33, V) de obter a renovação simplificada dos registros de propriedade de armas de defesa pessoal, com dispensa do teste psicológico e de capacidade técnica e da revisão periódica do registro.

! Trata-se de ação em que todos os membros da magistratura são direta ou indiretamente interessados, uma vez que o porte de armas para defesa pessoal não se refere à prerrogativa própria apenas dos juízes integrantes das associações que impetraram o mandado de segurança, mas de todos os magistrados do País.

A cláusula constitucional que atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar casos de interesse da magistratura deve ter interpretação estrita, e abarcar apenas aqueles que se revestem de interesse exclusivo dos juízes.

Todavia, não basta que toda a magistratura figure diretamente como parte no processo. É preciso que as questões jurídicas envolvidas sejam de interesse geral da dessa categoria.

A pretensão de portar arma de defesa pessoal está baseada no art. 33, V, da Loman², de abrangência nacional, e cuida de interesse potencial de toda a classe. Assim, essa prerrogativa deve ser interpretada como direito ou obrigação inerente à condição de magistrado.

Por outro lado, a compreensão de matéria de privativo interesse da magistratura não pode ser afastada pelo fato de determinada prerrogativa ser eventualmente estendida a outras carreiras.

Por fim, o Poder Judiciário, apesar de possuir segmentações decorrentes da estrutura federativa brasileira, é uno. Assim, apenas quando a matéria disser respeito a determinada segmentação específica do Poder Judiciário, é que se poderá cogitar o afastamento da competência da Corte.

Rcl 11.323 AgR, rel. orig. min. Rosa Weber, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 22-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 782*, Plenário)

- 1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;”
- 2 “Art. 33. São prerrogativas do magistrado: (...) V – portar arma de defesa pessoal.”

CONSELHO
NACIONAL DE
JUSTIÇA

DIREITO CONSTITUCIONAL

CNJ: revisão disciplinar e prazo de instauração

Findo o processo disciplinar em curso na corregedoria local, a posterior atuação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) submete-se ao limite temporal de um ano.

! Aplica-se esse entendimento mesmo na hipótese em que o CNJ, após receber um procedimento originário, procede ao seu sobrestamento para aguardar a decisão do tribunal de origem e, apenas posteriormente à conclusão da corregedoria local, torna a reapreciá-lo.

Há um específico efeito que o julgamento pelo órgão de origem confere à apreciação disciplinar do CNJ: inicia-se sua pretensão revisional, que tanto incidirá sobre a reapreciação propriamente dita dos fatos, por meio de processo instaurado especificamente para esse fim, como também sobre a continuidade de apuração eventualmente já em curso no CNJ.

Assim, ainda que já inaugurado procedimento apuratório no CNJ, uma vez julgados os mesmos fatos na instância local, competirá ao Conselho¹:

- a) prosseguir com a apuração originária²; ou
- b) exercer o poder de revisão em procedimento próprio³.

Em qualquer caso, a atuação do CNJ deverá se conformar ao prazo de um ano, tal qual previsto no art. 103-B, § 4º, V, da Constituição Federal.

Admitir o contrário, ou seja, consentir que sob o pálio de seu poder originário de correção o CNJ pudesse, a qualquer tempo, reavivar a discussão travada em processo disciplinar já julgado, seria fazer letra morta do prazo inserto no art. 103-B, § 4º, V, da Constituição Federal⁴.

Nessa hipótese, pouca consequência se poderia extrair da existência desse limite temporal. Bastaria que o CNJ iniciasse uma apuração concorrente à do tribunal local e estaria autorizado a visitar os fatos já apreciados a qualquer tempo.

Seria, ainda, ignorar o poder disciplinar das instâncias locais, que, embora não seja o único exercível de modo originário⁵ e não prevaleça em caso de colisão com a deliberação do CNJ, é dotado, tal qual o concretizado no âmbito do CNJ, de imperatividade. O mencionado atributo que não pode ser desconsiderado por meio de reapreciação tardia dos mesmos fatos.

Em que pese o CNJ estar em posição hierárquica no âmbito do Poder Judiciário que lhe permita proferir a última decisão administrativa em questões disciplinares,

tal fato não exclui o poder censório do órgão local. Trata-se de poder concorrente ao exercível pelo Conselho, dele difere apenas pela ausência de terminatividade, já que se sujeita ao exercício do poder revisional pela Corregedoria Nacional, desde que exercitável no prazo de um ano.

MS 32.724, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17-11-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-3-2016*.

(*Informativo 808, Segunda Turma*)

- 1 Na espécie, o CNJ foi cientificado da decisão proferida no procedimento disciplinar local em 7-8-2012, tendo, porém, adotado a primeira medida para revisão do julgado apenas em 23-12-2013, após, portanto, do decurso do lapso temporal constitucional.
- 2 Sobre a atribuição correicional originária e autônoma do CNJ: na ADI 4.638, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça possui atribuição correicional originária e autônoma, no sentido de que seu exercício não se submete a condicionantes relativas ao desempenho da competência disciplinar pelos tribunais locais.
- 3 Sobre o poder revisional do CNJ: *CF/1988*: “Art. 103-B. (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;”.
- 4 “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;”
- 5 “Processo objetivo – Liminar – Atuação do relator – Referendo parcial. Atuando o relator em período no qual o Colegiado não esteja reunido, cumpre submeter a cautelar na abertura dos trabalhos. Referendo parcial implementado pela ilustrada maioria nos termos da ata de julgamento.” (ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-2-2012, P, *DJE de 30-10-2014*.)

CNJ: sindicância e delegação de competência

É regular a designação de juiz auxiliar, seja ele originário do Judiciário estadual ou federal, para a condução de sindicância, por delegação do CNJ, ainda que o investigado seja magistrado federal.

- ! A autoridade delegada atua em nome da Corregedoria, sendo irrelevante se o
- magistrado é oriundo da esfera estadual ou da federal.

MS 28.513, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 15-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 28-9-2015*.

(*Informativo 799*, Segunda Turma)

CONSELHO
NACIONAL
DO MINISTÉRIO
PÚBLICO

DIREITO CONSTITUCIONAL

Procedimento de controle administrativo e notificação pessoal

Conhecidos os beneficiários do ato atacado, estes não podem ser notificados de forma ficta, ou seja, mediante edital. É necessária a intimação pessoal.

! Essa comunicação não supre a necessidade de conhecimento específico de processo em curso por aqueles que tenham interesse jurídico na manutenção do ato impugnado¹.

Diante disso, reveste-se de nulidade a decisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, em procedimento de controle administrativo (PCA), notifica o interessado por meio de edital publicado no *Diário Oficial da União* para restituir valores aos cofres públicos².

MS 26.419, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 27-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-12-2015*.

(*Informativo 805*, Segunda Turma)

¹ MS 25.962 AgR, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, P, j. 11-4-2013, *DJE de 11-4-2013*. Nesse julgado, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 98 do Regimento Interno do CNJ (“O relator determinará a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de quinze dias”).

² Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 110. O Relator determinará a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de quinze dias.” (Com a redação dada pela Resolução 31, de 1º de setembro de 2008.)

Controle de constitucionalidade e órgão administrativo

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não pode realizar controle abstrato de constitucionalidade.^{1, 2, 3 e 4}

! Essa prerrogativa compete ao Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 102, I, *a*, da Constituição da República⁵.

O CNMP é órgão de natureza administrativa, cuja atribuição restringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (CF, art. 130-A, § 2º).

Não é válido o argumento de que seria aplicável ao CNMP a orientação fixada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 221, no sentido de que os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo podem determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. Esse entendimento restringe-se aos chefes do Poder Executivo, em razão de sua atuação concreta no desempenho de função de administrar com independência funcional.

O promotor de Justiça não pode ser afastado de sua lotação apenas pelo fato de a comarca ter sido elevada de entrância.

! O princípio da inamovibilidade, caro tanto ao Ministério Público quanto à magistratura, impede o afastamento de titular de uma promotoria alçada a nível superior, ou seja, à entrância especial.

Ademais, é razoável que os membros do Ministério Público, ao serem promovidos, possam permanecer nas promotorias que já ocupam, não sendo obrigados a deixá-las apenas porque foram pré-elevadas de entrância.

Além de acarretar gastos públicos com remoção e trânsito, a medida prejudicaria a continuidade da linha de atuação ministerial local e a manutenção das unidades familiares dos promotores.

Tal disciplina é historicamente conhecida e aplicada, além de prevista nas legislações de diversos Estados da Federação.

MS 27.744, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 14-4-2015, acórdão publicado no *DJE* de 8-6-2015.

(*Informativo 781, Primeira Turma*)

- 1 “No entanto, os debates travados no julgamento do PCA dão conta de que a inaplicabilidade da norma em questão não se limita aos casos concretos, mas se estende a situações futuras, o que deixa patente o exercício de controle concentrado de constitucionalidade pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o que não é admitido por esta Corte.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento – sem grifos no original.)
- 2 “Todos estamos submetidos à Carta da República, que é a Lei das leis, inclusive o Conselho Nacional do Ministério Público. Algo é atuar de forma abstrata, vindo a declarar a incompatibilidade de uma lei com o Texto Constitucional. Coisa diversa é enfrentar situação concreta e entender que prevalece não a lei, no caso, estadual, mas sim a Constituição. Esse dever toda a administração tem. A administração não está compelida a observar lei que tenha como incompatível com a Lei Maior.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento – sem grifos no original.)
- 3 “O controle [de constitucionalidade], portanto, se realizou no caso concreto, determinando-se a não aplicação da parte final do art. 141 da LCE 197/2000, por violação aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, bem como ao critério da alternância previsto no art. 93, II e VIII-A, da Constituição. A meu ver, não há impedimento para que o CNMP realize esta modalidade de controle. Conforme me pronunciei na sessão do dia 6-5-2014, concordo com o ministro Marco Aurélio no sentido de que quem tem a incumbência de aplicar a norma a uma situação concreta não pode ser compelido a deixar de aplicar a Constituição e aplicar a norma que considera incompatível. Não se trata, aqui, de realizar controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, de deixar de aplicar uma norma ao caso concreto, em face da supremacia da Constituição (controle incidental).” (Trecho do voto do ministro Roberto Barroso, no presente julgamento – sem grifos no original.)
- 4 “Eu, da mesma forma, comungo da compreensão de que um órgão administrativo pode, sim, deixar de aplicar uma lei que repute inconstitucional. Tenho decidido nessa linha. Então, a minha fundamentação converge com a agora trazida pelo ministro Luís Roberto, já defendida anteriormente pelo ministro Marco Aurélio.” (Trecho do voto da ministra Rosa Weber, no presente julgamento – sem grifos no original.)
- 5 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

DIREITO CONSTITUCIONAL

Lei 1.079/1950: procedimento de *impeachment* e recepção

No processo de *impeachment* do presidente da República, não há direito à defesa prévia ao ato do presidente da Câmara que recebe a denúncia.

! A apresentação de defesa prévia não é exigência do princípio constitucional da
 • ampla defesa. Trata-se de exceção, e não de regra no processo penal.

Não há, portanto, impedimento para que a primeira oportunidade de apresentação de defesa se dê após o recebimento da denúncia, uma vez que se colocam à disposição do acusado inúmeras oportunidades de manifestação em ampla instrução processual.

Assim, não há que falar em violação à garantia da ampla defesa e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa.

É possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ao processo de *impeachment*, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes.

! A aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD)
 • e do Senado Federal (RISF) ao processamento e julgamento do *impeachment* não afronta a reserva de lei especial imposta pelo art. 85, parágrafo único, da Constituição¹.

Assim, o art. 38 da *Lei 1.079/1950*² recebeu interpretação conforme à Constituição para fixar a possibilidade de incidência das normas regimentais, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes. Além disso, devem se limitar a disciplinar questões *interna corporis*.

Não cabe à Câmara dos Deputados pronunciar-se sobre o mérito da acusação.

! O rito do *impeachment* perante a Câmara, previsto na *Lei 1.079/1950*, partia do
 • pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da Constituição Federal de 1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação.

Estabeleciam-se, em virtude disso, duas deliberações pelo Plenário da Câmara, entre as quais havia exigência de dilação probatória:

- a) a primeira, quanto à admissibilidade da denúncia; e
- b) a segunda, quanto à sua procedência ou não.

Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que alterou o papel institucional da Câmara no *impeachment* do presidente da República.

Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no “caso Collor”, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a essa Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade).

A ampla defesa do acusado no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RICD, art. 218, § 4º), tal como ocorreu no “caso Collor”³.

Por conseguinte, receberam interpretação conforme à Constituição os arts. 19⁴, 20⁵ e 21⁶ da Lei 1.079/1950, para que se entenda que as “diligências” e atividades ali previstas não se destinam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia.

Por sua vez, não foram recepcionados pela CF/1988 o art. 22, *caput*, 2ª parte⁷, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º⁸, da Lei 1.079/1950. Esses preceitos determinam dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal Casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação.

A proporcionalidade na formação da comissão especial pode ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários.

! O art. 19º da Lei 1.079/1950, no ponto em que exige proporcionalidade na comissão especial da Câmara dos Deputados com base na participação dos partidos políticos, sem mencionar os blocos parlamentares, foi superado pelo regime da Constituição de 1988.

A nova ordem constitucional estabeleceu expressamente:

- i) a possibilidade de se assegurar a representatividade por bloco (art. 58, § 1º¹⁰); e
- ii) a delegação da matéria ao Regimento Interno da Câmara (art. 58, *caput*).

Nesse aspecto, a opção por considerar os partidos e os blocos no cálculo da proporcionalidade foi feita e vem sendo aplicada reiteradamente pela Câmara dos Deputados na formação de suas diversas comissões. Foi seguida, inclusive, no processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello.

A defesa tem o direito de se manifestar após a acusação.

! No curso do procedimento de *impeachment*, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de modo geral, após a acusação. Cuida-se de concretização da garantia constitucional do devido processo legal (*due process of law*)¹¹.

O interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória.

! Trata-se de instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual deve ser o último ato de instrução do processo de *impeachment*.

Por analogia, aplicou-se a interpretação conferida pelo STF ao rito das ações penais originárias¹².

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o recebimento da denúncia no processo de *impeachment* ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal.

! Apresentada denúncia contra o presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (CF, art. 51, I¹³). Exerce, assim, juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, condição para o prosseguimento da denúncia.

Por sua vez, ao Senado compete, privativamente, “processar e julgar” o presidente da República (CF, art. 52, I¹⁴). Tal locução abrange a realização de juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara.

Há três ordens de argumentos que justificam esse entendimento.

Em primeiro lugar, esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988, por qualquer enfoque que se dê: literal, histórico, lógico ou sistemático.

Em segundo lugar, é a interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, quando atuou no *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Mello. O princípio da segurança jurídica reforça a reiteração desse entendimento pela Corte na presente ADPF.

Em terceiro e último lugar, trata-se de entendimento que, mesmo não tendo sido proferido pelo STF com força vinculante e *erga omnes*, foi, em alguma medida, incorporado à ordem jurídica brasileira.

Dessa forma, modificá-lo, estando em curso denúncia contra a presidente da República, representaria violação ainda mais grave à segurança jurídica. Afetaria a própria exigência democrática de definição prévia das regras do jogo político.

Partindo das premissas acima, não foram recepcionados pela Constituição Federal os arts. 23, §§ 1º e 5º¹⁵; 80, 1ª parte¹⁶ (que define a Câmara dos Deputados como tribunal de pronúncia); e 81¹⁷, todos da Lei 1.079/1950, porque são incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, todos da CF/1988.

O recebimento da denúncia contra o presidente da República deverá ser decidido por votação nominal, tomada por maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros do Senado Federal, a partir de parecer elaborado por comissão especial.

! Nesse sentido, conferiu-se interpretação conforme à Constituição ao art. 24¹⁸ da Lei 1.079/1950.

Assim, é inviável possibilitar que a própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeite sumariamente a denúncia.

Os senadores não precisam se apartar da função acusatória.

! O procedimento acusatório estabelecido na Lei 1.079/1950, parcialmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não impede que o Senado adote as medidas necessárias à apuração de crimes de responsabilidade, inclusive quanto à produção de provas. Essa função pode ser desempenhada de forma livre e independente.

Impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do Código de Processo Penal relativamente ao presidente da Câmara dos Deputados.

! Embora o art. 38¹⁹ da Lei 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao processo e julgamento do presidente da República por crime

de responsabilidade, o art. 36²⁰ da lei já trata da matéria, conferindo tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP.

Portanto, não há lacuna na referida lei acerca das hipóteses de impedimento e suspensão dos julgadores que possa justificar a incidência subsidiária do aludido Código.

A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias e na realização da vontade dos representados.

Não é possível a formação de comissão especial a partir de candidaturas avulsas.

! É incompatível com o art. 58, *caput*, e o § 1º, da Constituição que os representantes dos partidos políticos ou blocos parlamentares deixem de ser indicados pelos líderes, na forma do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para serem escolhidos, pelo Plenário, em violação à autonomia partidária.

A eleição da comissão especial somente pode se dar por voto aberto.

! No processo de *impeachment*, as votações devem ser abertas, de modo a permitir maior transparência, *accountability*²¹ e legitimação.

No silêncio da Constituição, da Lei 1.079/1950 e do Regimento Interno sobre a forma de votação, não é admissível que o presidente da Câmara dos Deputados possa, por decisão unipessoal e discricionária, estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RICD, por analogia, à eleição para a comissão especial de *impeachment*.

Além disso, o sigilo do escrutínio é incompatível com a natureza e a gravidade do processo por crime de responsabilidade. Em processo de tamanha magnitude, que pode levar o presidente a ser afastado e perder o mandato, é preciso garantir o maior grau de transparência e publicidade possível.

Nesse caso, não é possível invocar como justificativa para o voto secreto a necessidade de garantir a liberdade e independência dos congressistas, bem como afastar a possibilidade de ingerências indevidas.

Se a votação secreta pode ser capaz de apartar determinadas pressões, ao mesmo tempo, ela enfraquece a possibilidade de controle popular sobre os representantes, em violação aos princípios democrático, representativo e republicano.

Por fim, a votação aberta (simbólica) foi adotada para a composição da comissão especial no processo de *impeachment* de Collor, de modo que a manutenção do mesmo rito seguido em 1992 contribuiu para a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento.

ADPF 378 MC²², rel. orig. min. Edson Fachin, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 16, 17 e 18-12-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-3-2016*.

(*Informativo 812, Plenário*)

- 1 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”
- 2 “Art. 38. No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o *Código de Processo Penal*.”
- 3 MS 21.564, rel. orig. min. Octavio Galloti, rel. p/ o ac. min. Carlos Velloso, P, j. 23-9-1992, *DJ de 27-8-1993*.
- 4 “Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.”
- 5 “Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu Presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia. § 1º O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados. § 2º Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da Comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única.”
- 6 “Art. 21. Cinco representantes de cada partido poderão falar, durante uma hora, sobre o parecer, ressalvado ao relator da comissão especial o direito de responder a cada um.”
- 7 “Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruem, arquivada, se não for considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado.”

- 8 “Art. 22. (...) § 1º Findo esse prazo e com ou sem a contestação, a comissão especial determinará as diligências requeridas, ou que julgar convenientes, e realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento das testemunhas de ambas as partes, podendo ouvir o denunciante e o denunciado, que poderá assistir pessoalmente, ou por seu procurador, a todas as audiências e diligências realizadas pela comissão, interrogando e contestando as testemunhas e requerendo a reinquirição ou acareação das mesmas. § 2º Findas essas diligências, a comissão especial proferirá, no prazo de dez dias, parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia. § 3º Publicado e distribuído esse parecer na forma do § 1º do art. 20, será o mesmo, incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra. § 4º Nas discussões do parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora, ficando as questões de ordem subordinadas ao disposto no § 2º do art. 20.”
- 9 “Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.”
- 10 CF/1988: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”
- 11 Precedente: MS 25.647 MC, rel. orig. min. Carlos Britto, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, P, j. 30-11-2005, *DJ de 15-12-2006*.
- 12 Precedente: AP 528 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 24-3-2011, *DJE de 8-6-2011*.
- 13 “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;”
- 14 “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;”
- 15 “Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação. § 1º Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados. (...) § 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.”
- 16 “Art. 80. Nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, a Câmara dos Deputados é tribunal de pronúncia e o Senado Federal, tribunal de julgamento; nos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronúncia e julgamento.”

- 17 “Art. 81. A declaração de procedência da acusação nos crimes de responsabilidade só poderá ser decretada pela maioria absoluta da Câmara que a preferir.”
- 18 “Art. 24. Recebido no Senado o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, remeterá o Presidente cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 23, será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado. Parágrafo único. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal enviar-se-á o processo em original, com a comunicação do dia designado para o julgamento.”
- 19 “Art. 38. No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o [Código de Processo Penal](#).”
- 20 “Art. 36. Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do Presidente da República ou dos Ministros de Estado, o deputado ou senador; a) que tiver parentesco consanguíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhado, e os primos coirmãos; b) que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria.”
- 21 “A *accountability* deve ser compreendida, portanto, como um conceito relacional que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa.” (CLÈVE, Clémerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 15-40, maio/jun. 2013.)
- 22 O Tribunal converteu o exame da medida cautelar em julgamento de mérito.

Assistência judiciária gratuita: art. 12 da Lei 1.060/1950 e recepção

É constitucional a cobrança das custas processuais daquele que, embora tenha sido beneficiado pela imunidade contida no art. 12 da Lei 1.060/1950¹, tenha recuperado as condições econômicas para pagá-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família, dentro do prazo prescricional de cinco anos, a contar da sentença final.

! É injusto privilegiar tributariamente o jurisdicionado que recuperou sua capacidade contributiva para adimplir obrigação relacionada à taxa, em detrimento de todo corpo social que paga impostos sobre as bases econômicas renda, patrimônio e consumo.

Diante disso, o art. 12 da Lei 1.060/1950 é materialmente compatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal². Além disso, ainda que tal preceito constitucional não esteja topograficamente inserido no capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional, a doutrina e a jurisprudência em matéria tributária o reconhecem como imunidade.

Por isso, o termo “isenção” do art. 12 do diploma normativo impugnado deve ser entendido como sinônimo de imunidade tributária.

RE 249.003 ED, RE 249.277 ED e RE 284.729 AgR, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 9-12-2015, acórdãos pendentes de publicação.

(*Informativo 811*, Plenário)

- 1 “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”
- 2 “Art. 5º (...) LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Balço de contas púlicas e sequestro de depósitos judiciais

Há evidência de inconstitucionalidade em leis estaduais que tratam da possibilidade de transferência de montantes oriundos de depósitos judiciais da Justiça estadual para o Executivo local, o que justifica a suspensão, com eficácia *ex tunc*, do andamento de processos que versem sobre a matéria até a decisão final de mérito na ação direta de inconstitucionalidade.

! As normas impugnadas, à primeira vista, incorrem nos seguintes vícios¹:

- a) Violação à separação de poderes².

Cumpra ao Poder Judiciário a administração dos rendimentos da conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais.

- b) Usurpação da competência legislativa da União para dispor sobre depósitos judiciais³.

Nos termos do art. 22, I, da [Constituição Federal](#), lei que versa sobre depósitos judiciais é de competência legislativa da União por tratar de matéria processual.

- c) Conflito de competência legislativa dos entes federativos.

Notam-se sensíveis discrepâncias normativas do cotejo entre a Lei Complementar federal 151/2015 e, no caso, a lei impugnada⁴.

Diante disso, estão suspensos⁵ com eficácia *ex tunc* os processos que versem sobre a aplicação e/ou a constitucionalidade da [Lei Complementar 42/2015](#) e do [Decreto 9.197/2004](#), ambos do Estado da Bahia⁶, bem como os efeitos das decisões judiciais já proferidas, até o julgamento definitivo da demanda.

Excepcionalmente, é cabível a suspensão do andamento de processos relacionados às leis questionadas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

! Aplica-se ao rito da ação direta de inconstitucionalidade⁷ as normas relativas à:

- a) arguição de descumprimento de preceito fundamental ([Lei 9.882/1999](#), art. 5º, §§ 1º e 3º);
- b) ação declaratória de inconstitucionalidade ([Lei 9.868/1999](#), art. 21);
- c) recurso extraordinário com repercussão geral (RISTF, art. 325, *in fine*).

ADI 5.409 MC-REff, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 25-11-2015, acórdão pendente de publicação.

([Informativo 809](#), Plenário)

- 1 Entendimento proferido em sede de referendo de medida cautelar.
- 2 ADI 3.458, rel. min. Eros Grau, P, j. 21-2-2008, *DJE de 16-5-2008*.
- 3 ADI 3.125, rel. min. Ayres Britto, P, j. 12-5-2010, *DJE de 18-6-2010*; e ADI 2.909, rel. min. Ayres Britto, P, j. 12-5-2010, *DJE de 11-6-2010*.
- 4 No caso, cuida-se da *Lei Complementar 42/2015* do Estado da Bahia.
- 5 No caso, ainda influenciaram a decisão os seguintes fatores: a) a existência de *periculum in mora*, considerado o risco de o jurisdicionado do Estado-Membro não ter acesso ao montante a que tem direito, haja vista sua destinação ao pagamento de despesas vinculadas ao Executivo; b) a ocorrência de discrepâncias entre os tratamentos da legislação estadual e federal conferidos ao tema. A *Lei Complementar 151/2015*, por exemplo, apenas autoriza o levantamento de valores que sejam objeto de depósitos vinculados a processos em que os entes federados sejam parte; ao passo que, de acordo com a norma local, cabe o levantamento de quaisquer depósitos e respectivos acessórios.
- 6 Os diplomas impugnados tratam da possibilidade de transferência de montantes oriundos de depósitos judiciais da Justiça estadual para o Executivo local.
- 7 Precedentes: ADI 4.627, rel. min. Luiz Fux, P, j. 23-10-2014, *DJE de 3-12-2014*; ADI 5.298, rel. min. Luiz Fux, P, j. 15-4-2015, acórdão pendente de publicação; ADI 5.365 MC, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 12-11-2015, acórdão pendente de publicação; e ADI 5.353 MC, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 29-10-2015, acórdão pendente de publicação.

Doação eleitoral e sigilo

Há evidência de inconstitucionalidade na norma que autoriza doações de origem não identificada a campanhas eleitorais, o que justifica a suspensão da norma com eficácia *ex tunc* até a decisão final de mérito na ação direta de inconstitucionalidade.

Embora existam inúmeras controvérsias a respeito do modelo de financiamento mais apropriado para afastar a influência predatória do poder econômico sobre as eleições, um aspecto do debate parece livre de maiores discussões. Trata-se da necessidade de se dar maior efetividade ao sistema de controle de arrecadação de recursos por partidos e candidatos. Sem as informações necessárias, entre elas a identificação dos particulares que contribuíram originariamente para legendas e candidatos, o processo de prestação de contas perde sua capacidade de documentar “a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais”¹.

Obstrui-se, assim, o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, da relevantíssima competência estabelecida no art. 17, III, da Constituição Federal² de fiscalizar se o desenvolvimento da atividade político-partidária realmente assegura a autenticidade do sistema representativo³.

Nesse aspecto, cabe destacar que as informações sobre as doações de particulares a candidatos e a partidos não interessam apenas às instâncias estatais responsáveis pelo controle da regularidade das contas de campanha, mas à sociedade como um todo, na medida em que qualificam o exercício da cidadania.

A indispensável transparência das contas eleitorais permite uma decisão de voto mais bem informada, já que confere ao eleitor um elemento a mais para que exerça, com pleno esclarecimento, o direito de escolha dos representantes políticos, bem como para avaliar a seriedade das propostas de campanha.

A divulgação de informações sobre a origem dos recursos recebidos por partidos também capacita a sociedade civil, inclusive aqueles que concorrem entre si na disputa eleitoral, a cooperar com as instâncias estatais na verificação da legitimidade do processo eleitoral. Fortalece, assim, o controle social sobre a atividade político-partidária.

Além disso, o acesso a esses dados ainda aperfeiçoa a política legislativa de combate à corrupção eleitoral, ajudando a denunciar as fragilidades do modelo e a inspirar propostas de correção futuras.

Por fim, a identificação fidedigna dos particulares responsáveis pelos aportes financeiros é informação essencial para que se possa constatar se as doações procedem, de fato, de fontes lícitas e se observam os limites de valor previstos no art. 23 da Lei 9.504/1997.

Diante do exposto, está suspensa, com efeitos *ex tunc*, a eficácia da expressão “sem individualização dos doadores”, constante da parte final do § 12 do art. 28 da Lei 9.504/1997⁴, acrescentado pela Lei 13.165/2015.

ADI 5.394 MC, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 12-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 807*, Plenário)

- 1 Lei 9.096/1995: “Art. 34. A Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre a prestação de contas do partido e das despesas de campanha eleitoral, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e os recursos aplicados nas campanhas eleitorais, exigindo a observação das seguintes normas: I – obrigatoriedade de designação de dirigentes partidários específicos para movimentar recursos financeiros nas campanhas eleitorais; II – (revogado); III – relatório financeiro, com documentação que comprove a entrada e saída de dinheiro ou de bens recebidos e aplicados; IV – obrigatoriedade de ser conservada pelo partido, por prazo não inferior a cinco anos, a documentação comprobatória de suas prestações de contas; V – obrigatoriedade de prestação de contas pelo partido político e por seus candidatos no encerramento da campanha eleitoral, com o recolhimento imediato à tesouraria do partido dos saldos financeiros eventualmente apurados.”
- 2 “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;”
- 3 Lei 9.096/1995: “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”
- 4 “Art. 28. A prestação de contas será feita: (...) § 12. Os valores transferidos pelos partidos políticos oriundos de doações serão registrados na prestação de contas dos candidatos como transferência dos partidos e, na prestação de contas dos partidos, como transferência aos candidatos, sem individualização dos doadores.”

Suspensão de ações judiciais em ADI e precatório

É possível, excepcionalmente, e em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a concessão de medida cautelar destinada à suspensão de processos que tratem da mesma controvérsia e das decisões neles proferidas¹.

! O Supremo Tribunal Federal (STF) tem evoluído, ao longo do tempo, para tratar as ações diretas como uma unidade conceitual. Assim, embora não haja previsão legal expressa sobre a possibilidade de suspensão de ações judiciais em curso no caso de ADI, essa possibilidade existe para as hipóteses de ADC² e ADPF³.

Existe, na verdade, um gênero, que é a ação constitucional, a qual comporta variações de espécies, em razão de seus requisitos e do seu objeto. Tais ações, no entanto, sujeitam-se a uma disciplina uniforme, no que couber.

Por essa razão, afigura-se perfeitamente possível a aplicação analógica da possibilidade de concessão de medida cautelar suspensiva de ações em ação direta de inconstitucionalidade. Não fosse por isso, a providência estaria legitimada pelo poder geral de cautela do juiz.

Deve-se observar que, mesmo no controle incidental de constitucionalidade, o relator da causa no STF pode determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria discutida em regime de repercussão geral, conforme previsto no art. 328, *in fine*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)⁴.

Diante disso, não há razão para que o mesmo não possa valer para o controle concentrado⁵.

ADI 5.365 MC-AgR, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 12-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(Informativo 807, Plenário)

- 1 No caso, a medida cautelar foi concedida com base em situação específica do caso concreto. Como o Tribunal não abordou a matéria de fundo, optou-se por analisar o julgamento sob o aspecto meramente processual.
- 2 Lei 9.868/1999: "Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo."

- 3 Lei 9.882/1999: “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.” (Vide ADI 2.231-8, de 2000.)
- 4 “Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.”
- 5 Precedentes: ADI 4.627, rel. min. Luiz Fux, P, j. 23-10-2014, *DJE de 3-12-2014*; e ADI 5.298, rel. min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 15-4-2015, *DJE de 17-4-2015*.

Lei trabalhista: discriminação de gênero e competência legislativa

A proteção contra a discriminação de gênero em relações trabalhistas é de competência federal.

- ! Compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, consoante disposto no art. 22, I, da [Constituição Federal](#)¹.

Diante disso, foi declarada a inconstitucionalidade da [Lei 10.849/2001](#) do Estado de São Paulo, que tratava de punições a empresas privadas e a agentes públicos que exigissem a realização de teste de gravidez e a apresentação de atestado de laqueadura para admissão de mulheres ao trabalho. Dispunha, ademais, que a punição relativa às empresas privadas seria a retirada do sistema de cadastro do ICMS, o que as impediria de funcionar e afetaria todos os seus empregados².

Nesse tema, a [Lei federal 9.029/1995](#)³, ao tratar da matéria, se vale de punições severas que, não obstante, permitem a continuidade das atividades da empresa sem extrapolar os fins da norma de proteção da mulher no mercado de trabalho.

Assim, ante a inexistência de omissão legislativa por parte da União, não cabe flexibilizar a rigidez constitucional quanto à competência para o tratamento legal do tema.

ADI 3.165, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 11-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(Informativo 807, Plenário)

- 1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”
- 2 Na espécie, ainda houve vício de forma, uma vez que a lei estadual cuidou de servidor público e sua iniciativa partiu da assembleia legislativa. Além disso, a lei estadual, ao atribuir sanções administrativas pela inobservância da norma, também contraria a competência exclusiva da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (CF, art. 21, XXIV). Precedentes: ADI 2.487, rel. min. Joaquim Barbosa, P, j. 30-8-2007, *DJE de 28-3-2008*; ADI 953, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 19-3-2003, *DJ de 22-5-2003*; ADI 3.587, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 12-12-2007, *DJE de 22-2-2008*; e ADI 3.251, rel. min. Ayres Britto, P, j. 18-6-2007, *DJ de 19-10-2007*.
- 3 “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.”

Norma penal militar e discriminação sexual

É inconstitucional o uso de expressões que, embora possam ser aplicadas a heterossexuais e homossexuais, tenham o viés de promover discriminação em desfavor dos homossexuais.

As expressões, apesar de sua aparente neutralidade, podem produzir um impacto desproporcional¹, o que revela discriminação indireta e viola o princípio da igualdade². A lei não pode se utilizar de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à livre orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo.

Não se pode permitir que a lei externe manifestação inadmissível de intolerância que atinja grupos tradicionalmente marginalizados, sob pena de violar os princípios da dignidade humana e da igualdade, bem assim a vedação à discriminação odiosa.

Diante disso, as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris*³ e no *caput* do art. 235 do CPM⁴, não foram recepcionadas pela Constituição⁵, mantido o restante do dispositivo.

A criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses⁶.

ADPF 291, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 28-10-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 805*, Plenário)

¹ “Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares *gays*. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana (Ver, a respeito, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), no qual, em síntese, a Suprema Corte dos EUA, levando em conta um histórico de discriminação racial, invalidou ‘testes de inteligência’ aplicados como condição para contratação de candidatos a postos de trabalho, que implicavam para os negros resultados desfavoráveis em proporções muito mais altas do que aquelas que se verificavam em relação aos brancos). Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade (sem grifos no original) (sobre o tema, cf. John E. Nowak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional law*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1995; Daniel Sarmento. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional*

brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto proporcional e ação afirmativa. In: *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001). A teoria já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.946, rel. min. Sydney Sanches, j. 3-4-2003), em que se deu interpretação conforme ao art. 14 da Emenda Constitucional 20/1998, que instituiu um valor máximo para o pagamento de benefícios pelo INSS, mas produzia efeitos discriminatórios no que diz respeito ao salário-maternidade. Entendeu a Corte que, caso o empregador fosse obrigado a arcar com a diferença entre o teto previdenciário (à época, fixado em R\$ 1.200,00) e o salário da trabalhadora, haveria um desestímulo à contratação de mulheres, e, portanto, a aplicação linear e aparentemente neutra do teto previdenciário a todos os benefícios produziria um impacto desproporcional sobre as mulheres.” (Trecho do voto do ministro Roberto Barroso, no presente julgamento.)

- 2 CF/1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
- 3 “Denominação legal; o termo técnico do direito.” (Disponível em: <<http://www.dicionariodelatim.com.br/nomen-juris/>>.)
- 4 “Pederastia ou outro ato de libidinagem – Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena – detenção, de seis meses a um ano.”
- 5 No caso, preliminarmente, considerou-se que: a) os preceitos tidos como violados possuem caráter inequivocamente fundamental (CF, arts. 1º, III e V; 3º, I e IV; e 5º, *caput*, I, III, X e XLI); b) o diploma penal militar é anterior à Constituição, de modo que não caberia ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma nele contida, logo; c) não haveria outro meio apto a sanar a suposta lesão aos preceitos fundamentais. Já no mérito, observou-se que: a) haveria um paralelo entre as condutas do art. 233 do CP (ato obsceno) e 235 do CPM, entretanto; b) haveria diferenças não discriminatórias entre a vida civil e a vida da caserna, marcada por valores que não são usualmente exigidos, de modo cogente e imperativo, aos civis, e; c) por essa razão, a tutela penal do bem jurídico protegido pelo art. 235 do CPM deve se manter.
- 6 CF/1988: “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

Medida provisória: emenda parlamentar e “contrabando legislativo”

A apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional é incompatível com a Constituição¹.

! Não é possível aos parlamentares tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes pelo titular exclusivo da competência legislativa.

A medida provisória é espécie normativa primária, de caráter excepcional, e de competência exclusiva do presidente da República². Assim, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei limita-se e circunscreve-se ao tema definido, pelo chefe do Poder Executivo, como urgente e relevante.

O fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da medida provisória não significa que o Congresso possa emendá-la incondicionalmente.

Com efeito, o Legislativo, no procedimento de conversão, pode aprovar emendas aditivas, modificativas ou supressivas. Além disso, compete ao Legislativo realizar o controle político e jurídico da urgência e relevância exigidas constitucionalmente.

Em suma, a possibilidade de emenda parlamentar ao projeto de conversão está condicionada à observância da devida pertinência lógico-temática.

Cabe destacar que a [Lei Complementar 95/1998](#), ao tratar da técnica de formulação das leis, prevê, de igual modo, a necessidade de pertinência temática.

A consagração desse entendimento não implica o reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as leis de conversão de medidas provisórias que, emendadas sem a pertinência temática, já foram promulgadas até o presente julgamento.

! À luz do fato de que a prática alusiva à conversão de medidas provisórias é reiterada há muito tempo e já resultou em diversas normas produzidas de acordo com esse procedimento, a decisão da Corte não pode provocar insegurança jurídica.

Além disso, a conclusão pela inconstitucionalidade das emendas parlamentares sem pertinência temática com a medida provisória decorre de nova interpretação da Constituição. Compreensão diversa da Corte subtrairia a possibilidade de diálogo entre os diversos ramos do Estado sobre a matéria.

Assim, embora estejam preservadas as leis fruto de conversão de medida provisória, no que diz respeito a essa inconstitucionalidade formal, a prática não poderá ser repetida deste julgamento em diante.

Tal orientação foi aplicada, inclusive, à norma impugnada na ação direta em comento.

Logo, é constitucional o art. 76 da [Lei 12.249/2010](#), inserido mediante emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei, a versar sobre objeto distinto daquele originalmente veiculado no texto apresentado à conversão. O dispositivo impugnado regula o exercício e a fiscalização da profissão contábil³, ao passo que a [Medida Provisória 472/2009](#), convertida na lei em comento, contemplava, originalmente, matérias educacionais, fiscais, tributárias e outras.

ADI 5.127, rel. orig. min. Rosa Weber, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 15-10-2015, acórdão pendente de publicação.

(Informativo 803, Plenário)

1 Cf. ADI 4.433, rel. min. Rosa Weber, P, j. 18-6-2015, *DJE* de 2-10-2015; e ADI 3.926, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 5-8-2015, *DJE* de 15-9-2015.

2 *CF/1988*: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V – medidas provisórias”; (...) “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001) (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001).”

3 Na espécie, ainda se discutia a necessidade de lei específica para restringir o exercício da profissão de contador. Nada obstante o processo legislativo de conversão de medida provisória ser peculiar e de tramitação mais célere, consiste em espécie constitucionalmente prevista, sem restrição quanto à matéria versada na lei impugnada. Assim, não implicaria inconstitucionalidade o simples fato de a lei – que estabeleceu qualificações e exigências para o exercício desse direito fundamental – haver resultado de projeto de conversão de medida provisória. Estão, assim, cumpridos os requisitos formais e materiais impostos constitucionalmente à suposta exigência de lei específica (*CF*, art. 5º, XIII) para restringir o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Partidos políticos: direito de antena, acesso ao Fundo Partidário e ativismo congressional

A reversão legislativa de jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador, seja por inovação do legislador infraconstitucional. Cada uma dessas circunstâncias demanda providências distintas por parte do Supremo Tribunal Federal (STF).

! A moderna doutrina jurídica entende que não há instituição que detenha o monopólio do sentido e do alcance das disposições constitucionais. Além das Cortes, existem outros fóruns de discussão constitucional.

O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição. Tal medida se dá por meio da atuação coordenada entre os Poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um deles contribui, com suas capacidades específicas, no embate dialógico. O compromisso é avançar os rumos da empreitada constitucional e aperfeiçoar as instituições democráticas, sem que os referidos agentes se arvorem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.

O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, ao outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitivo). Dessa maneira, os pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

Assim, os efeitos vinculantes, inerentes às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

A invalidação de emenda constitucional corretiva da jurisprudência deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição Federal¹, *i.e.*, limites formais, circunstanciais, temporais e materiais.

! A atuação do poder constituinte reformador modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária. Nesse particular, deve-se encampar exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade.

! Caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária. Ou, ainda, comprovar, lançando mão de novas razões, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais o posicionamento jurisprudencial se fundou não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa.

Assim, a novel legislação se submete a escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

Em qualquer das hipóteses, o dever de fundamentação das decisões judiciais, inserto no art. 93, IX, da Constituição, impõe que o STF enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.

Remanesçam inconstitucionais² as restrições aos novos partidos políticos, criados após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, de qualquer acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como de qualquer tempo destinado a propaganda eleitoral.

! Em primeiro lugar, porque subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e o acesso a recursos do Fundo Partidário inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de minorias político-partidárias.

Ocorre, assim, ofensa aos postulados do pluralismo político e da liberdade partidária (CF, art. 17, § 3º). Ademais, tentar inviabilizar os canais de acesso e de participação daqueles que estão fora do jogo democrático afronta as condições de funcionamento das instituições democráticas.

A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas

legendas, impõe a conclusão de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga.

Em segundo lugar, porque o Congresso Nacional, ao editar a *Lei 12.875/2013*, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.430/DF e 4.795/DF.

Nessas ações diretas de inconstitucionalidade ficou consignado que o *art. 17 da Constituição de 1988* – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional. É irrelevante indagar se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.

No caso em análise, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborados pelo Plenário.

A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*³, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte a:

- a) corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política; e
- b) proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

No caso, é visível que, com as restrições previstas na *Lei 12.875/2013*, há uma tentativa grosseira de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo enganoso de fortalecer os partidos políticos.

Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.

Diante disso, são inconstitucionais os arts. 1º e 2º da *Lei 12.875/2013*, que, ao promoverem alterações nas Leis *9.096/1995* e *9.504/1997*, restringiam, aos novos partidos políticos, criados após a realização das eleições para a Câmara dos Depu-

tados, o acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como o tempo destinado a propaganda eleitoral.

ADI 5.105, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 1º-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 16-3-2016*.

(*Informativo 801, Plenário*)

- 1 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

- 2 “Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI 4.430 e da ADI 4.795. Artigo 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da *Lei 9.504/1997* (Lei das Eleições). Conhecimento. Possibilidade jurídica do pedido. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados. Violação do art. 17, § 3º, da Constituição Federal. **Critérios de repartição do tempo de rádio e TV. Divisão igualitária entre todos os partidos que lançam candidatos ou divisão proporcional ao número de parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados. Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. Participação de candidatos ou militantes de partidos integrantes de coligação nacional nas campanhas regionais. Constitucionalidade.** Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados. Acesso das novas legendas ao rádio e à TV proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados (inciso II do § 2º do art. 47 da *Lei 9.504/1997*), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. **Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do § 3º do art. 47 da *Lei 9.504/1997*, segundo o qual a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos.** Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, *caput*, CF/1988). Equiparação constitucional. Interpretação conforme.” (ADI 4.430, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 29-6-2012, *DJE de 19-9-2013* – sem grifos no original.)

- 3 Exame judicial; autoridade concedida ao supremo tribunal de justiça americano para determinar se uma certa lei não contradiz a Constituição americana (Disponível em: <<http://pt.dictionarist.com/judicial+review#ixzz3zD78Aa6b>>.) Ver também: O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1816>>).

Princípio do concurso público e provimento derivado

O concurso público é requisito inafastável de acesso aos cargos públicos.

- Assim dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal¹ e esse entendimento é exaustivamente reiterado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal².

Há situações excepcionais³ em que a Corte admite a transfiguração de cargos públicos e o consequente aproveitamento dos seus antigos titulares na nova classificação funcional.

- A passagem de servidores de uma carreira em extinção para outra recém-criada pode ser feita como forma de racionalização administrativa, desde que haja substancial correspondência entre as características dos dois cargos, sobretudo a respeito das atribuições incluídas nas esferas de competência de cada uma.

Além disso, esses casos devem revelar um processo de sincretismo funcional, cujo ponto final seria uma previsível fusão.

Ausentes esses pressupostos, há burla ao postulado do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual foram aprovados em concurso.

Por consequência, são inconstitucionais:

- a) a *Lei 2.917/2004* do Estado do Amazonas; e
- b) as expressões “e de Comissário de Polícia”, constante do inciso V, art. 5º; do parágrafo único do art. 10; da expressão e “Comissário de Polícia”, constante do Anexo III; e da parte do Anexo IV que determina a transposição dos servidores do antigo cargo de Comissário de Polícia para o novo cargo de Comissário de Polícia de Classe Única (PC.COM-U), contidos na *Lei amazonense 2.875/2004*.

No caso, ambos os diplomas impugnados, ao promoverem a reestruturação do quadro de pessoas da polícia civil estadual, engendraram uma espécie de ascensão funcional de servidores investidos no cargo de comissário de polícia, içando-os à carreira de delegado de polícia sem concurso público.

ADI 3.415, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 24-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-12-2015*.

(*Informativo 800*, Plenário)

- 1 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).”
- 2 ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, P, j. 18-11-2004, *DJ de 29-4-2005*.
- 3 ADI 1.591, rel. min. Octavio Gallotti, P, j. 19-8-1998, *DJ de 30-6-2000*; ADI 2.713, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 18-12-2002, *DJ de 7-5-2004*; e ADI 2.335, rel. orig. min. Rosa Weber, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-6-2003, *DJ de 1º-12-2003*.

ADI e financiamento de campanha eleitoral

São inconstitucionais as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

! O exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas.

O exercício da cidadania, em seu sentido mais estrito, pressupõe três modalidades de atuação cívica: o *ius suffragii* (i.e., direito de votar), o *jus honorum* (i.e., direito de ser votado) e o direito de influir na formação da vontade política por meio de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis¹.

Por suas próprias características, tais modalidades são inerentes às pessoas naturais, afigurando-se um disparate cogitar a sua extensão às pessoas jurídicas. O Supremo Tribunal Federal (STF) sumulou entendimento segundo o qual as “pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor ação popular” (Enunciado 365 da Súmula do STF), por não ostentarem o *status* de cidadãos².

É certo que uma empresa pode defender bandeiras políticas, como a de direitos humanos, causas ambientais, entre outras. Daí a proclamar sua indispensabilidade no campo político, investindo vultosas quantias em campanhas eleitorais, vai uma considerável distância³.

Assim, autorizar que pessoas jurídicas participem da vida política é, em primeiro lugar, contrário à essência do próprio regime democrático.

Por outro lado, a participação de pessoas jurídicas só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate.

Ao vertiginoso aumento dos custos de campanhas não se segue o aprimoramento do processo político, com a pretendida veiculação de ideias e de projetos pelos candidatos.

Pelo contrário, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas verdadeira: os candidatos que despendem maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições.

Considerando-se que existe uma correlação de quase 100% entre a quantidade de dinheiro empregada na campanha eleitoral e os votos amealhados pelos candidatos⁴, conclui-se que há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas⁵.

Diversamente do alegado nas informações prestadas⁶, a doação por pessoas jurídicas consubstancia, sim, fator de desequilíbrio nos certames eleitorais. Os limites máximos previstos na legislação, em vez de inibir, estimulam que as maiores empresas façam maiores doações.

Dessa forma, não se mostra salutar, à luz dos princípios democrático e republicano, a manutenção de um modelo como esse, que permite a captura do político pelos titulares do poder econômico.

Não bastasse isso, outra consequência da adoção desse modelo é que o peso político atribuído à participação de uma pessoa jurídica variará de acordo com a sua renda. Quanto maior o poderio econômico da empresa doadora maior será a sua capacidade de influenciar decisivamente no resultado das eleições, o que induziria à indesejada “plutocratização” da política brasileira⁷.

Além disso, a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas, na medida em que privilegia alguns poucos candidatos que possuem ligações com os grandes doadores em detrimento dos demais.

Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação das bancadas representativas.

O quadro empírico também demonstra a situação descrita, uma vez que, examinando as informações acerca dos principais doadores de campanhas no País, eliminam-se quaisquer dúvidas quanto à ausência de perfil ideológico das doações por empresas privadas.

Da lista com as dez empresas que mais contribuíram para as eleições gerais em 2010, a metade realizou doações para os dois principais candidatos à Presidência e suas respectivas agremiações. O que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concedida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão⁸.

A práxis, antes de refletir as preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma não republicana⁹.

Deve-se considerar também a inconstitucionalidade dos critérios de doação a campanhas por pessoas jurídicas sob o enfoque da isonomia entre pessoas jurídicas.

A Lei das Eleições, em seu art. 24¹⁰, não estende tal faculdade a toda e qualquer espécie de pessoa jurídica.

Em verdade, o preceito estabeleceu um rol de entidades que não podem realizar doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro a candidatos e a partidos políticos. Proscreevou, por exemplo, contribuições por associações de classe e sindicais, bem como por entidades integrantes do denominado terceiro setor.

E como resultado dessa vedação, as empresas privadas, cuja esmagadora maioria se destina à atividade lucrativa, são as protagonistas entre as pessoas jurídicas em detrimento das entidades sem fins lucrativos e dos sindicatos.

Com efeito, ao vedar que associações civis sem fins lucrativos e entidades sindicais realizem doações, a legislação eleitoral cria, sem qualquer fundamento constitucional, desequilíbrio entre pessoas jurídicas, razão por que a violação à isonomia é manifesta.

O princípio geral de igualdade, encartado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, se afigura como limite material, e não apenas formal, ao legislador. Ele impõe que exista uma razão constitucional suficiente que justifique a diferenciação, bem como reclama a necessidade de que esse tratamento diferenciado guarde pertinência com a causa jurídica distintiva¹¹.

Na realidade, não existem princípios contrapostos que demonstrem a autorização de doações a campanhas por parte de empresas, mas que não franqueiem similar possibilidade às entidades sindicais.

A mesma racionalidade pode ser estendida à proibição de doações por entidades não governamentais que recebam recursos públicos, prevista no art. 24, X, da [Lei 9.504/1997](#).

Se as empresas privadas que contratam com o governo não apenas podem doar como também figuram entre os maiores doadores, é inelutável que entidades não governamentais também devem poder realizar doações a campanhas políticas. Dá por que, se a *mens legislatoris* do art. 24, X, da [Lei 9.504/1997](#) quis impedir a formação de pactos antirrepublicanos entre associações que recebem recursos governamentais com o poder público, a permissão de doações por empresas privadas colide frontalmente com a sua finalidade subjacente.

Trata-se, destarte, de critérios injustificáveis que, além de não promover quaisquer valores constitucionais, deturpam a própria noção de cidadania e de igualdade entre as pessoas jurídicas.

Em virtude disso, são inconstitucionais:

- a) O art. 24 da [Lei 9.504/1997](#)¹², na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais;

- b) O art. 24, parágrafo único¹³ e ¹⁴, e o art. 81, *caput*, e § 1º, da *Lei 9.504/1997*¹⁵;
- c) O art. 31 da *Lei 9.096/1995*¹⁶, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos.
- d) As expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III¹⁷, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da *Lei 9.096/1995*¹⁸.

As contribuições de pessoas físicas regulam-se de acordo com a lei em vigor.

! Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.

Diante disso, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 23, § 1º, I e II, da *Lei 9.504/1997*¹⁹ e do art. 39, § 5º, da *Lei 9.096/1995*²⁰.

Ademais, não foram modulados os efeitos da decisão, uma vez que não se alcançou o quórum exigido pelo art. 27 da *Lei 9.868/1999*²¹.

Conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e às seguintes, a partir da sessão de julgamento, independentemente da publicação do acórdão.

Por outro lado, mostra-se também desnecessário proceder à modulação, porquanto as doações feitas por pessoas jurídicas em eleições passadas já se exauriram no tempo.

ADI 4.650, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 16 e 17-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 24-2-2016*.

(*Informativo 799*, Plenário)

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 347.

2 “Com invulgar felicidade, o professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino preleciona: ‘as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos (...) dotadas de capacidade de direito e de capacidade postulatória, no plano processual (...) Todavia, a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada’. (...) (TEPEDINO, Gustavo. A crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do

Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXVII-XXVIII.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento – grifos do original.)

- 3 “É o que defende o saudoso filósofo norte-americano Ronald Dworkin: as ‘empresas são ficções legais. Elas não têm opiniões próprias para contribuir e direitos para participar com a mesma voz e voto na política’ (Do original: ‘*Corporations are legal fictions. They have no opinions of their own to contribute and no rights to participate with equal voice or vote in politics.*’) (DWORKIN, Ronald. *The Devastating Decision*. In: *The New York Times Review of Books*, 25-2-2010, disponível em <<http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Law/DworkinCitizensUnited.pdf>>.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 4 “(...) como restou demonstrado pelo professor e cientista político Geraldo Tadeu, na Audiência Pública (...)” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 5 “Este cenário se agrava quando se constata que as pessoas jurídicas, nomeadamente as empresas privadas, são as principais doadoras para candidatos e partidos políticos. Deveras, as pessoas jurídicas são as grandes protagonistas no financiamento das campanhas eleitorais, respondendo pela absoluta maioria das doações. E os dados a este respeito são bastante eloquentes. De acordo com a substancial petição apresentada pela entidade Clínica de Direitos Fundamentais da prestigiada Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, nas eleições de 2012, por exemplo, as pessoas naturais doaram pouco menos de 5% dos recursos. Mesmo entre as pessoas jurídicas existe uma forte concentração entre os principais doadores. No pleito de 2010, por exemplo, apenas 1% dos doadores, o equivalente a 191 empresas, foi responsável por 61% do montante doado. Não bastasse, os dez principais financiadores – em geral construtoras, bancos e indústria – contribuíram com aproximadamente 22% do total arrecadado (Fonte: Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency International, em estudo intitulado *A responsabilidade das empresas no processo eleitoral*, 2012, p. 34). Diante desse quadro empírico, não é difícil constatar que um número restrito de pessoas jurídicas – aproximadamente 20 mil empresas, o que corresponde a menos de 0,5% do total de empresas brasileiras, segundo informações do IBGE – financia as campanhas políticas no Brasil.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 6 “(...) [pela] Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral do Ministério da Justiça e da Consultoria-Geral da União (...)” (Trecho do voto do min. Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 7 “Em alentado estudo sobre o tema, o cientista político norte-americano David Samuels afirma que a competitividade dos candidatos na disputa eleitoral (*i.e.*, o sucesso ou o fracasso) é diretamente proporcional aos gastos feitos nas campanhas (SAMUELS, David. *Pork barrelling is not credit claiming or advertising: campaign finance and the sources of the personal vote in Brazil*. *The Journal of Politics*, 64 (3): 845-63, 2002). A este respeito, a metáfora criada pelo professor da King’s College London Keith D. Ewing, citada por Marcin Walecki, ilustra bem como deve ser compreendida a competição eleitoral em um cenário de penetração irrestrita do poder econômico no processo eleitoral: seria o mesmo que convidar duas pessoas para participar de uma corrida de automóveis, em que uma delas disputará a competição com uma bicicleta e a outra com um carro esportivo (EWING, Keith D. Ewing. *Money, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1992; WALECKI, Marcin. *Politi-*

cal, Money and Corruption. In: *International Foundation for Election Systems (IFES)*. Political Finance White Paper Series, p. 7).” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)

- 8 “Há, porém, um complicador no ponto: consiste em saber se há algum interesse constitucional contraposto que, a um só tempo, autorize a doação por pessoas jurídicas e justifique essa proteção insuficiente aos princípios democrático e republicano? Ou, como sustentam os defensores do modelo, o âmbito de proteção da liberdade de expressão abarca um direito fundamental das pessoas jurídicas realizarem doações em campanhas? Mais uma vez, a resposta é desenganadamente negativa.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 9 “Além disso, e como destacou Daniel Sarmento e Aline Osório, esse pragmatismo empresarial objetiva também evitar ‘represálias políticas’, que podem acarretar a perda de concessões e benefícios concedidos pelo Estado. Nesse sentido, os dois juristas, reportando-se ao estudo ‘*Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*’, sustentam ‘que mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição’. (SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Eleições, dinheiro e democracia*: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais, 2013. p. 5; ver também ABRAMO, Claudio Weber. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*, 2003. Transparência Brasil, 2004).” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 10 Lei 9.504/1997: “Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiro; II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III – concessionário ou permissionário de serviço público; IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V – entidade de utilidade pública; VI – entidade de classe ou sindical; VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior. VIII – entidades beneficentes e religiosas; IX – entidades esportivas; X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos; XI – organizações da sociedade civil de interesse público. XII – (VETADO).”
- 11 “Como bem explica Robert Alexy, ‘a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado legal de igualdade como um princípio de igualdade, que *prima facie* exige tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos’. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008). No caso, porém, ocorre justamente o oposto: se o *telos* que orienta a norma proibitiva for evitar o surgimento de relações promíscuas entre as referidas entidades e o sistema político, deveria *a fortiori* ser proscrita qualquer doação por empresas privadas.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)
- 12 “Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiro; II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III – concessionário ou permissionário de serviço público; IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V – entidade de utilidade pública; VI – entidade de classe ou sindical; VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior. VIII –

entidades beneficentes e religiosas; IX – entidades esportivas; X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos; XI – organizações da sociedade civil de interesse público. XII – (VETADO).”

- 13** “Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: (...) Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009).”
- 14** Renumerado para art. 24, § 1º, por força do art. 2º da Lei 13.165/2013.
- 15** “Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. (Revogado pela Lei n. 13.165, de 29-9-2015) § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. (Revogado pela Lei n. 13.165, de 29-9-2015).”
- 16** “Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiros; II – autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38; III – autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais; IV – entidade de classe ou sindical.”
- 17** “Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: (...) III – doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;”
- 18** “Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos. (...) § 5º Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas e jurídicas, observando-se o disposto no § 1º do art. 23, no art. 24 e no § 1º do art. 81 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009).”
- 19** “Art. 23. A partir do registro dos comitês financeiros, pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (redação originária) § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; (Revogado pela Lei n. 13.165, de 29-9-2015) II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta Lei. (Revogado pela Lei n. 13.165, de 29-9-2015).”
- 20** Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos. (...) § 5º Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão

aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas e jurídicas, observando-se o disposto no § 1º do art. 23, no art. 24 e no § 1º do art. 81 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

- 21 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

TJ/SP: audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015

O artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹ legitimou a audiência de custódia no Brasil e sustou os efeitos da legislação ordinária com ele conflitante devido ao seu *status* supralegal.

Os tratados sobre direitos humanos, salvo quando aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal², possuem caráter supralegal no ordenamento jurídico brasileiro³. Esse é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A par disso, a apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia de proteção ao direito fundamental de liberdade, garantido pelo *habeas corpus*⁴.

A essência desse remédio constitucional está no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual foi preso e em que condições se encontra encarcerado.

Dessa forma, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, ocasião na qual o juiz apreciará a legalidade da prisão. O CPP, inclusive, consagra esse procedimento no art. 656⁵. Tal regra, embora pouco usada na prática forense, é fundamental.

É constitucional o ato normativo editado por tribunal de justiça que determina a apresentação de pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar de audiência de custódia.

As disposições impugnadas são normas estritamente regulamentadoras do procedimento de *habeas corpus* instaurado perante o juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente.

O ato normativo impugnado observou os princípios da legalidade (CF, art. 5º, II) e da reserva de lei federal em matéria processual (CF, art. 22, I). Não foi ele, portanto, que criou obrigações, mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o CPP, os quais, por força dos arts. 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los.

Não houve, por parte da norma em comento, nenhuma extrapolção daquilo que já consta da Convenção Americana e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos. Assim, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Por fim, o provimento hostilezado veicula comandos de organização administrativa interna do TJ/SP, no exercício da prerrogativa outorgada pelo art. 96, I, *a*, da Constituição Federal.

ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 20-8-2015, acórdão publicado no *DJE* de 1º-2-2016

(*Informativo 795*, Plenário)

- 1 “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”
- 2 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”
- 3 “Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do *Código Civil* de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo *Código Civil* (Lei 10.406/2002).” (RE 349.703, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, *DJE* de 5-6-2009)
- 4 CPP, arts. 647 e seguintes.
- 5 “Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.”

Constituição estadual e separação de poderes

Embora as regras básicas do processo legislativo presentes na Constituição Federal sejam de observância mandatória para as ordens jurídicas locais¹, as constituições estaduais devem se ater à estrita reprodução do texto federal somente em relação às normas de cunho substantivo.

As assembleias constituintes estaduais não são submetidas a uma completa interdição na disciplina das regras gerais de funcionamento da Administração local. Assim, a Constituição estadual pode dispor a respeito do funcionamento da respectiva Administração Pública desde que:

- a) respeitadas as linhas básicas que regem a relação entre poderes na Federação, em especial, as regras de reserva de iniciativa; e
- b) o parlamento local não suprima do governador de Estado a possibilidade de exercício de uma opção política legítima entre aquelas contidas na sua faixa de competências típicas.

Diante disso, é constitucional o art. 77, XXIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual “ressalvada a legislação federal aplicável, ao servidor público estadual é proibido substituir, sob qualquer pretexto, trabalhadores de empresas privadas em greve”.

O dispositivo impugnado não retira do governador do Estado uma alternativa viável de aproveitamento dos servidores locais. Apenas proíbe que a substituição dos grevistas venha a ser implementada para servir a pretextos outros, que não a emergência.

Não obstante o preceito esteja relacionado ao funcionamento da Administração local², não se sobrepõe ao campo de discricionariedade política que a Constituição Federal reserva, com exclusividade, à iniciativa do governador. Tampouco a regra dá à Administração local configuração definitiva em desacordo com o texto federal.

O conteúdo da norma apenas veda a substituição de trabalhadores grevistas por servidores públicos, coibindo a institucionalização do desvio de função como prática a frustrar o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

ADI 232, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 5-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-8-2015*.

(*Informativo 793*, Plenário)

- 1 CF/1988: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”
- 2 Sobre a impossibilidade de as Constituições estaduais versarem sobre as matérias contidas no art. 61, § 1º, II, *a, c e e*, da Constituição Federal, conferir: ADI 243, rel. orig. min. Octavio Gallotti, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, j. 5-10-2001, *DJ de 29-11-2002*; ADI 227, rel. min. Maurício Corrêa, P, j. 19-11-1997, *DJ de 18-5-2001*; ADI 2.931, rel. min. Carlos Britto, P, j. 24-2-2005, *DJ de 29-9-2006*; e ADI 1.448, rel. orig. min. Maurício Corrêa, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P, j. 16-8-2007, *DJ de 11-10-2007*.

Emenda parlamentar e pertinência temática

São permitidas as emendas aditivas aos projetos de lei de iniciativa restrita¹ desde que:

- i) seja guardada a pertinência temática, isto é, não são aceitáveis emendas que desfigurem a proposição inicial ou que nela insiram matéria diversa; e**
- ii) não importem aumento de despesa, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166 da Carta de 1988, conforme preconiza o art. 63 da Constituição Federal.**

! O projeto, de iniciativa do governador (CF, art. 61, § 1º, II, *a*), visava à criação de funções comissionadas na Secretaria de Estado de Educação, Ciência e Tecnologia. Entretanto, a assembleia legislativa aprovou emenda aditiva que impunha ao governador o reenquadramento de servidores do Instituto de Previdência estadual.

Não bastasse o vício formal, aplica-se ao caso o Enunciado 685 da Súmula do Supremo Tribunal Federal².

Por conseguinte, foi declarado inconstitucional o art. 2º da **Lei Complementar 376/2007** do Estado de Santa Catarina.

ADI 3.926, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 15-9-2015*.

(*Informativo 793*, Plenário)

¹ CF/1988: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”

- 2 “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

ADI: extinção de cargo de escrivão judiciário e competência dos Estados-Membros

O Estado-Membro pode, mediante lei ordinária, extinguir o cargo de escrivão judiciário, substituindo-o por função de confiança.

! O vínculo funcional entre esse servidor público e os entes federados é de natureza administrativa e se insere na autoadministração garantida pelo Pacto Federativo a todas as esferas governamentais.^{1 e 2}

A extinção do cargo de escrivão judiciário não configura incursão indevida na esfera de competência da União para legislar sobre Direito Processual³.

! As normas de organização judiciária diferem ontologicamente das de natureza processual. Aquelas “cuidam da administração da justiça e das leis de processo da atuação da justiça”⁴ ou, ainda, “disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional”⁵. Estas, das “leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’”⁶.

A exigência de que a lei estabeleça critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável⁷ somente se aplica à vacância de cargo público e apenas nas estritas hipóteses da Constituição.^{8 e 9} Não constitui, portanto, qualquer óbice à extinção de cargo público por lei.

! A vacância do cargo público não se confunde com a sua extinção. Enquanto a primeira significa a saída do servidor do cargo que ocupava, a última é a eliminação de um núcleo de atribuições e responsabilidades na estrutura organizacional da Administração Pública.

Diante disso, reconheceu-se a constitucionalidade do art. 2º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei 7.971/2005, do Estado do Espírito Santo, que extingue o cargo de escrivão judiciário e cria, em seu lugar, função de confiança para o exercício de atividades de direção, chefia e assessoramento, por servidor público ocupante de cargo efetivo.

ADI 3.711, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-8-2015, acórdão publicado no *DJE* de 24-8-2015.

(*Informativo 793*, Plenário)

- 1 CF/1988: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”
- 2 CF/1988: “Art. 96. Compete privativamente: (...) II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: (...) b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;”
- 3 CF/1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”
- 4 Organização judiciária e processo. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 1, ano 1, p. 20-21, jan./jun. 1960.
- 5 Idem.
- 6 Ibidem.
- 7 CF/1988: “Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.”
- 8 CF/1988: “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (...) III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”
- 9 CF/1988: “Art. 169. “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (...) § 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.”

Remuneração de servidor público e vício formal

São inconstitucionais as alterações efetuadas em projetos de lei de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo quando resultarem em aumento de despesa, bem como quando forem desprovidas de pertinência material com o objeto original da iniciativa normativa submetida a cláusula de reserva¹.

Embora o poder de apresentar emendas alcance as matérias de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, a atuação parlamentar na elaboração dessas normas encontra limitações no art. 2º da Constituição Federal (separação dos Poderes^{2 e 3}) e no art. 63, I, da Constituição Federal⁴ (vedação de emendas que acarretem aumento de despesas).

Assim, é inconstitucional o art. 3º da *Lei 15.215/2010* do Estado de Santa Catarina, que dispunha sobre a criação de gratificações para os servidores da Procuradoria-Geral do Estado, da Secretaria de Estado da Administração e do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina.

ADI 4.433, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 18-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 2-10-2015*.

(*Informativo 790, Plenário*)

¹ ADI 2.681 MC, rel. min. Celso de Mello, P, j. 11-9-2002, *DJE de 25-10-2013*.

² “Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 4º e 5º da *Lei 9.265*, de 13 de junho de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul. Tratando-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua. Não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, não se estendendo ele a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo pelo Executivo e que digam respeito a matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 4º e 5º da *Lei 9.265*, de 13 de junho de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul.” (Ementa da ADI 546, rel. min. Moreira Alves, P, j. 11-3-1999, *DJ de 14-4-2000*.)

³ “Senhor Presidente, quanto ao art. 4º da *Lei 9.265/1991*, entendo que, efetivamente, não cabe ao Legislativo constranger o Executivo ao uso de sua iniciativa privativa, sobretudo quando não se trata de um mandato constitucional de legislar, mas de uma opção política que a Constituição lhe reservou. Quanto ao art. 5º, na ADIN 1.440, de Santa Catarina – salvo engano –, expendi as razões pelas quais entendo competente o Estado para, mediante lei, conceder esta *soi-disant* anistia de faltas funcionais. Não me parece cuidar-se de regime jurídico do funcionalismo público. No caso, o

eminente relator trouxe um outro argumento, o de que a emenda de que nasceu essa 'anistia' (...) não guardava pertinência com o objeto do projeto inicial de iniciativa do Governador. É certo. Mas, a meu ver, essa restrição só tem razão de ser quando o conteúdo emenda também é matéria compreendida na reserva de iniciativa do Governador. Quando, ao contrário, ela é – e assim a entendo na espécie – de livre iniciativa do próprio órgão legislativo, não há cogitar do requisito da pertinência, porque o Legislativo mesmo poderia fazer dela objeto de proposição de lei independente. Com essas considerações, julgo improcedente a ação quanto ao art. 5º.” (Trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI 546, rel. min. Moreira Alves, P, j. 11-3-1999, *DJ de 14-4-2000.*)

- 4 “Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º.”

Lei orgânica da polícia civil e modelo federal

A previsão, na Constituição estadual, de que a regulamentação da polícia civil será feita mediante lei complementar não conflita com a Constituição Federal.

Trata-se de matéria para a qual a Constituição prevê a competência legislativa concorrente (CF, art. 24, XVI¹). Nesse sentido, é razoável que a Constituição estadual possa exigir aprovação legislativa mais qualificada para determinados temas de sua escolha.

Logo, é constitucional o inciso X do parágrafo único do art. 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro², que confere *status* de lei complementar à Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado-Membro.

ADI 2.314, rel. orig. min. Joaquim Barbosa, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 7-10-2015*.

(*Informativo 790, Plenário*)

- 1 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.”
- 2 “Art. 118. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta e receberão numeração distinta das leis ordinárias. Parágrafo único. Considerar-se-ão leis complementares, entre outras previstas nesta Constituição: (...) X – Lei Orgânica da Polícia Civil.”

Biografias: autorização prévia e liberdade de expressão

Em obras biográficas literárias ou audiovisuais, é inexigível o consentimento da pessoa biografada, sendo igualmente desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes.

- ▶ Nesses casos, a liberdade de pensamento e de sua expressão prevalece quando
- compatibilizada com a inviolabilidade da vida privada.

A Constituição assegura como direitos fundamentais a liberdade de pensamento e de sua expressão, e a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural. Além disso, garante o direito de acesso à informação e o de pesquisa acadêmica, para o qual a biografia é fonte fecunda. Ao mesmo tempo, proíbe a censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem.

A Constituição garante, também, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa. No entanto, não se pode admitir que o direito de expressão, pensamento e criação seja tolhido pelo desejo do biografado de não ter a obra publicada. Afinal, deve-se levar em conta que o valor histórico da biografia de pessoas notórias diz respeito a toda a coletividade.

A legislação infraconstitucional não pode amesquinhar ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício de liberdades de maneira diversa da constitucionalmente fixada. Nesse sentido, embora os arts. 20¹ e 21² do Código Civil produzam legítima ponderação em favor dos direitos da personalidade e em desfavor da liberdade de expressão, esta deve sobressair.

O pluralismo de pensamento é um dos fundamentos estruturantes do Estado de Direito. A garantia do dissenso é condição essencial à formação de opinião pública livre, em face do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais.

Num país com histórico de graves episódios de censura, a liberdade de expressão deve ser sempre reafirmada para que eventos como esses não se repitam. Quaisquer manifestações de cerceamento de liberdade de expressão devem sofrer forte suspeição e escrutínio rigoroso. Como consequência de se estabelecer a prevalência da liberdade de expressão, ocorre a transferência do ônus argumentativo. Cabe àquele que pretenda cerceá-la demonstrar as suas razões.

Além disso, a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento histórico, o avanço social e a conservação da memória nacional. Ela é pressuposto não só para a democracia, mas também para o exercício dos outros direitos fundamentais.

Vale ressaltar que apenas pessoas notórias são biografadas e que a reserva de privacidade delas diminui à medida que a notoriedade cresce. A pessoa com visibilidade social desperta o interesse do cidadão comum, e cabe a terceiro revelar o respectivo perfil. Dessa forma, pode-se considerar que escrever biografia mediante autorização prévia não é biografar, mas criar publicidade.

Ainda que se trate de valor em si relevante para a democracia, a liberdade de expressão não significa necessariamente a prevalência da verdade ou da justiça. Há sempre a possibilidade de existirem várias versões sobre um mesmo fato histórico, de modo que controlar biografias implica tentar controlar a história.

Posto isso, é vedada a exigência de censura prévia ou de licença para obra biográfica, de forma que qualquer intervenção jurisdicional nessa seara há de processar-se sempre *a posteriori*.

Assim, se a informação sobre determinado fato tiver sido obtida por meios ilícitos, isso pode comprometer a legítima divulgação da obra. Da mesma forma, a mentira dolosa, com o intuito de fazer mal a alguém, também pode ser fundamento para considerar-se ilegítima a divulgação de um fato. Essas transgressões são reparáveis por meio de indenização. Também é possível reparar eventual dano sofrido exigindo-se a publicação de nova obra, com correção, a funcionar como exercício do direito de resposta.

Diante do exposto, os arts. 20 e 21 do Código Civil receberam interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, e de produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Também é desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes.

ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-6-2015, acórdão publicado no *DJE* de 26-6-2015.

(*Informativo 789*, Plenário)

- 1 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou

a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

- 2 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Norma estadual e princípio da simetria

A observância da simetria não significa que cabe ao constituinte estadual apenas copiar as normas federais.

! O fato de o constituinte federal não haver expressamente dirigido determinadas vedações ao presidente e ao vice-presidente da República não impede o constituinte estadual de o fazer com relação aos mandatários locais.

Assim, observa-se que o estabelecimento de restrições a certas atividades ao vice-governador, visando preservar a sua incolumidade política, é matéria que o Estado-Membro pode desenvolver no exercício da sua autonomia constitucional, pois não há na Constituição Federal princípio que o impeça.

A ausência de norma expressa na Carta da República sobre impedimentos do presidente e do vice-presidente não pode ser vista como um princípio constitucional a proibir que os Estados deliberem sobre hipóteses de incompatibilidade para o governador e o vice-governador¹.

Por conseguinte, foi reconhecida a constitucionalidade da expressão “e ao vice-governador”, constante do art. 65² da Constituição do Estado do Mato Grosso. ADI 253, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 17-6-2015*.

(*Informativo 787, Plenário*)

- 1 Precedentes citados: ADI 331, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 3-4-2014, *DJE de 2-5-2014*; e ADI 4.298 MC, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 7-10-2009, *DJE de 27-11-2009*.
- 2 “Art. 65. Aplicam-se ao Governador e ao Vice-Governador, no que couber, as proibições e impedimentos estabelecidos para os Deputados Estaduais.”

Fies e alteração retroativa de regras

É juridicamente plausível a tese de violação à segurança jurídica na aplicação retroativa do art. 19¹ da Portaria Normativa MEC 10/2010, com a redação dada pela Portaria Normativa MEC 21/2014. Assim, não se aplica a norma nova aos estudantes que: a) postularam a renovação de seus contratos; e b) requereram sua inscrição no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES) até 29-3-2015.

É assegurado a esses dois grupos de estudantes o direito a que seus pedidos sejam apreciados com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Da mesma forma, não é válida a aplicação retroativa dessas regras aos estudantes já beneficiários do financiamento, sob pena de muitos universitários serem obrigados a interromper os estudos.

Por outro lado, os estudantes que requereram sua inscrição após 29-3-2015 se submetem às exigências de desempenho mínimo contidas na Portaria Normativa MEC 21/2014.

É legítimo, portanto, o novo critério objetivo adotado pela portaria, visto o escasso número de vagas e o grande contingente de postulantes. Nessa hipótese, aqueles que não requereram sua inscrição no mencionado programa de financiamento não podem alegar expectativa de direito, porque a adesão ao modelo ou a pretensão de ser regido por determinadas regras apenas se caracteriza no momento da inscrição.

As regras do Fies são explícitas: uma vez concluída a inscrição, o órgão gestor verifica a disponibilidade de recursos para deferir ou não o ingresso daquele indivíduo. Desse modo, não estaria caracterizado direito adquirido ou violação de segurança jurídica a quem não tivesse se inscrito.

Os candidatos que comprovarem a tentativa de entrar no sistema dentro do prazo e o insucesso em se inscreverem, por falhas no sistema eletrônico, têm direito à inscrição no Fies. No entanto, esse direito não significa a obtenção automática do financiamento, o qual deve observar os demais requisitos legais.

ADPF 341 MC-REFF, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 27-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-6-2010*.

(*Informativo 787*, Plenário)

- 1 O dispositivo impugnado dispõe sobre procedimentos para inscrição e contratação de financiamento estudantil a ser concedido pelo Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

Sistema majoritário e fidelidade partidária

A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

! A dinâmica do sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, é diversa da que ocorre no sistema proporcional¹. As características daquele², com ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*).

Como a regra aplicável é a da maioria de votos e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito é o mais bem votado. Logo, não é necessário impor a fidelidade partidária como medida para preservar a vontade do eleitor.

Nesse sentido, no sistema majoritário, a imposição da perda do mandato por infidelidade partidária é antagônica à soberania popular, uma vez que nos pleitos dessa natureza os eleitores votam em candidatos e não em partidos (CF, art. 77, § 2º).

Foi declarada, portanto, a inconstitucionalidade do termo “ou vice”, constante do art. 1.032, e da expressão “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, constante do art. 1.333, ambos da Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral.

Por outro lado, o termo “suplente”, constante do citado art. 10, recebeu interpretação conforme à Constituição, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.

ADI 5.081, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 27-5-2015, acórdão publicado no DJE de 19-8-2015.

(Informativo 787, Plenário)

1 O sistema proporcional, adotado para eleição de vereador, deputado estadual e deputado federal, contempla os partidos políticos. O número de cadeiras que cada um deles tem na Casa Legislativa está relacionado à votação obtida na circunscrição. No sistema de lista aberta, em vigor no Brasil, o eleitor escolhe um candidato do partido, sem ordem predeterminada. A ordem das cadeiras é ditada pela votação que os candidatos, individualmente, obtenham. Porém, o sucesso individual depende impreterivelmente da quantidade de votos recebida pelo partido a que seja filiado (quociente partidário). Esse sistema apresenta várias disfunções, tais como o custo elevado de campanha e o fato de cerca de apenas 7% dos candidatos serem eleitos. A Constituição optou por desenho institucional que fortalecesse os partidos políticos, inclusive mediante a criação do fundo partidário e da garantia

do acesso gratuito ao rádio e à televisão (CF, art. 17, § 3º). Esse cenário, somado à possibilidade de criação de coligações nas eleições proporcionais, permite que partidos sem densidade mínima para atingir o quociente eleitoral consigam representatividade. Assim, há multiplicidade de partidos, a destacar as chamadas “legendas de aluguel”, existentes somente para obter dinheiro do fundo partidário e acesso aos meios de comunicação. A política fica afastada do interesse público e se torna negócio privado. Nesse contexto, surgiu a tradição de infidelidade partidária, a culminar em posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (MS 26.602, rel. min. Eros Grau, P, j. 3-10-2007, *DJE de 17-10-2008*; MS 26.603, rel. min. Celso de Mello, P, j. 4-10-2007, *DJE de 19-12-2008*; e MS 26.604, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 4-10-2007, *DJE de 3-10-2008*).

- 2 O sistema majoritário, utilizado para eleição de prefeito, governador, senador e presidente da República, contempla o candidato que obtiver o maior número de votos. A votação dos demais candidatos é desconsiderada.

EC 88/2015 e aposentadoria compulsória

Há evidência de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da separação de poderes, na determinação de que ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União (TCU) submetam-se a nova sabatina perante o Senado Federal para que possam permanecer no cargo até os 75 anos de idade.

! Esse princípio, também inscrito como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal, revela-se incompatível com arranjos institucionais que comprometam a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário. Tais preceitos são necessários à garantia da justiça e do Estado Democrático de Direito.

O exercício imparcial da jurisdição correria risco quando o julgador, para permanecer no cargo, carecesse da confiança política do Poder Legislativo, cujos atos seriam muitas vezes questionados perante aquele mesmo julgador.

Em virtude disso, suspendeu-se a eficácia¹ da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal”, contida no art. 100 do ADCT, introduzido pela [Emenda Constitucional 88/2015](#), que sujeitava a permanência no cargo, até os 75 anos de idade, de magistrados do STF, dos tribunais superiores e de membros do TCU à confiança política do Poder Legislativo.

No tocante à aposentadoria compulsória de magistrados, a nova regulamentação do tema é reservada a lei complementar nacional, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

! A carreira da magistratura é nacional. Assim, independentemente da instância em que atuem, os magistrados estão submetidos a um mesmo regime jurídico, dado que integram uma única carreira.

Assim, nos termos da regra expressa contida no art. 93, VI, da Constituição da República, não há que falar em interesse local ou mesmo em qualquer singularidade que justifique a atuação legiferante estadual em detrimento da uniformização nacional.

Os princípios da unidade do Poder Judiciário nacional e da isonomia são compatíveis com a existência de regra de aposentadoria específica para integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos tribunais superiores, cujos cargos também apresentam peculiaridades para o seu provimento.

! Os referidos princípios vedam apenas distinções arbitrárias. Assim, é constitucionalmente possível que haja diferenciações pontuais entre os cargos da magistratura, especialmente quanto às condições para o seu provimento e vacância, visto que o ingresso no cargo de ministro de tribunal superior, ou do Tribunal de Contas da União (TCU), decorre da aprovação em sabatina e é exaurida em evidente processo político com notória peculiaridade.

Ademais, as funções desempenhadas pelos destinatários atingidos pelo art. 100 do ADCT são técnicas, mas de resplandecente repercussão política, social e econômica, o que legitima o estabelecimento de critérios distintos daqueles dispensados aos demais agentes públicos.

A mencionada distinção consubstancia fundamento razoável para a existência de regra de transição exclusiva para os magistrados do STF e dos tribunais superiores, bem como para os membros do TCU sabatinados em relação à futura vacância do cargo oriunda da aposentadoria compulsória. Nesse sentido, a diferenciação não alcança o cerne fundamental do regime jurídico da magistratura, mas apenas o momento a partir do qual há compulsoriedade da aposentadoria.

A distinção de tratamento dispensada pelo art. 100 do ADCT é legítima e materialmente constitucional, portanto. Além disso, por não ofender o princípio da isonomia, deve ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Em relação aos demais servidores públicos, a nova regra do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal condicionou a postergação da aposentadoria compulsória à edição de lei complementar. Por isso, não cabe a qualquer órgão do Poder Judiciário estender aos demais agentes públicos a possibilidade prevista exclusivamente aos ocupantes dos cargos mencionados no art. 100 do ADCT.

! Pela redação atual do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, a aposentadoria compulsória do servidor público ocorre, em regra, aos 70 anos, embora seja pos-

sível a extensão desse limite para os 75 anos segundo critérios a serem fixados em lei complementar.

Nesse sentido, o art. 100 do ADCT cumpre provisoriamente o papel da lei complementar indicada na nova redação do art. 40 da Constituição, esclarecendo que, provisoriamente e quanto aos agentes públicos ali mencionados, as condições de permanência até os 75 anos seriam idênticas àquelas de ingresso. O aludido preceito permitiu, também, que os ministros do STF, dos tribunais superiores e do TCU se aposentem compulsoriamente aos 75 anos de idade.

Logo, declara-se sem efeito todo pronunciamento judicial ou administrativo que afaste, amplie ou reduza a literalidade do comando previsto no art. 100 do ADCT e, com base nesse fundamento, assegure a qualquer agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo ou vitalício após ter completado 70 anos de idade.

A cumulação simples de pedidos típicos de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC/1973, art. 292).

! “A natureza dúplice das ações de controle concentrado evidencia, destarte, que qualquer delas é, ao mesmo tempo, instrumento para afirmação do direito, quando se declara a constitucionalidade de suas normas, e de ‘autopurificação’ do direito, quando declara a sua inconstitucionalidade”².

A cumulação objetiva fortalece a aptidão para viabilizar finalidades materiais que são externas ao processo na medida em que permite o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre si. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente.

Por outro lado, rejeitar a possibilidade de cumulação de ações – além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999 – apenas ensejaria a propositura de uma nova demanda com pedido e fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como costuma ocorrer em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma³.

Os legitimados para instaurar a jurisdição abstrata são os mesmos agentes listados no art. 103 da Constituição. Por isso, é possível que, quanto a certo ato normativo, tenham interesses simultâneos em impugnar algum dispositivo e chancelar outro.

Tanto o atual CPC (*Lei 5.869/1973*, art. 292) quanto o novo CPC (*Lei 13.105/2015*, art. 327) preveem três requisitos autorizadores da cumulação de ações, quais sejam: i) a compatibilidade entre os pedidos, ii) a competência do juízo para todos e iii) a identidade procedimental.

Por fim, é aplicável à espécie o CPC, na medida em que fixa balizas claras e compatíveis com o rito da *Lei 9.868/1999* para a aplicação do instituto.

ADI 5.316 MC, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21-5-2015, acórdão publicado no DJE de 6-8-2015.

(Informativo 786, Plenário)

- 1 Conclusões assentadas em sede de medida cautelar.
- 2 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 48.
- 3 ADC 27 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 5-2-2015, *DJE de 11-3-2015*; ADI 4.437, rel. min. Marco Aurélio, P, pendente de julgamento; ADC 30, rel. min. Luiz Fux, P, 16-2-2012, *DJE de 29-6-2012*; ADI 4.578, rel. min. Luiz Fux, P, j. 16-2-2012, *DJE de 29-6-2012*; ADC 37, rel. min. Gilmar Mendes, P, pendente de julgamento; e ADI 5.129, rel. min. Gilmar Mendes, P, pendente de julgamento.

Processo legislativo: quórum qualificado e votação simbólica

É constitucional a aprovação de lei complementar por meio de votação simbólica¹.

! A votação simbólica, além de estar de acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados² então em vigor, permite ao deputado que tenha dúvida quanto ao resultado proclamado pedir verificação de votação imediata.

Ainda que não se possa aferir o número exato de votos alcançados na votação simbólica, não houve notícia de utilização da prerrogativa de verificação imediata, o que revela a inexistência de dúvida sobre a formação da maioria absoluta. Além disso, não é possível afirmar o desrespeito ao quórum qualificado apenas porque adotada a votação simbólica.

Embora o art. 50 da Constituição pretérita³ estabelecesse que as leis complementares somente seriam aprovadas se obtivessem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso, não se pode supor que teria sido ignorada a exigência do quórum qualificado, em franco desrespeito à Constituição.

Ressalte-se que a alegação de inconstitucionalidade não teria por fundamento o chamado voto de liderança ou a participação somente dos líderes na votação. Afinal, a lei complementar em discussão não foi aprovada apenas com a participação dos líderes.

Assim, reconheceu-se a constitucionalidade da **Lei Complementar 56/1987** – revogada pela Lei Complementar 116/2003 –, que versava sobre ISS e que foi aprovada por votação simbólica.

RE 254.559, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no DJE de 17-6-2015.

(Informativo 786, Plenário)

¹ “Por abreviar o processo em demasia, com o risco de os votantes não terem conhecimento pleno do tema em deliberação, a votação simbólica, em que os parlamentares favoráveis a determinada proposição devem permanecer tal qual se encontrem – sentados –, é passível de críticas. Tanto que, atualmente, nenhuma das Casas que compõem o Congresso Nacional a utiliza quando estão em jogo matérias que reclamam quórum especial, conforme se infere dos arts. 186 e 294 dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento).

- 2 “Art. 185. Pelo processo simbólico, que será utilizado na votação das proposições em geral, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecer sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos. § 1º Havendo votação divergente, o Presidente consultará o Plenário se há dúvida quanto ao resultado proclamado, assegurando a oportunidade de formular-se pedido de verificação de votação.”
- 3 “Art. 50. As leis complementares somente serão aprovadas, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.”

Serviço notarial e de registro: concurso público e princípio da isonomia

Em concurso público, reconhece-se violado o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) quando é considerado título o mero exercício de cargo ou função pública ou é valorizado excessivamente o desempenho de atividades relacionadas àquelas inerentes aos cargos em disputa no certame.

! Nessas hipóteses, cria-se privilégio a determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais¹, de forma que a disciplina do assunto pode revelar diferenciação arbitrária.

Deve-se fazer, ainda, distinção entre os concursos de ingresso e os de remoção. Nestes, só não pode ser levado em conta o tempo de serviço notarial anterior ao ingresso na atividade². Em tais casos, a consideração do tempo de serviço tem como marco inicial a assunção do cargo mediante o concurso, sem que isso implique violação ao princípio da isonomia.

Em virtude disso, declarou-se a inconstitucionalidade do inciso I e da expressão “e apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais”, constante do inciso II, ambos do art. 17 da Lei 12.919/1998 do Estado de Minas Gerais³, que dispõe sobre os concursos de ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado-Membro.

Por fim, modularam-se os efeitos da decisão, para que a declaração de inconstitucionalidade só tenha efeitos a partir de 8-2-2006, data da concessão da medida acauteladora.

ADI 3.580, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no DJE de 3-8-2015.

(Informativo 786, Plenário)

¹ ADI 3.522, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 2-8-2010, *DJE de 20-8-2010*; ADI 3.443, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 8-9-2005, *DJ de 23-9-2005*; e ADI 2.210 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 28-9-2000, *DJ de 24-5-2002*.

² ADI 3.522 ED, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 2-8-2010, *DJE de 20-8-2010*.

³ “Art. 17. O candidato não eliminado nas provas de conhecimento poderá apresentar títulos, considerando-se como tais os seguintes: I – tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial ou de registro; II – trabalhos jurídicos publicados, de autoria única, e apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais;”

ADI e norma antinepotismo

Não há vedação para que o servidor público – admitido mediante prévia aprovação em concurso público e ocupante de cargo de provimento efetivo – sirva sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.

! A norma antinepotismo deve incidir apenas sobre cargos em comissão, funções gratificadas e cargos de direção e assessoramento. Do contrário, essa proibição poderia inibir o provimento dos cargos de caráter efetivo, situação na qual ocorreria violação ao art. 37, I e II, da [Constituição Federal](#), que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público.

No caso, o inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo estabelece ser “vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil”. Tal dispositivo recebeu interpretação conforme à Constituição, no sentido de somente ser válido quando incidir sobre cargos de provimento em comissão, função gratificada e cargos de direção e assessoramento.

ADI 524, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no [DJE de 5-6-2015](#).

([Informativo 786](#), Plenário)

ICMS: combustíveis e bitributação

Em matéria tributária, convênios firmados pelos Estados-Membros não podem determinar, a título de estorno de crédito, novo recolhimento de ICMS sem que haja lei autorizativa.

- ! Isso implica inovação na ordem jurídica, por meio de convênio, pois transmuda
- a medida escritural de anulação de um crédito em obrigação de pagar.

Determinar novo recolhimento de valor acarreta bitributação não autorizada constitucionalmente, violando o disposto nos arts. 145, § 1º; 150, I; e 155, § 2º, I, e § 5º, da Constituição Federal. Além disso, apenas as matérias especificadas no § 4º do art. 155 da Constituição Federal são passíveis de tratamento via convênio.

Por isso, são inconstitucionais os §§ 10 e 11 da cláusula vigésima primeira do Convênio ICMS 110/2007¹, com a redação conferida pelo Convênio ICMS 136/2008, que estabelecem nova obrigação aos contribuintes que efetuem operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com álcool AEAC ou da mistura de óleo diesel com Biodiesel B100.

Modularam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que produza efeitos a partir de seis meses após a publicação do acórdão.

ADI 4.171, rel. orig. min. Ellen Gracie, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 21-8-2015*.

(*Informativo 786*, Plenário)

¹ “Cláusula vigésima primeira. (...) § 10. Os contribuintes que efetuem operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC ou B100 contido na mistura. § 11. O estorno a que se refere o § 10 far-se-á pelo recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido ou suspenso que será apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, observado o § 6º da cláusula vigésima quinta.”

Servidores não efetivos e regime de previdência: modulação de efeitos

Somente a partir de 14 de março de 2010, data da conclusão do julgamento da ADI 3.106¹, tornou-se possível a repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais para custeio compulsório da assistência à saúde. Trata-se de benefício fomentado pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores daquele Estado.

! Nos termos da declaração de inconstitucionalidade proferida naquela data, os Estados-Membros não têm competência para incluir os serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica no rol de benefícios de custeio obrigatório pelos servidores públicos estaduais. Eles devem ser financiados pelos servidores interessados mediante o pagamento de contribuição facultativa.

A concessão de efeitos retroativos à decisão do Supremo Tribunal Federal implicaria o dever de devolução, por parte do Estado de Minas Gerais, de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo. Além disso, desconsideraria que serviços médicos, hospitalares, odontológicos, sociais e farmacêuticos foram colocados à disposição dos servidores estaduais para utilização imediata quando necessária. Afinal, ainda que não tenham sido utilizados, os serviços foram disponibilizados, e os custos gerados são, hoje, irrecuperáveis.

ADI 3.106 ED, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no *DJ de 16-3-2007*.

(*Informativo 786, Plenário*)

1 “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 79 e 85 da Lei Complementar 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais. Impugnação da redação original e da redação conferida pela Lei Complementar 70, de 30 de julho de 2003, aos preceitos. IPSEMG. Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores do Estado de Minas Gerais. Benefícios previdenciários e aposentadoria assegurados a servidores não titulares de cargo efetivo. Alegação de violação do disposto no § 13 do art. 40 e no § 1º do art. 149 da Constituição do Brasil. Ação direta julgada parcialmente procedente. 1. Artigo 85, *caput*, da Lei Complementar 64 estabelece que ‘o IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes’. A Constituição de 1988 – art. 149, § 1º – define que ‘os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social’. O preceito viola o

texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão ‘definidos no art. 79’ contida no art. 85, *caput*, da Lei Complementar 64/2002. 2. Os Estados-Membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir. 3. O art. 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde – ‘plano de saúde complementar’. Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo ‘compulsoriamente’ contido no § 4º e no § 5º do art. 85 da Lei Complementar 64/2002, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica. 4. Reconhecida a perda de objeto superveniente em relação ao art. 79 da Lei Complementar 64/2002, na redação conferida pela Lei Complementar 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar 100, de 5 de novembro de 2007, do Estado de Minas Gerais – Art. 14. Fica revogado o art. 79 da Lei Complementar n. 64, de 2002’. 5. Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] da expressão ‘definidos no art. 79’ – art. 85, *caput*, da Lei Complementar 64/2002 (tanto na redação original quanto na redação conferida pela Lei Complementar 70/2003), ambas do Estado de Minas Gerais; [ii] do vocábulo ‘compulsoriamente’ – §§ 4º e 5º do art. 85 (tanto na redação original quanto na redação conferida pela Lei Complementar 70/2003), ambas do Estado de Minas Gerais.” (ADI 3.106, rel. min. Eros Grau, P, j. 14-4-2010, *DJE de 24-9-2010*.)

Norma processual e competência legislativa da União

O Estado-Membro não possui competência legislativa para estabelecer obrigação de efetuar depósito prévio para a interposição de recursos nos juizados especiais cíveis.

! Ao estabelecer disciplina peculiar ao preparo do recurso em questão, o Estado-Membro criou requisito de admissibilidade recursal inexistente na legislação nacional editada pela União. Isso implica usurpação de competência legislativa privativa do poder central (CF, art. 22, I)¹.

Logo, são inconstitucionais os arts. 4º e 12 da *Lei pernambucana 11.404/1996*, que estipulavam, como pressuposto adicional de recorribilidade, a exigência de depósito recursal equivalente a 100% do valor da condenação para efeito de interposição do recurso presente no art. 42, *caput*, da *Lei 9.099/1995*.

ADI 2.699, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-6-2015*.

(*Informativo 786*, Plenário)

¹ Precedente citado: ADI 4.161, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 30-10-2014, *DJE de 10-2-2015*.

Embargos de declaração e modulação de efeitos

Estende-se até o final de dezembro de 2015 o prazo em que vigorarão os efeitos da modulação da decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei Complementar 100/2007 do Estado de Minas Gerais. A norma impugnada tornava titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na Administração Pública sem concurso público, admitidos antes e depois da Constituição de 1988.

! A enorme quantidade de cargos da educação que devem ser providos por concursos (em torno de 80 mil servidores na educação básica) e a complexidade dos trâmites relacionados à implantação dessa providência sinalizam para a inviabilidade de se proceder a todas as substituições até 1º de abril de 2015, quando teria fim o prazo originalmente estipulado na modulação.

Em 2014, ocorreram eleições estaduais e houve sucessão na chefia do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Isso impactou os procedimentos voltados à regularização dos quadros funcionais abrangidos pelo art. 7º da Lei Complementar estadual 100/2007.

Ademais, estando em curso o ano letivo, eventual substituição de um grande número de profissionais da educação repercutiria negativamente no serviço de educação do Estado devido à descontinuidade da metodologia de ensino, em prejuízo dos alunos.

Por outro lado, mantêm-se válidos os efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS. O mencionado ajuste, homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça¹, definiu que seria aplicado aos servidores atingidos pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Complementar 100/2007 o regime próprio de previdência social dos servidores de Minas Gerais, com o recolhimento das contribuições para o mencionado regime, e não para o INSS.

ADI 4.876 ED, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 20-5-2015, acórdão publicado no DJE de 18-8-2015.

(Informativo 786, Plenário)

¹ Recurso Especial 1.135.162, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma.

Defensoria Pública e ação civil pública

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

! Diante de situação que justifique o ajuizamento de ação civil pública, condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da hipossuficiência do público-alvo – conforme determina a *Lei 7.347/1985* – não condiz com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tampouco com a norma do art. 3º da Constituição Federal.

Em um Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o efetivo acesso à Justiça.

Assim, em Estado no qual as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa em razão do desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização de instrumentos que atendam com eficiência às necessidades dos seus cidadãos.

Não se afirma a desnecessidade de a Defensoria Pública observar o preceito do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, reiterado no art. 134 – antes e depois da *Emenda Constitucional 80/2014*. No exercício de sua atribuição constitucional, é necessário averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública.

Entretanto, solução diversa tolhe, sem razões de ordem jurídica, a possibilidade de utilização de importante instrumento processual – a ação civil pública – capaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais de pobres e ricos a partir de iniciativa processual da Defensoria Pública.

Se não fosse suficiente a ausência de vedação constitucional da atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos, inexistente também, na Constituição, norma a assegurar exclusividade, em favor do Ministério Público, para o ajuizamento de ação civil pública.

Por fim, a ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à justiça – Defensoria Pública e Ministério Público – demonstra inexistir prejuízo institucional para a segunda.

ADI 3.943, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 6 e 7-5-2015, acórdão publicado no DJE de 6-8-2015.

(Informativo 784, Plenário)

Publicidade de bebidas alcoólicas e omissão legislativa

Não há omissão do Poder Legislativo – quanto ao art. 220, § 4º, da Constituição Federal¹ – em relação à propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay Lussac (13º GL).

! Ao exercer atribuição conferida pelo poder constituinte originário, o legislador federal aprovou a *Lei 9.294/1996*, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

No parágrafo único do art. 1º da referida norma, estabelece-se que, para efeitos da lei, são consideradas alcoólicas as bebidas potáveis com teor etílico superior a 13º GL. A mera irresignação quanto ao critério fixado no parágrafo único do art. 1º da *Lei 9.294/1996* não é suficiente para evidenciar a alegada omissão inconstitucional, dado que a matéria foi amplamente debatida durante sete anos nas casas do Congresso Nacional².

Para afirmar a omissão inconstitucional na espécie, o Supremo Tribunal Federal teria de analisar a conveniência política de normas legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo. A observância dos princípios da harmonia e da independência entre os Poderes torna impossível, em sede jurisdicional, substituir o legislador e criar norma geral e abstrata³.

Dessa forma, ainda que se considerem relevantes as razões sociais motivadoras da ação direta em apreciação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcoólicas é a observância de princípios fundamentais do Direito Constitucional, como o da separação dos Poderes.

Igualmente, a *Lei 9.294/1996* não contradita a *Lei 11.705/2008*, que instituiu a chamada “Lei Seca” e estabeleceu restrições ao uso de álcool por motoristas.

A discussão, portanto, diz respeito aos limites da publicidade, e não ao teor alcoólico da bebida. Ao disciplinar e restringir a propaganda de produtos com concentração alcoólica superior a 13º Gay Lussac, a *Lei 9.294/1996* não nega o teor alcoólico das bebidas com concentração inferior, mas limita-se a restringir os limites da propaganda. ADO 22, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 782, Plenário*)

- 1 “Art. 220. (...) § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”
- 2 A elaboração da lei em análise foi, inclusive, seguida de: a) aprovação do [Decreto 2.018/1996](#), que a regulamenta; b) instituição da Política Nacional sobre o Álcool, que dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e respectiva associação com a violência e criminalidade, aprovada pelo Decreto 6.117/2007; e c) regulamentação e fiscalização implementadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).
- 3 ADI 1.755, rel. min. Nelson Jobim, P, j. 15-10-1998, *DJ de 18-5-2001*.

Policiais civis e militares do sexo feminino e aposentadoria

Não há omissão inconstitucional relativa à elaboração de lei complementar estadual sobre os critérios diferenciados para aposentadoria de policiais civis do sexo feminino.

! A Lei Complementar 144/2014¹, norma geral editada pela União nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição da República, é aplicável às servidoras de Polícia Civil estadual².

A edição de lei complementar nacional que regulamente o tempo de contribuição para efeito de aposentadoria é impositiva. A matéria exige regramento uniforme, de caráter geral, mediante edição de lei pela União, a fim de evitar criação de regras distintas pelos Estados-Membros para servidores em situações semelhantes. Isso decorre do caráter centralizador da Federação brasileira.

Assim, se a lei complementar federal regulamenta a matéria de forma exaustiva, não pode a lei estadual dispor de modo diverso, sob pena de afrontar as regras de repartição de competência firmadas pela Constituição. Portanto, o pedido de edição de lei estadual para o tema é improcedente e não há omissão inconstitucional.

Não há omissão inconstitucional relativa à elaboração de lei complementar estadual sobre os critérios diferenciados para aposentadoria de policiais militares do sexo feminino.

! O art. 40, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal – parâmetro apontado para o controle de inconstitucionalidade por omissão – não é adequado à pretensão em matéria de aposentadoria especial de policiais militares.

Com o advento da Emenda Constitucional 18/1998 e da Emenda Constitucional 20/1998, os militares foram excluídos do conceito de “servidores públicos” anteriormente concedido pela Constituição. Assim, não haveria vínculo com os servidores civis³.

Dessa forma, de acordo com o § 1º do art. 42 da Constituição Federal⁴, a regra de aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da Constituição Federal é inaplicável ao policial militar estadual⁵. Isso ocorre devido à existência de dois regimes previdenciários distintos: um para os servidores civis e outro para os militares.

Por isso, o art. 40, § 20, da *Constituição Federal* só permite a existência de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

Não há, pois, omissão inconstitucional atribuível a Assembleia Legislativa e a governador de Estado-Membro quanto ao art. 40, §§ 1º e 4º, da *Constituição da República*, porque esses dispositivos constitucionais são inaplicáveis aos militares⁶.

ADO 28, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-4-2015, acórdão publicado no DJE de 3-8-2015.

(Informativo 781, Plenário)

- 1 “Atualiza a ementa e altera o art. 1º da Lei Complementar n. 51, de 20 de dezembro de 1985, que ‘Dispõe sobre a aposentadoria do funcionário policial, nos termos do art. 103, da *Constituição Federal*’, para regulamentar a aposentadoria da mulher servidora policial.”
- 2 “A circunstância de a *Lei Complementar n. 144/2014* ser objeto da ADI 5.129/DF, relator o ministro Gilmar Mendes, não obsta a conclusão agora exposta porque até o julgamento final por este Supremo Tribunal Federal sua constitucionalidade é presumida e sua aplicação permanece hígida no ordenamento jurídico brasileiro.” (Trecho do voto da ministra Cármen Lúcia, no presente julgamento.)
- 3 “A *Emenda Constitucional 18/1998* modificou a Seção III do Capítulo VII do Título III da Constituição, que compreende apenas o art. 42. Determinou que a rubrica da Seção, que era ‘Dos Servidores Públicos Militares’, passasse a ser ‘Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios’. (...) A intenção confessada foi a de tirar dos militares o conceito de ‘servidores públicos’ que a Constituição lhes dava, visando com isso a fugir ao vínculo com os servidores civis, que esta lhes impunha. Sua organização e seu regime jurídico [dos militares], desde a forma de investidura até as formas de inatividade, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis. (...) Este artigo relaciona-se com o art. 144, V, §§ 5º e 6º, que têm a Polícia Militar e os Corpos de Bombeiros Militar como forças públicas destinadas à execução dos serviços de segurança pública.” (SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 377-378.)
- 4 “O art. 42, § 1º, da Constituição da República preceitua: a) o regime previdenciário próprio dos militares, a ser instituído por lei específica estadual; b) não contempla a aplicação de normas relativas aos servidores públicos civis para os militares, ressalvada a norma do art. 40, § 9º, pela qual se reconhece que ‘o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade’. Inaplicabilidade do art. 40, §§ 1º e 4º, da Constituição da República, para os policiais militares. Precedentes.” (Trecho da ementa do presente julgado.)
- 5 ARE 824.832 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 30-9-2014, *DJE de 9-10-2014*; RE 785.239 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 27-5-2014, *DJE de 23-6-2014*; ARE 781.359 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 25-3-2014, *DJE de 23-4-2014*; e Rcl 18.758 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 28-10-2014, *DJE de 13-11-2014*.

- 6 ARE 824.832 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 30-9-2014, *DJE de 9-10-2014*; RE 785.239 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 27-5-2014, *DJE de 23-6-2014*; ARE 781.359 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 25-3-2014, *DJE de 23-4-2014*; Rcl 18.758 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 28-10-2014, *DJE de 13-11-2014*; entre outros.

Organizações sociais e contrato de gestão

O marco legal das organizações sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

! A finalidade de fomento é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Tal avença viabilizará o direcionamento, pelo poder público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, por meio da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

Tendo em vista essas considerações, a Lei 9.637/1998¹ e o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993² receberam interpretação conforme à Constituição, ficando assentado que:

O procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal³, e de acordo com os parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei 9.637/1998⁴.

! O procedimento de qualificação de entidades consiste em etapa inicial e embrionária para que o título jurídico de “organização social” seja deferido, de modo a permitir que o poder público e o particular colaborem na realização de interesse comum.

A atribuição desse título jurídico configura hipótese de credenciamento, em que não há a contraposição de interesses entre os celebrantes.

Entretanto, em relação à qualificação, a previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei 9.637/1998 deve ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). Veda-se, assim, qualquer forma de arbitrariedade.

O indeferimento do pedido de qualificação deve ser pautado pela publicidade, transparência e motivação, além de observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da *Lei 9.637/1998*, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos incisos I a III do dispositivo.

A celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

! O contrato de gestão configura convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam negócio verdadeiramente associativo para o atingimento de objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia.

Assim, ante a falta de feição comutativa e de intuito lucrativo, características do núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, não incide o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI) pela própria natureza jurídica do ato.

Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada exclua, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o poder público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

As hipóteses de dispensa de licitação para contratações (*Lei 8.666/1993*, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (*Lei 9.637/1998*, art. 12, § 3º) devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

! As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da *Lei 8.666/1993* e no art. 12, § 3º, da *Lei 9.637/1998* têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação. Assim, a licitação passa a ser vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a

atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do poder público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais.

O afastamento do certame licitatório, no entanto, não exime o administrador público da observância dos princípios constitucionais. Em consequência, a contratação direta deve se pautar por critérios objetivos e impessoais, com respeito à publicidade, de forma a permitir o acesso de todos os interessados.

Os contratos a serem celebrados pela organização social com terceiros, envolvendo recursos públicos, devem ser conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal. É necessário observar os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e os termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

! As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública. Por essa razão, não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar. Isso consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela lei.

No entanto, o regime jurídico de tais entidades deve ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), em especial, o princípio da impessoalidade, haja vista o recebimento de recursos, de bens e de servidores públicos. Dessa forma, as contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei 9.637/1998, art. 4º, VIII), no qual fixadas regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

A seleção de pessoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

! Os empregados das organizações sociais não são servidores públicos. Trata-se de empregados privados e, por isso, sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente.

Também não se aplica às organizações sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II). Contudo, a seleção de pessoal, tal como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática por meio de procedimento objetivo e impessoal.

Além disso, não há violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem. É desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

Afastam-se quaisquer interpretações que restrinjam o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), da aplicação de verbas públicas.

! O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo TCU (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, art. 127 e seguintes) não é restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei 9.637/1998, porque relativo à estruturação interna da organização social, nem pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

A previsão de percentual de representantes do poder público no conselho de administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

! A intervenção na estrutura da entidade é condicionada e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar. Se não for do interesse de associações e fundações receber os benefícios decorrentes do contrato de gestão, não há qualquer obrigatoriedade de submissão às exigências formais da lei.

ADI 1.923, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 15 e 16-4-2015, acórdão publicado no *DJE* de 17-12-2015.

(*Informativo 781*, Plenário)

- 1 “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.”
- 2 “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”
- 3 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).”
- 4 “Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente.”

Subsídio vitalício a ex-governador

Há indício de inconstitucionalidade em dispositivo de Constituição estadual que estabeleça pagamento de subsídio mensal e vitalício a ex-governador, a título de representação, igual à remuneração do cargo de desembargador do tribunal de justiça do Estado.

! No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados em caráter permanente, por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios.

Ex-governador não é mais agente público. Logo, não se pode cogitar que a Administração Pública lhe pague subsídio mensal e vitalício igual à remuneração do desembargador do tribunal de justiça do Estado.

Tal situação estenderia o subsídio a quem não mais trabalha no Estado e, por isso, não teria razão para ser remunerado, menos ainda em idêntica situação ao governador em exercício.

Além disso, a carência de parâmetro constitucional nacional e a inauguração de padrão normativo estadual em desacordo com os princípios da Constituição da República, especialmente aqueles referentes às regras orçamentárias e aos princípios constitucionais da Administração Pública, evidenciam a relevância jurídica da questão e os gravames jurídicos e sociais que a preservação dos efeitos da norma poderia acarretar.

Em decorrência disso, foi deferida medida cautelar para determinar a suspensão da eficácia do art. 305 da Constituição do Estado do Pará¹ e, por arrastamento, de seu § 1º², até a conclusão do julgamento de mérito da ação direta de inconstitucionalidade.

ADI 4.552 MC, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 9-6-2015*.

(*Informativo 780*, Plenário)

- 1 “Art. 305. Cessada a investidura no cargo de Governador, quem o tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado.”
- 2 “Art. 305. (...) § 1º O pagamento de subsídio estabelecido neste artigo será suspenso durante o período em que o beneficiário estiver no exercício de mandato eletivo ou cargo em comissão, salvo direito de opção.”

ADI e submissão de membros da Administração Pública ao Poder Legislativo¹

O regime jurídico dos servidores do Executivo deve ser disciplinado somente por normas de iniciativa do chefe do respectivo Poder, conforme previsto no art. 61, § 1º, c, da Constituição Federal². Tal entendimento se aplica, inclusive, no caso de emendas à Carta estadual³.

! A inserção, no texto constitucional estadual, de matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo impossibilita que ele se manifeste. Essa é uma decorrência do rito de aprovação das Constituições de Estado e de suas emendas, o qual a exemplo do que se dá no modelo federal, não contempla sanção ou veto da chefia do Executivo.

Nesse sentido, dispositivo de Constituição estadual que dispõe sobre política remuneratória de servidores públicos do Poder Executivo burla a reserva de iniciativa legislativa do tema à chefia do Poder Executivo estadual, à luz do disposto no art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal. Essa norma, de reprodução obrigatória em sede estadual por força do princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º), não pode ser afastada nem mesmo no exercício do poder constituinte decorrente⁴.

A forma de nomeação dos procuradores-gerais dos Estados pode ser definida na Constituição estadual. Entretanto, não pode ser condicionada à prévia aprovação pela Assembleia Legislativa⁵.

! Em virtude de não estar estipulada no art. 132 da Constituição Federal⁶, esse regramento se insere na autonomia de cada Estado⁷.

Porém, tendo em vista que o procurador-geral do Estado é um auxiliar imediato do chefe do Executivo estadual, como os secretários de Estado, a Carta estadual não pode condicionar sua nomeação à prévia aprovação pela Assembleia. Ressalte-se que, no mesmo sentido, o art. 52 do Texto Constitucional não exige que o nome dos ministros de Estado seja submetido ao Senado⁸.

É inconstitucional norma estadual que exija aprovação, pelo Legislativo, dos nomes de diretores ou presidentes de empresas estatais⁹.

! As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Logo, a escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias desse tipo de empresa estatal colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes.

São compatíveis com a Carta Magna normas locais que condicionem a nomeação de dirigentes de autarquias e fundações públicas à aprovação pela Assembleia Legislativa¹⁰.

! A subordinação dos nomes dos dirigentes das autarquias ou fundações públicas estaduais à Assembleia Legislativa local está em consonância com os parâmetros definidos pelo art. 52, III, f, da Constituição Federal¹¹.

É possível submeter à aprovação da Assembleia Legislativa a indicação de defensor público-geral.

! Nesse caso, aplica-se o princípio da simetria, uma vez que o defensor público-geral da União, nomeado pelo presidente da República, também passa por arquiração pública do Senado Federal, de acordo com o § 1º do art. 134 da Constituição Federal¹² e com o art. 6º da *Lei Complementar 80/1994*¹³.

Padece de inconstitucionalidade a determinação da Constituição estadual, dirigida a diversas autoridades, determinando o comparecimento anual à Assembleia Legislativa para a entrega de relatório de atividades e plano de metas para o ano seguinte, a serem referendados em turno único e em votação secreta, ou, em caso de rejeição, estabelecendo o afastamento imediato do titular do cargo.

! A Assembleia Legislativa tem competência para exercer somente o controle direto sobre as contas prestadas pelo governador. Por sua vez, cabe ao tribunal de contas estadual a apreciação relativa aos demais titulares de órgãos e entidades da Administração Pública.

Essa forma de controle genérico estabelecida pelo Legislativo do Estado afronta o modelo de controle externo estabelecido pela Constituição Federal e a simetria que deve existir entre as esferas federal e estadual.

Logo, foi declarada a inconstitucionalidade dos incisos XXXI e XXXII do art. 33 da Constituição do Estado de Roraima¹⁴. Enquanto o primeiro dispõe sobre o afastamento e a nulidade dos atos praticados por pessoas indicadas para certos cargos da alta Administração direta e indireta, caso seus nomes não sejam submetidos à Assembleia Legislativa estadual, o segundo obriga os titulares da Universidade Estadual de Roraima, da Companhia de Água e Esgoto, além de outros membros da Administração Pública, a comparecer anualmente ao Poder Legislativo para prestar contas, sob pena de serem sumariamente destituídos do cargo.

ADI 4.284, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-4-2015, acórdão publicado no DJE de 15-6-2015.

(Informativo 780, Plenário)

- 1 A ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida quanto ao art. 111, *caput* e parágrafos, da Constituição de Roraima, acrescentado pelo art. 2º da *Emenda Constitucional 23/2009*; e ao art. 33, XVIII, também da Constituição do Estado, na redação dada pela *Emenda Constitucional 30/2012*.
- 2 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;”
- 3 Nesse sentido: ADI 3.777, rel. min. Luiz Fux, P, j. 19-11-2014, *DJE de 9-2-2015*.
- 4 Precedentes do STF: ADI 3.295, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 30-6-2011, *DJE de 5-8-2011*; ADI 3.930, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 16-9-2009, *DJE de 23-10-2009*; ADI 4.154, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 26-5-2010, *DJE de 18-6-2010*; ADI 3.644, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 4-3-2009, *DJE de 12-6-2009*; e ADI 3.555, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 4-3-2009, *DJE de 8-5-2009*.
- 5 ADI 2.682, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 12-2-2009, *DJE de 19-6-2009*.
- 6 “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.”

- 7 ADI 2.581, rel. orig. min. Maurício Corrêa, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, j. 15-4-2009, *DJE de 8-5-2009*; e ADI 217, rel. min. Ilmar Galvão, P, j. 28-8-2002, *DJ de 13-9-2002*.
- 8 “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar;”
- 9 ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, P, j. 3-4-2008, *DJE de 19-9-2008*.
- 10 Nesse sentido, ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, P, j. 3-4-2008, *DJE de 19-9-2008*.
- 11 “Art. 52. Compete privativamente ao Senado: (...) III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: (...) f) titulares de outros cargos que a lei determinar;”
- 12 “Art. 134. (...) § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”
- 13 “Art. 6º A Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral Federal, nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 (trinta e cinco) anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal.”
- 14 “Art. 33. (...) XXXI – os nomeados nos casos previstos nos incisos XVIII, mesmo que interinamente, que não forem encaminhados para apreciação e votação pela Assembleia Legislativa, nos 30 (trinta) dias seguintes, são considerados afastados, e seus atos, decorrido esse período, nulos; XXXII – os Titulares da Universidade Estadual de Roraima – UERR; da Companhia de Águas e Esgotos de Roraima – CAER; da Companhia Energética de Roraima – CER; da Companhia de Desenvolvimento de Roraima – CODESAIMA; do Instituto de Previdência do Estado de Roraima – IPER; do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de Roraima – IPEM; da Fundação do Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia do Estado de Roraima – FEMACT; do Instituto de Defesa Florestal do Estado de Roraima – IDEFER; da Agência de Fomento do Estado de Roraima – AFERR; da Agência de Defesa Agropecuária do Estado de Roraima – ADER; do Instituto de Terras e Colonização do Estado de Roraima – ITERAIMA; da Procuradoria do Estado de Roraima – PROGE; da Junta Comercial do Estado de Roraima – JUCERR; e da Defensoria Pública do Estado de Roraima comparecerão anualmente ao Poder Legislativo, em data fixada por este, para apresentação de relatório de atividades anual desenvolvidas e plano de metas para o ano seguinte, as quais serão referendadas por maioria absoluta em turno único e em votação secreta, e cuja rejeição implicará o afastamento imediato do titular do cargo.”

ADI e *softwares* abertos

São constitucionais leis estaduais que disponham sobre regime de preferência abstrata em favor de *softwares* livres¹ na aquisição de programas de computador pela Administração Pública.

! O Estado-Membro é competente para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Por isso, lei estadual pode fixar preferência na aquisição de *softwares* livres pela Administração Pública regional. No caso, não há usurpação da competência legislativa da União, cuja atribuição é fixar apenas normas gerais sobre o tema (CF, art. 22, XXVII²).

Por outro lado, licitações e contratos administrativos não são matérias expressamente incluídas no rol da iniciativa legislativa exclusiva do chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II³). Portanto, esses temas podem ser tratados por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CF, arts. 37⁴, *caput*, e 70⁵, *caput*) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de *softwares* livres a serem adquiridos pela Administração Pública. Além disso, utilizar esse tipo de programa incrementa a autonomia do País devido à transferência de tecnologia que proporciona.

A norma com esse conteúdo não engessa a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Afinal, a regra de precedência abstrata em favor dos *softwares* livres pode ser afastada sempre que estiverem presentes razões tecnicamente justificadas.

Posto isso, foi declarada a constitucionalidade da Lei 11.871/2002⁶ do Estado do Rio Grande do Sul, que estabelece regime de preferência abstrata em favor de *softwares* livres na aquisição de programas de computador pela Administração Pública gaúcha.

ADI 3.059, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 9-4-2015, acórdão publicado no DJE de 8-5-2015.

(*Informativo 780*, Plenário)

1 A Corte distinguiu os *softwares* livres dos *softwares* proprietários. Enquanto os *softwares* proprietários (também conhecidos como fechados) apenas permitiriam a utilização pelo seu destinatário, os *softwares* livres (cognominados abertos) viabilizariam, além da utilização, a sua cópia, alteração

e redistribuição pela Administração. Dessa forma, um mesmo programa de computador poderia configurar-se como *software* livre ou proprietário, a depender da extensão dos direitos conferidos ao seu usuário no contrato de licenciamento. A distinção, portanto, diria respeito à formatação jurídica da licença, ou seja, à extensão dos poderes facultados ao licenciado pelo negócio jurídico que possibilitasse acesso ao programa de computador.

- 2 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”
- 3 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – dispõem sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”
- 4 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”
- 5 “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”
- 6 “Art. 1º A administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado do Rio Grande do Sul, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Estado utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição. § 1º Entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação. § 2º Para fins de caracterização do programa aberto, o código fonte deve ser o recurso preferencial utilizado pelo programador para modificar o programa, não sendo permitido ofuscar sua acessibilidade, nem tampouco introduzir qualquer forma intermediária como saída de um pré-processor ou tradutor. § 3º Quando da aquisição de *softwares* proprietários, será dada preferência para aqueles que operem em ambiente multiplata-

forma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em *software* livre. § 4º A implantação da preferência prevista nesta Lei será feita de forma paulatina, baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado. Art. 2º As licenças de programas abertos a serem utilizados pelo Estado deverão, expressamente, permitir modificações e trabalhos derivados, assim como a livre distribuição destes nos mesmos termos da licença do programa original. Parágrafo único. Não poderão ser utilizados programas cujas licenças: I – impliquem em qualquer forma de discriminação a pessoas ou grupos; II – sejam específicas para determinado produto impossibilitando que programas derivados deste tenham a mesma garantia de utilização, alteração e distribuição; e III – restrinjam outros programas distribuídos conjuntamente. Art. 3º Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos: I – quando o *software* analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais *softwares* concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público; II – quando a utilização de programa livre e/ou com código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo. Art. 4º O Estado regulamentará as condições, prazos e formas em que se fará a transição, se necessária, dos atuais sistemas e programas de computador para aqueles previstos no art. 1º, quando significar redução de custos a curto e médio prazo, e orientará as licitações e contratações, realizadas a qualquer título, de programas de computador. Parágrafo único. A falta de regulamentação não impedirá a licitação ou contratação de programas de computador na forma disposta nesta Lei.”

Art. 27 da Lei 9.868/1999 e suspensão de julgamento

Encerrado o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, com a proclamação do resultado final do julgamento, torna-se inviável a reabertura para fins de modulação¹.

! O julgamento de ação direta de inconstitucionalidade se dá em duas etapas. Na primeira, verifica-se a existência de incompatibilidade material e formal entre a norma impugnada e a Constituição. Na segunda, caso ocorra a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, discute-se a aplicabilidade ou não da modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da *Lei 9.868/1999*².

Assim, encerrada a sessão de julgamento, com a proclamação do resultado, fica preclusa, à luz do postulado do devido processo legal, a possibilidade de se deliberar acerca da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade³.

ADI 2.949 QO, rel. orig. min. Joaquim Barbosa, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 8-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 28-5-2015*.

(*Informativo 780*, Plenário)

- 1 Na data do julgamento, estavam presentes dez ministros da Corte. Porém, não foi possível modular os efeitos da decisão porque a votação não atingiu a maioria de dois terços (oito votos), nos termos do art. 27 da *Lei 9.868/1999*, e o julgamento foi encerrado. Na sessão subsequente, presentes os onze ministros, cogitou-se prosseguir o julgamento quanto à modulação – v. *Informativos 481 e 776*.
- 2 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”
- 3 “O sr. ministro Ricardo Lewandowski (presidente): (...) **Uma coisa é quando não se atinge o quórum para decidir a questão; aí, espera-se o Colega. Mas, neste caso, existiam dez Colegas presentes; a questão de mérito foi decidida, e a modulação foi rejeitada; e proclamou-se o resultado.** (...) É por isso que eu estou dizendo aqui, com todo o respeito, é que, encerrada a questão, seja no mérito, seja no que diz respeito à modulação, e proclamado o resultado com a presença daqueles membros regimentalmente exigidos, não se pode depois por uma questão de ordem, com toda a vênia, reabrir o julgamento, até de ofício, porque não houve provocação, seja da tribuna, seja por embargos declaratórios, nada.” (Trecho do debate no presente julgamento – sem grifos no original.)

Policiais temporários e princípio do concurso público

É inconstitucional lei que, a pretexto de valer-se do permissivo do art. 37, IX¹, da Constituição Federal, efetive contratação temporária para atividade previsível, permanente e ordinária ou, ainda, que não estabeleça prazo determinado e não especifique a contingência fática que evidencie a situação emergencial.

! A contratação temporária reclama os seguintes requisitos para sua validade:

- i) os casos excepcionais devem estar previstos em lei;
- ii) o prazo de contratação precisa ser predeterminado;
- iii) a necessidade deve ser temporária;
- iv) o interesse público deve ser excepcional;
- v) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, sobretudo na ausência de uma necessidade temporária.

Em vista disso, foi declarada a inconstitucionalidade da [Lei 17.822/2012](#) do Estado de Goiás, que – ao instituir o Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual (SIMVE) na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar goiano – criou uma classe de policiais temporários, cujos integrantes, sem o indispensável concurso público de provas e títulos, passaram a ocupar, após seleção interna, função de natureza policial militar².

Ademais, afronta o Texto Maior lei estadual que regule fora das peculiaridades locais e de sua competência suplementar. Isso atenta contra as normas gerais de competência da União^{3 e 4} e substitui os critérios mínimos estabelecidos pela norma competente, em manifesta usurpação de competência (CF, arts. 22, XXI, e 24, § 2º).

ADI 5.163, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 8-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-5-2015*.

(*Informativo 780, Plenário*)

1 “Art. 37. (...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

2 Na espécie, a lei impugnada, a pretexto de ter fundamento de validade na [Lei 4.735/1964](#) (Lei do Serviço Militar), instituiu uma classe de policiais temporários, cujos integrantes, após serem aprova-

dos em seleção e em curso de formação, passariam a ocupar cargo de natureza policial militar. Esses temporários seriam remunerados por subsídio, estariam sujeitos à legislação militar e às normas específicas da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar estaduais e teriam o direito de usar os uniformes, insígnias e emblemas utilizados pela corporação, com a designação “SV”. Ao possibilitar que voluntários tivessem função de policiamento preventivo e repressivo, a lei objetivou criar policiais temporários, disfarçados sob a classificação de voluntários, para a execução de atividades militares, em detrimento da exigência constitucional de concurso público. O objetivo seria cortar gastos relacionados com a segurança pública.

- 3 Cf. *Lei 8.745/1993*: “Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.”
- 4 Cf. *Lei 10.029/2000*: “Estabelece normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares e dá outras providências.”

Contrato nulo e direito ao FGTS

Os contratos de emprego firmados pela Administração Pública sem prévio concurso público, embora nulos, geram direitos em relação ao recolhimento e levantamento do FGTS.

! O direito aos depósitos efetuados na conta do FGTS apresenta caráter compensatório e, sob todos os aspectos, legítimo, em face da Constituição¹.

Deve-se considerar que, embora fundada em ato jurídico formalmente ilegítimo, houve a efetiva prestação do trabalho, da qual a Administração contratante tirou proveito. Assim, tendo em vista que o trabalhador cumpriu a sua parte, a prestação contratual não pôde ser desfeita e, por isso, deve ser considerada de alguma forma, sob pena do comprometimento da relação sinalagmática e do conseqüente enriquecimento ilícito do tomador à custa do trabalho alheio.

Ademais, a nulidade do contrato, por ausência de concurso, foi causada fundamentalmente pelo contratante, não pelo empregado. Nesse sentido, admitir que as conseqüências da nulidade devam ser inteiramente atribuídas ao trabalhador, não ao tomador do trabalho, é um pressuposto inadmissível.

Dessa forma, o art. 19-A da Lei 8.036/1990, incluído pela Medida Provisória 2.164/2001, não afronta o princípio do concurso público contido no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, pois não invalida a nulidade das contratações feitas à margem dessa exigência. Afinal, apenas permite o levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS pelo trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações contratuais e prestou o serviço devido.

Por outro lado, os preceitos em questão apenas enxergaram com maior sensibilidade a situação de vulnerabilidade a que ficam expostos os trabalhadores afetados pela extinção anômala do seu vínculo empregatício, gerada por efeito de uma irregularidade para a qual eles não contribuíram. Com isso, o FGTS tem ampliado o seu espectro de proteção, passando a compensar não apenas os riscos estritamente relacionados com a modalidade imotivada de dispensa, mas a cobrir outros eventos socialmente indesejáveis, tais como a própria situação de desemprego.

Por fim, não há interferência na autonomia administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios para organizar o regime funcional de seus respectivos servidores, uma vez que não foi criada qualquer obrigação financeira sem previsão orçamentária. Trata-se, apenas, de relações jurídicas de natureza trabalhista, dando nova

destinação a um valor que, a rigor, já seria ordinariamente recolhido na conta do FGTS vinculada aos empregados.

São constitucionais, portanto, o art. 19-A e seu parágrafo único² e a expressão “declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A”, constante do inciso II do art. 20 da *Lei 8.036/1990*³, com a redação dada pela *Medida Provisória 2.164-41/2001*.

ADI 3.127, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 26-3-2015, acórdão publicado no DJE de 5-8-2015.

(Informativo 779, Plenário)

- 1 O caráter compensatório dessa norma teria sido considerado legítimo pelo Tribunal no julgamento do RE 596.478, rel. orig. min. Ellen Gracie, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, P, j. 13-6-2012, *DJE de 1º-3-2013*, com repercussão geral reconhecida.
- 2 “Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do *caput*, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.”
- 3 “Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...) II – extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do artigo 19-A (...);”

Modulação: precatório e EC 62/2009

A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Constituição de 1988, ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei 9.868/1999, art. 27)¹.

! Ao modular os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs 4.357² e 4.425, a Corte estabeleceu que:

- 1) Mantém-se vigente o regime especial de pagamento de precatórios instituído pela [Emenda Constitucional 62/2009](#) por cinco exercícios financeiros a contar de 1º de janeiro de 2016.
- 2) Fixada como marco inicial a data de conclusão do julgamento da questão de ordem (25-3-2015), mantêm-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até essa data, e confere-se eficácia prospectiva (*ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos:
 - a) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da [Emenda Constitucional 62/2009](#), até 25-3-2015, data após a qual:
 - i. os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E);
 - ii. os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários;
 - b) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da Administração Pública federal, com base no art. 27 da [Lei 12.919/2013](#) e no art. 27 da [Lei 13.080/2015](#), que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.
- 3) Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial:
 - a) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na [Emenda Constitucional 62/2009](#), desde que realizados até 25-3-2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades;

- b) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.
- 4) Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas:
- a) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (ADCT, art. 97, § 10);
- b) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (ADCT, art. 97, § 10).
- 5) Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline:
- a) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios;
- b) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25-3-2015, por opção do credor do precatório.
- 6) Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.

ADI 4.357 QO e ADI 4.425 QO, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-3-2015, acórdãos publicados, respectivamente, no *DJE de 6-8-2015* e no *DJE de 4-8-2015*.

(*Informativo 779*, Plenário)

- 1 Precedentes do STF: ADI 2.240, rel. min. Eros Grau, P, j. 9-5-2007, *DJ de 3-8-2007*; ADI 2.501, rel. min. Moreira Alves, P, j. 4-9-2008, *DJE de 19-12-2008*; ADI 2.904, rel. min. Menezes Direito, P, j. 15-4-2009, *DJE de 25-9-2009*; ADI 2.907, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-6-2008, *DJE*, 29-8-2008; ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, P, j. 2-8-2004, *DJ de 4-3-2005*; ADI 3.315, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 6-3-2008, *DJE de 11-4-2008*; ADI 3.316, rel. min. Eros Grau, P, j. 9-5-2007, *DJ de 29-6-2007*; ADI 3.430, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 12-8-2009, *DJE de 23-10-2009*; ADI 3.458, rel. min. Eros Grau, P, j. 21-2-2008, *DJE de 16-5-2008*; ADI 3.489, rel. min. Eros Grau, P, j. 9-5-2007, *DJ de 3-8-2007*; ADI 3.660, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 13-3-2008, *DJE de 9-5-2008*; ADI 3.682, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 9-5-2007, *DJ de 6-9-2007*; ADI 3.689, rel. min. Luiz Fux, P, j. 28-8-2008, *DJE de 26-9-2008*; ADI 3.819, rel. min. Eros Grau, P, j. 17-6-2010, *DJE de 6-8-2010*; ADI 4.001, rel. min. Eros Grau, P, j. 4-2-2009, acórdão pendente de publicação; ADI 4.009, rel. min. Eros Grau, P, j. 4-2-2009, *DJE de 29-5-2009*; e ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, P, j. 8-3-2012, *DJE de 27-6-2012*.
- 2 Em julgamento concluído em 14-3-2013, a Corte decidiu que são inconstitucionais: a) a expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional 62/2009, uma vez que a regra configuraria critério de aplicação de preferência no pagamento de idosos. Contudo, esse balizamento temporal discriminaria,

sem fundamento, aqueles que viessem a alcançar sessenta anos em data posterior à expedição do precatório, enquanto pendente e ainda não ocorrido o pagamento; b) os §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela [Emenda Constitucional 62/2009](#), e o art. 97, II, do [ADCT](#), que fixam regime unilateral de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatório, uma vez que esse critério beneficiaria exclusivamente o devedor público, em ofensa ao princípio da isonomia. Além disso, os dispositivos instituiriam nítido privilégio em favor do Estado e em detrimento do cidadão, cujos débitos em face do poder público sequer poderiam ser compensados com as dívidas fazendárias; c) a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da [Constituição Federal](#), incluído pela [Emenda Constitucional 62/2009](#), para que aos precatórios de natureza tributária se aplicassem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; d) por arrastamento, a mesma expressão contida no art. 1º-F da [Lei 9.494/1997](#), na redação dada pela [Lei 11.960/2009](#), pois reproduziria a literalidade do comando contido no § 12 do art. 100 da [Constituição Federal](#); e) a expressão “independentemente de sua natureza”, sem redução de texto, contida no § 12 do art. 100 da [CF](#), incluído pela [Emenda Constitucional 62/2009](#), para afastar a incidência dos juros moratórios calculados segundo índice da caderneta de poupança quanto aos créditos devidos pela Fazenda Pública em razão de relações jurídico-tributárias; f) por arrastamento, a expressão “índice oficial de remuneração da caderneta de poupança”, contida no art. 1º-F da [Lei 9.494/1997](#), com a redação dada pelo art. 5º da [Lei 11.960/2009](#); e g) o § 15 do art. 100 da [Constituição Federal](#) e todo o art. 97 do [ADCT](#), pois, ao criarem regime especial para pagamento de precatórios para Estados, Distrito Federal e Municípios, veiculariam nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e imporiam contingenciamento de recurso para esse fim, violando a cláusula constitucional do Estado de Direito, o princípio da separação de Poderes, o postulado da isonomia, a garantia do acesso à justiça, a efetividade da tutela judicial, o direito adquirido e a coisa julgada. (ADI 4.357, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, j. 13 e 14-3-2013, [DJE de 26-9-2014](#), v. [Informativo 698](#).)

Notários e oficiais de registro e regime previdenciário

São inconstitucionais as normas que autorizam Estado-Membro a criar sistema previdenciário especial para agentes públicos não efetivos.

! Além de atentar contra o art. 40, § 13, da [Constituição Federal](#)¹, essa medida exorbita da competência legislativa do ente federativo (art. 24, XII, do texto constitucional²).

O art. 40 da [Constituição de 1988](#), na redação vigente após as Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, enquadra como segurados do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) apenas os servidores titulares de cargo efetivo na União, nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, ou em suas respectivas autarquias e fundações públicas. Os titulares de serventias extrajudiciais, enquanto particulares delegatários de serviços públicos, não podem pertencer a RPPS, portanto.

Ao criar um modelo de previdência extravagante³, destinado a beneficiar agentes não remunerados pelos cofres públicos, cujo formato não é compatível com os fundamentos constitucionais do RPPS (art. 40), do RGPS (art. 201)⁴, tampouco com os da previdência complementar (art. 202)⁵, o Poder Legislativo estadual desviou-se do desenho institucional que deve observar. Além disso, incorreu em episódio de usurpação de competência, atuando para além do que lhe cabe nos termos do art. 24, XII, da [Constituição Federal](#)⁶.

Por conseguinte, foram declaradas inconstitucionais a Lei 15.150/2005 do Estado de Goiás, que criou regime diferenciado de aposentadoria para determinadas categorias profissionais⁷, e a [Lei Complementar 412/2008](#) do Estado de Santa Catarina, que incluiu os cartorários extrajudiciais entre os segurados obrigatórios do regime próprio de previdência social do Estado-Membro.

Entretanto, por meio da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservam-se as situações dos segurados que, abrangidos pelas leis impugnadas, foram inseridos nos respectivos regimes previdenciários, efetuaram o recolhimento das contribuições devidas e, cumpridos os requisitos legais, passaram a receber os benefícios.

Ressalvam-se dos efeitos da decisão as situações dos destinatários dessas leis que estejam percebendo ou tenham reunido as condições para obter os benefícios até a data da publicação da ata de julgamento.

ADI 4.639 e ADI 4.641, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 11-3-2015, acórdãos publicados, respectivamente, no [DJE de 8-4-2015](#) e no [DJE de 10-9-2015](#).

([Informativo 777](#), Plenário)

- 1 “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”
- 2 ADI 3.106, rel. min. Eros Grau, P, j. 14-4-2010, *DJE de 24-9-2010*.
- 3 A lei impugnada não estendeu o regime próprio de previdência local aos destinatários por ela especificados, mas criou modelo alternativo, caracterizando-se por: a) fixar um regime específico para as três classes de agentes colaboradores do Estado de Goiás, quais sejam: i) os delegatários de serviço notarial, que tiveram seus direitos assegurados na *Lei 8.935/1994*; ii) os serventuários do foro judicial, admitidos antes da vigência da *Lei 8.935/1994*; e iii) os antigos segurados facultativos com contribuição em dobro, filiados ao regime próprio de previdência estadual antes da *Lei 12.964/1996*; b) regulamentar diversos temas, tais como: i) as modalidades de aposentadoria; ii) a fórmula de cômputo das contribuições, dos respectivos proventos e das pensões; iii) as condições de desvinculação espontânea e automática do sistema; iv) o cômputo do tempo de serviço e contribuição; v) a cobertura do sistema; vi) as condições para a vinculação na qualidade de dependente; vii) a autoridade responsável pela administração do sistema; e viii) as condições de reajuste dos benefícios; c) estruturar, em proveito de agentes que há muito teriam migrado para o regime geral, sistema previdenciário inédito, com condições de contribuição, elegibilidade e cobertura diversos daqueles previstos tanto no regime próprio estadual quanto no regime geral.
- 4 “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:”
- 5 “Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”
- 6 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;”
- 7 Participantes do serviço notarial e registral, não remunerados pelos cofres públicos; da serventia do foro judicial, admitidos antes da vigência da *Lei 8.935/1994* e facultativos com contribuição em dobro.

ICMS: benefício tributário e guerra fiscal

A concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos da Lei Complementar 24/1975¹, afronta o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal².

! No que tange ao ICMS, a Constituição Federal instituiu regime jurídico específico, exigindo, como condição para o deferimento de benefícios fiscais, a existência de “deliberação entre os Estados-Membros”.

Essa exigência visa preservar o equilíbrio da tributação entre os entes da Federação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo.

Se cada ente federativo regional pudesse instituir benefícios fiscais unilateralmente, o resultado seria a chamada guerra fiscal. Nesse cenário, os Estados buscariam reduzir sua carga tributária de forma a atrair empreendimentos e capital para seu território em detrimento dos demais.

Por conseguinte, são inconstitucionais os arts. 1º, II; 2º a 4º; 6º a 8º; e 11, todos da Lei 14.985/1996 do Estado do Paraná, que tratam da concessão de benefícios fiscais vinculados ao ICMS³.

Embora os benefícios tributários tenham sido declarados inconstitucionais, convalidam-se os atos jurídicos já praticados, tendo em vista a segurança jurídica e a pouca previsibilidade, no plano fático, quanto às consequências de eventual decretação de nulidade desses atos, existentes no mundo jurídico há muitos anos. Dessa forma, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram modulados para que tivessem eficácia a partir da data da sessão de julgamento.

O mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, razão pela qual pode ser estabelecido sem convênio prévio.

! Nesse sentido, são constitucionais o art. 1º, *caput*, I e parágrafo único, bem como o art. 5º, ambos da Lei 14.985/1996 do Estado do Paraná. Esses dispositivos estabelecem apenas a suspensão do pagamento do ICMS incidente sobre a importação de matéria-prima ou de material intermediário e transferem o recolhimento do

tributo do momento do desembaraço aduaneiro para o momento de saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador.

Da mesma forma, não se vislumbra inconstitucionalidade no art. 5º da *Lei 14.985/2006*, pois este prevê que os importadores pagarão o imposto devido por ocasião do desembaraço aduaneiro, momento que coincide com aquele em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS, nos termos do art. 12, IX, da *Lei Complementar 87/1996*⁴.

ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 11-3-2015, acórdão publicado no DJE de 25-5-2015.

(Informativo 777, Plenário)

- 1 “Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.”
- 2 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: (...) XII – cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”
- 3 “De fato, o art. 1º, II e parágrafo único, da *Lei 14.985/2006* autoriza o importador de bem destinado ao ativo fixo a pagar o tributo parceladamente, em até quatro anos, sem a incidência de juros ou correção monetária, previsão que indiscutivelmente configura o deferimento de benefício fiscal, que, por não ter sido previamente autorizado mediante convênio, viola o art. 155, § 2º, XII, *CF*. (...) Também são inconstitucionais os arts. 2º, 3º e 6º da *Lei 14.985/2006*, que conferem créditos fictícios de ICMS, de forma a reduzir artificialmente o valor do tributo a ser pago pelo contribuinte, sem previsão em convênio do Confaz, mais uma vez, por violação ao art. 155, § 2º, XII, *CF*. (...) Há, ainda, vício de inconstitucionalidade no art. 11, II, da *Lei 14.985/2006*, que autoriza o Governador a conceder, por ato infralegal, benefícios fiscais a empresas com domicílio no estado. É que a Constituição exige lei para o deferimento de isenção, subsídio, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, nos termos do art. 150, § 6º, *CF*.” (Trechos do voto do ministro Roberto Barroso, no presente julgamento.)
- 4 “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;”

Telecomunicações: competência legislativa

É inconstitucional norma local que fixa condições de cobrança do valor de assinatura básica de telefonia fixa residencial.

! Compete à União, nos termos dos arts. 21, XI¹, e 22, IV², da [Constituição Federal](#),
 • legislar sobre telecomunicações, bem como explorar seus serviços, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Em consequência disso, foi declarada a inconstitucionalidade da [Lei 11.908/2001](#) do Estado de Santa Catarina, que fixava condições de cobrança do valor de assinatura básica de telefonia fixa residencial.

ADI 2.615, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-3-2015, acórdão publicado no [DJE de 18-5-2015](#).

([Informativo 777](#), Plenário)

- 1 “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”
- 2 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”

Lei municipal e vício de iniciativa

Em lei orgânica de Município, descabe a normatização de direitos dos servidores.

! A outorga de direitos aos servidores por lei orgânica municipal implica, de um lado, usurpação de atribuição do chefe do Poder Executivo¹; de outro, engessamento do tema, haja vista a necessidade de observância do processo legislativo especial.

Assim, foram declarados inconstitucionais os incisos II, III e VIII, bem como os §§ 1º e 2º do art. 55 da Lei Orgânica² de Cambuí/MG, os quais concedem benefícios a servidores públicos daquela municipalidade.

RE 590.829, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 30-3-2015*.

*(Informativo 776, Plenário, Repercussão Geral)*³

¹ ADI 2.944, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 30-6-2011, *DJE de 19-9-2011*; ADI 3.176, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 30-6-2011, *DJE de 5-8-2011*; ADI 3.295, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 30-6-2011, *DJE de 5-8-2011*; e ADI 3.362, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, j. 30-8-2007, *DJE de 28-3-2008*.

² CF/1988: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:”

³ Em 7-4-2015, o processo substituiu o RE 598.259 RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 22-10-2009, *DJE de 19-11-2009*, paradigma de repercussão geral.

Contribuição previdenciária de inativos e pensionistas: isenção e patologias incapacitantes

Lei estadual que cuide das contribuições previdenciárias dos inativos não pode ampliar os limites da imunidade concedida pelo art. 40, § 21, da Constituição Federal¹.

! As imunidades, como limitações constitucionais ao poder de tributar, são reservadas à Constituição Federal, vedada a sua disciplina por diplomas normativos com *status* inferior².

Sob o ângulo do princípio da simetria, as normas que instituem exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos em geral, não previstas na Lei Fundamental (CF, art. 40, § 1º, I, II e III, a e b), são inconstitucionais³.

! A Constituição Federal confere benefício limitado e estabelece regra geral a ser observada pelos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal.

Em razão disso, foi aplicada a técnica da interpretação conforme a Constituição ao parágrafo único do art. 3º da *Lei 8.633/2005* do Estado do Rio Grande do Norte⁴ – segundo o qual, independentemente do valor dos proventos, os servidores aposentados e pensionistas portadores de patologias incapacitantes são isentos da contribuição previdenciária. Assim, limitou-se a isenção aos parâmetros definidos no art. 40, § 21, da Constituição Federal.

ADI 3.477, rel. orig. min. Cezar Peluso, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 4-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-5-2015*.

(*Informativo 776*, Plenário)

¹ “Art. 40. (...) § 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.” (Sem grifos no original.)

² BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 164.

³ Precedente: ADI 882, rel. min. Maurício Corrêa, P, j. 19-2-2004, *DJ de 23-4-2004*.

- 4 “Art. 3º Os aposentados e os pensionistas de qualquer dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, e dos Militares Estaduais contribuirão para o regime próprio de previdência social, com 11% (onze por cento), incidentes sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, fixado pela legislação federal. Parágrafo único. São isentos da contribuição de que trata o *caput* deste artigo, os aposentados e pensionistas que sejam portadores de patologias incapacitantes, abrangidos pela isenção oferecida pela legislação do Imposto de Renda.”

Professores de rede estadual e regime de subsídio

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) detém legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.^{1 e 2}

! A CNTE demonstrou possuir representatividade adequada em âmbito nacional, circunstância que supera dúvidas suscitadas quanto ao número de federações que a integram. Além disso, versando a impugnação sobre o regime do magistério, está igualmente presente a pertinência temática.

É possível, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a cumulação de pedidos alternativos do saneamento de omissão e do afastamento de ato normativo tido por inconstitucional.

! Embora já tenha considerado inadmissível a conversão de ação direta de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade por omissão³, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido relativa fungibilidade entre os dois tipos de ação⁴.

O estabelecimento de regime de pagamento de professores da rede estadual de ensino por meio de subsídios, respeitado o direito à opção, a qualquer tempo, pelo regime mais favorável, não viola os princípios constitucionais da isonomia, da irredutibilidade dos vencimentos e da proteção ao direito adquirido.

! O regime de pagamentos por subsídios não suprime os direitos trabalhistas conferidos aos servidores públicos por força do art. 39, § 3º, da *Constituição Federal*⁵.

Declarou-se, portanto, a constitucionalidade dos arts. 1º a 7º da *Lei Complementar 428/2007*⁶ do Estado do Espírito Santo, que instituíram regime de pagamento por subsídios para os professores da rede estadual de ensino, bem como previram a

possibilidade de escolha da remuneração por vencimentos ou por subsídio para os docentes que já integram os quadros da Administração Pública.

ADI 4.079, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 26-2-2015, acórdão publicado no DJE de 5-5-2015.

(Informativo 775, Plenário)

- 1 Nos termos de precedente do STF (ADI 1.969, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 28-6-2007, *DJ de 31-8-2007*), a CNTE detém legitimidade para a propositura de ação de controle concentrado, tendo em vista tratar-se de confederação sindical, de âmbito nacional, conforme atestado pelo Ministério do Trabalho, bem como por cumprir o exigido pelo art. 103, IX, da Constituição Federal.
- 2 Vencido, quanto ao ponto, o ministro Teori Zavascki, que não reconhecia a legitimidade ativa da requerente, por entender necessário o atendimento dos requisitos do art. 535 da CLT (“As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República”).
- 3 Vide ADI 1.442, rel. min. Celso de Mello, P, j. 3-11-2004, *DJ de 18-5-2005*.
- 4 Nesse sentido: “Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.” (ADI 875, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 24-2-2010, *DJE de 30-4-2010*.)
- 5 “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”
- 6 “Art. 1º Fica instituída, nos termos desta Lei Complementar, a modalidade de remuneração por subsídio para a carreira de magistério estadual, nos termos do § 8º do art. 39 da Constituição da República Federativa do Brasil. § 1º O subsídio do magistério estadual, de que trata esta Lei Complementar, será fixado por lei, em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio e verba de representação ou outra espécie remuneratória, nos termos do § 4º do art. 39 da Constituição da República Federativa do Brasil. § 2º Excetuam-se do § 1º deste artigo as parcelas de caráter eventual, relativas à função gratificada de diretor escolar, à extensão de carga horária e à carga horária especial. Art. 2º A promoção e a progressão do professor estadual, de que trata esta Lei Complementar, observarão as normas contidas no Estatuto do Magistério Estadual e no Plano de Carreira do Magistério Público Estadual. Art. 3º Os subsídios do magistério estadual, de que trata esta Lei Complementar, fixados nas tabelas referidas neste artigo, serão alterados por lei ordinária. § 1º Para vigorar a partir de 1º-1-2008 a 31-12-2008, os valores dos subsídios do magistério estadual são os constantes do Anexo I que integra esta Lei Complementar. § 2º Para vigorar a partir de 1º-1-2009 a 31-12-2009, os valores dos subsídios do magistério estadual são os constantes do Anexo II que integra esta Lei Complementar. § 3º Para vigorar a partir de 1º-1-2010, os valores

dos subsídios do magistério estadual são os constantes do Anexo III que integra esta Lei Complementar. Art. 4º Fica assegurado ao professor ativo, nomeado até a data de publicação desta Lei Complementar, o direito de optar, a qualquer momento e de forma irrevogável, pela modalidade de remuneração por subsídio. § 1º Os efeitos financeiros da opção de que trata o *caput* deste artigo ocorrerão a partir do 1º (primeiro) dia do mês seguinte ao de opção. § 2º Se a opção de que trata o *caput* deste artigo ocorrer em até 6 (seis) meses da data de vigência das tabelas de subsídios, previstas no art. 3º, os efeitos financeiros retroagirão à data de vigência da tabela de subsídio que motivar a opção. § 3º A opção de que trata o *caput* deste artigo implica na renúncia irrevogável ao modelo de remuneração por vencimentos, inclusive às vantagens pessoais, adicionais, gratificações, indenizações, abonos, prêmios, verbas de representação, acréscimos, estabilidade financeira, auxílios alimentação e transporte ou outra espécie remuneratória, ficando absorvidas pelo subsídio. Art. 5º O professor ativo, de que trata esta Lei Complementar, que exercer a opção na forma do art. 4º, será enquadrado na tabela de subsídio, no nível e referência em que se encontra na data de opção. Art. 6º Aplicam-se as normas desta Lei Complementar, no que couber, aos professores aposentados, assim como aos pensionistas dependentes de ex-professores, em idêntica condição, desde que abrangidos pelo disposto no art. 7º da *Emenda Constitucional n. 41, de 19-12-2003*, ocorrendo o enquadramento na tabela de subsídio, no nível e referência em que se encontram na data da opção. Art. 7º O professor estadual, de que trata esta Lei Complementar, que não exercer o direito de opção, que lhe é assegurado no art. 4º, permanece remunerado pela modalidade de vencimentos, com os direitos e as vantagens vigentes na data da publicação desta Lei Complementar.”

Competência concorrente para legislar sobre educação

É constitucional lei estadual que fixe o número máximo de alunos em sala de aula.

! A competência da União para legislar sobre normas gerais de educação (CF, art. 24, IX, e § 3º¹) não foi usurpada pela lei impugnada.

Diante disso, foi declarada a constitucionalidade das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso VII do art. 82 da *Lei Complementar 170/1998* do Estado de Santa Catarina², que dispõem sobre número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média.

ADI 4.060, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-5-2015*.

(*Informativo 775*, Plenário)

1 Nesse sentido: ADI 1.399, rel. min. Maurício Corrêa, P, j. 3-3-2004, *DJ de 11-6-2004*.

2 “Art. 82. O Plano Estadual de Educação, articulado com os planos nacionais e municipais, será elaborado com a participação da sociedade catarinense, ouvidos os órgãos colegiados de gestão democrática do ensino, incluído o Fórum Estadual de Educação, devendo, nos termos da lei que o aprovar, contemplar: (...) VII – número de alunos por sala de aula que possibilite adequada comunicação e aproveitamento, obedecendo a critérios pedagógicos e níveis de ensino, da seguinte forma: a) na educação infantil, até quatro anos, máximo de 15 crianças, com atenção especial a menor número, nos dois primeiros anos de vida e, até os seis anos, máximo de 25 crianças; b) no ensino fundamental, máximo de 30 crianças até a quarta série ou ciclos iniciais e de 35 alunos nas demais séries ou ciclos; c) no ensino médio, 40 alunos.”

Poder Executivo e quinto constitucional

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade deverá conter os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (Lei 9.868/1999, art. 3º, I).

! O Supremo Tribunal Federal não admite a ação direta quando não é apresentada
 • justificativa específica quanto aos dispositivos atacados.

A exigência de submissão à assembleia legislativa do nome escolhido por governador para o preenchimento de vaga destinada ao quinto constitucional em tribunal de justiça viola o princípio constitucional da separação de poderes¹.

Essa exigência invade a atuação do Poder Executivo.

Em consequência, foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa”, incluída no parágrafo único do art. 63 da Constituição do Estado de São Paulo², mediante a [Emenda Constitucional estadual 25/2008](#).

ADI 4.1503, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 25-2-2015, acórdão publicado no DJE de 19-3-2015.

(Informativo 775, Plenário)

¹ Nesse sentido: ADI 202, rel. min. Octavio Gallotti, P, j. 5-9-1996, *DJ de 7-3-1997*; e ADI 1.228 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 15-3-1995, *DJ de 21-3-1995*.

² “Art. 63. Um quinto dos lugares dos Tribunais de Justiça e de Justiça Militar será composto de advogados e de membros do Ministério Público, de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional ou na carreira, indicados em lista sêxtupla, pela Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil ou pelo Ministério Público, conforme a classe a que pertencer o cargo a ser provido. Parágrafo único. Dentre os nomes indicados, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça formará lista tríplice, encaminhando-a ao Governador do Estado que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para o cargo e o nomeará, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa.”

³ O ministro Marco Aurélio assentou que cumpre ao advogado-geral da União – ante a norma imperativa prevista no art. 103, § 3º, da Constituição Federal – defender o ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, e não emitir parecer no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Licença prévia para julgamento de governador em crime de responsabilidade e crime comum

Compete privativamente à União dispor acerca do processo e julgamento de crimes de responsabilidade (CF, arts. 22, I¹, e 85²).³ e ⁴

! São inconstitucionais os dispositivos de Constituições estaduais que disponham sobre a competência de assembleia legislativa local para o processamento e julgamento de governador por crimes de responsabilidade⁵.

Por conseguinte, foi declarada a inconstitucionalidade das expressões “processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade” e “ou perante a própria Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade” previstas, respectivamente, nos arts. 54 e 89 da Constituição do Estado do Paraná⁶; do inciso XVI do art. 29 e da expressão “ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”, contida no art. 67, ambos da Constituição do Estado de Rondônia⁷; e do inciso XXI do art. 56 e da segunda parte do art. 93, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo⁸. As referidas normas atribuíam competência para as assembleias legislativas locais processarem e julgarem os governadores por crimes de responsabilidade, bem como exigiam autorização prévia da respectiva casa legislativa para a instauração de ação penal em face do governador.

São constitucionais, à luz do princípio da simetria⁹, as normas estaduais que exijam licença prévia da assembleia legislativa como condição de procedibilidade para instauração de ação penal em face de governador¹⁰.

! Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consideram-se legítimas as normas de Constituições estaduais que subordinam a deflagração formal de um processo acusatório contra o governador ao juízo político da assembleia legislativa local.

ADI 4.791, rel. min. Teori Zavascki; ADI 4.800, rel. min. Cármen Lúcia; e ADI 4.792, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-2-2015, acórdãos publicados no *DJE de 24-4-2015*.

(*Informativo 774*, Plenário)

- 1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”
- 2 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”
- 3 Nesse sentido: ADI 2.220, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 16-11-2011, *DJE de 7-12-2011*; e ADI 1.628, rel. min. Eros Grau, P, j. 10-8-2006, *DJ de 24-11-2006*.
- 4 Vide Enunciado 46 da Súmula Vinculante: “A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.”
- 5 Nesse sentido: ADI 1.890 MC, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 10-12-1998, *DJ de 2-2-1999*. Vide também: ADI 1.628, rel. min. Eros Grau, P, j. 10-8-2006, *DJ de 24-11-2006*.
- 6 “Art. 54. Compete, privativamente, à Assembleia Legislativa: (...) XI – processar e julgar o Governador e o Vice-Governador, nos crimes de responsabilidade, e os Secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (...) Art. 89. Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços dos membros da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou perante a própria Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.”
- 7 “Art. 29. Compete privativamente à Assembleia Legislativa: (...) XIII – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Governador e o Vice-Governador; (...) XVI – processar e julgar o Governador e o Vice-Governador nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 43, de 14-6-2006) (...) Art. 67. O Governador do Estado, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou perante a Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade.”
- 8 “Art. 56. É de competência exclusiva da Assembleia Legislativa, (...) XXI – processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (...) Art. 93. Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.”
- 9 CF/1988: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”; e “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois

terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

10 Nesse sentido: RE 159.230, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 28-3-1994, *DJ de 10-6-1994*.

Agrotóxico: lei estadual e competência privativa da União

Compete privativamente à União legislar sobre comércio exterior e interestadual.

! Ainda que a legislação estadual tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos, compete privativamente à União definir os requisitos para o ingresso de produtos estrangeiros no País, por se tratar de questão típica de comércio exterior (CF, art. 22, VIII¹).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da inconstitucionalidade de leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos, provenientes ou não do exterior, nos Estados-Membros².

Por isso, foi declarada a inconstitucionalidade da **Lei 12.427/2006³** do Estado do Rio Grande do Sul, que criava restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados.

ADI 3.813, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 12-2-2015, acórdão publicado no DJE de 20-4-2015.

(*Informativo 774, Plenário*)

- 1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) VIII – comércio exterior e interestadual;”
- 2 Nesse sentido: ADI 280, rel. min. Francisco Rezek, P, j. 13-4-1994, *DJ de 17-6-1994*; e ADI 3.035, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 6-4-2005, *DJ de 14-10-2005*.
- 3 **Lei estadual 12.427/2006:** “Art. 1º Fica proibida a comercialização, a estocagem e o trânsito de arroz, trigo, feijão, cebola, cevada e aveia e seus derivados importados de outros países, para consumo e comercialização no Estado do Rio Grande do Sul, que não tenham sido submetidos à análise de resíduos químicos de agrotóxicos ou de princípios ativos usados, também, na industrialização dos referidos produtos. § 1º Compreende-se como agrotóxicos o definido conforme a legislação federal. § 2º O certificado ou laudo técnico será o documento hábil para atestar a realização da inspeção de que trata o *caput*, de forma a evitar a presença de toxinas prejudiciais à saúde humana. Art. 2º Fica obrigatória a pesagem de veículo que ingresse ou trafegue no âmbito do território do Estado, transportando os produtos, aos quais se refere o art. 1º desta Lei, destinados à comercialização em estabelecimento ou ao consumidor final, no Estado do Rio Grande do Sul. Parágrafo único. Quando da pesagem, será obrigatória a apresentação da documentação fiscal exigida, bem como do documento de que trata o § 2º do art. 1º desta Lei. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.”

Energia elétrica e competência para legislar

Em situações nas quais se permite a cognição plena e profunda do pedido¹, admite-se a conversão do julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade em deliberação sobre o mérito da demanda.^{2 e 3}

Embora o encaminhamento da ação direta de inconstitucionalidade ao escrutínio do Tribunal tenha sido realizado para análise dos pressupostos necessários à concessão de medida cautelar – com a adoção do rito previsto no art. 10 da *Lei 9.868/1999*⁴, que estabelece procedimento mais sucinto para a instrução de ações diretas com pedido de medida cautelar –, é possível o julgamento imediato do próprio mérito.

Compete privativamente à União: (i) legislar sobre energia (CF, art. 22, IV); (ii) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica (CF, art. 21, XII, b); e (iii) definir, por meio de lei federal, a política tarifária a ser observada na exploração do serviço (CF, art. 175, parágrafo único, III).

Nesses termos, é a União que detém competência para definir, mediante legislação própria, as condições da prestação do fornecimento de energia elétrica e para estabelecer o regime jurídico de concessão ou permissão do serviço. Tais aspectos são insuscetíveis de modificação pelo legislador estadual⁵.

No mesmo sentido, compete privativamente à União a definição dos termos da relação jurídica existente entre usuários e concessionárias de serviço público (CF, art. 175, *caput* e II), o que não se confunde com os elementos da relação de consumo. Por essa razão, não podem os Estados-Membros, no exercício da competência concorrente do art. 24, V, da *Constituição Federal*, criar regras que interfiram no equilíbrio contratual entre o poder concedente e as concessionárias a ele vinculadas, ainda que proporcionem condições mais benéficas aos destinatários dos serviços⁶.

Por conseguinte, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º da *Lei 12.635/2007* do Estado de São Paulo⁷, que obriga as concessionárias a removerem gratuitamente

os postes de sustentação da rede elétrica em proveito de conveniências pessoais dos proprietários de terrenos.

ADI 4.925, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 12-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-3-2015*.

(*Informativo 774, Plenário*)

- 1 Caracterizadas por: “(a) a simplicidade da questão de direito sob exame; (b) a exaustividade das manifestações aportadas aos autos; e (c) a baixa utilidade da conversão do rito inicial adotado (...)” (à fl. 4 do voto do relator).
- 2 Nesse sentido: ADI 4.163, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 29-2-2012, *DJE de 1º-3-2013*.
- 3 Lei 9.868/1999: “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”
- 4 “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.”
- 5 Nesse sentido: ADI 3.343, rel. min. Ayres Britto, P, j. 1º-9-2011, *DJE de 22-11-2011*; e ADI 3.729, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 17-9-2007, *DJE de 9-11-2007*.
- 6 Nesse sentido: ADI 3.661, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 17-3-2011, *DJE de 10-5-2011*.
- 7 “Art. 2º Os postes de sustentação à rede elétrica, que estejam causando transtornos ou impedimentos aos proprietários e aos compromissários compradores de terrenos, serão removidos, sem quaisquer ônus para os interessados, desde que não tenham sofrido remoção anterior.”

Vinculação a salário mínimo e criação de órgão

À primeira vista, é inconstitucional lei que utilize o salário mínimo como referência para outras finalidades que não a remuneração pelo trabalho¹.

! As alusões ao salário mínimo contidas na norma questionada (Lei 1.598/2011 do Estado do Amapá) devem ser entendidas como uma referência ao valor vigente na data de publicação da lei em comento, vedada qualquer vinculação futura por força do inciso IV do art. 7º da [Constituição Federal](#).

A criação do “Conselho Gestor”, órgão vinculado à Secretaria da Inclusão e Mobilização Social do Estado do Amapá, para administrar o programa “Renda para Viver Melhor”, por emenda parlamentar, parece ter usurpado a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual, conforme definido nos arts. 25 e 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal.

Deferiu-se, assim, medida cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 5º, c; 9º, e; 14; e 17 da [Lei 1.598/2011](#) do Estado do Amapá, que preveem o pagamento de metade do valor de um salário mínimo às famílias que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza.

ADI 4.726 MC, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11-2-2015, acórdão publicado no [DJE de 4-3-2015](#).

([Informativo 774](#), Plenário)

1 CF/1988: “Art. 7º (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”

Poder Judiciário: teto estadual e isonomia

É inconstitucional lei estadual que estabeleça subteto aplicável aos servidores da Justiça desvinculado do subsídio mensal dos desembargadores do tribunal de justiça.

Em relação ao subteto dos servidores estaduais, a Constituição estabelece a seguinte sistemática: (i) possibilidade de definição de um subteto por Poder, hipótese em que o teto dos servidores da Justiça corresponderá ao subsídio dos desembargadores do tribunal de justiça (CF, art. 37, XI, na redação da Emenda Constitucional 41/2003¹); ou (ii) faculdade de definição de um subteto único, correspondente ao subsídio mensal dos desembargadores do tribunal de justiça, para os servidores de qualquer Poder, ficando de fora desse subteto apenas o subsídio de deputados e vereadores (CF, art. 37, § 12, conforme redação da Emenda Constitucional 47/2005²).

A lei ordinária estadual, tanto por alterar o subteto, que deixaria de corresponder ao valor do subsídio dos desembargadores, quanto por estabelecer um subteto por norma diversa de emenda constitucional, desrespeitou os parâmetros estabelecidos pelo § 12 do art. 37 da Constituição Federal.

Como a lei impugnada estabelece um subteto inferior e diferenciado apenas para os servidores do Judiciário, há, do ponto de vista material, evidente afronta ao princípio da isonomia.

Dessa forma, declarou-se a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei 11.905/2010³ do Estado da Bahia, que determinam a desvinculação entre o subteto dos servidores da Justiça e o subsídio mensal dos desembargadores.

ADI 4.900, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 11-2-2015, acórdão publicado no DJE de 20-4-2015.

(Informativo 774, Plenário)

¹ Art. 37. (...) XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal

do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

- 2 “Art. 37. (...) § 12. Para os fins do disposto no inciso XI do *caput* deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.”
- 3 “Art. 2º A remuneração dos servidores ocupantes de cargos, funções e empregos públicos no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, e os proventos, pensões ou outras espécies remuneratórias, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o valor de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais). Art. 3º O subsídio fixado no art. 1º e o valor estabelecido no art. 2º desta Lei somente poderão ser alterados por Lei específica, de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.”

Revisão de remuneração de servidores públicos e iniciativa legislativa

É inconstitucional a disciplina, pelo constituinte estadual, de matéria cuja iniciativa é reservada ao governador.

! A Constituição define que as matérias arroladas em seu art. 61, § 1º, II, *a* e *c*¹ somente poderão ser objeto de lei ordinária, observada a reserva de iniciativa. Esse modelo – considerado pelo Supremo Tribunal Federal como de observância obrigatória, em razão da simetria e do caráter sensível do tema² – deve ser seguido por todos os entes federativos, retirando-lhes a liberdade de dispor sobre essas matérias por emendas à Constituição estadual.

Em razão disso, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 89, § 6º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro³, que versa sobre a revisão concomitante e automática de valores incorporados à remuneração de servidores públicos em razão do exercício de função ou mandato quando reajustada a remuneração atinente à função ou ao cargo paradigma.

ADI 3.8484, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11-2-2015, acórdão publicado no DJE de 6-3-2015.

(*Informativo 774*, Plenário)

1 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;”

2 Nesse sentido: ADI 3.661, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 17-3-2011, *DJE de 10-5-2011*.

3 “Art. 89. (...) § 6º O valor incorporado a qualquer título pelo servidor ativo ou inativo, como direito pessoal, pelo exercício de funções de confiança ou de mandato, será revisto na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração do cargo que lhe deu causa.”

4 O ministro Marco Aurélio assentou que cumpre ao advogado-geral da União – ante a norma imperativa prevista no art. 103, § 3º, da Constituição Federal – defender o ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, e não emitir parecer no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Emenda parlamentar e vício formal

Não usurpam iniciativa reservada ao governador normas que se limitam a reproduzir, embora com redação distinta, conteúdo normativo idêntico ao de proposta formulada pelo Poder Executivo.

De origem parlamentar, os dispositivos impugnados limitaram-se a reproduzir o conteúdo normativo da proposta anteriormente apresentada pelo Executivo, o que descaracteriza eventual vício de iniciativa.

Assim, foi declarada a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da *Lei Complementar 10.845/1996* do Estado do Rio Grande do Sul¹, alterados por emenda de origem parlamentar, que versam sobre a remuneração de vantagens no serviço público estadual. *ADI 2.063*, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 2-3-2015*.

(*Informativo 774*, Plenário)

¹ “Art. 1º Os acréscimos automáticos devidos por triênio de efetivo exercício no serviço público estadual, computados na forma da lei, são limitados a 12 (doze) acréscimos por servidor, ressalvados os direitos dos servidores com concessão superior antecedente a 1º de agosto de 1996. Art. 2º A contar da vigência desta Lei Complementar, fica vedada, no âmbito do serviço público estadual, a incorporação da função gratificada aos vencimentos, na forma prevista no artigo 102 da Lei Complementar 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, bem como das demais vantagens a ela legalmente equiparadas para a referida finalidade, ficando assegurada a incorporação dos percentuais correspondentes aos biênios já exercidos, inclusive o em andamento, na forma do referido artigo 102, aos servidores que tenham exercido ou que estejam no exercício de função de confiança, ambos a contar do implemento do tempo de serviço exigido para este fim.”

Criação de cargos comissionados e processo legislativo

A incorporação ou a fusão de projetos de lei, por emenda parlamentar, é admissível desde que: (i) as proposições tenham sido apresentadas pela mesma autoridade; e (ii) não haja desvirtuamento da proposta inicialmente apresentada ou o aumento da despesa originalmente prevista (CF, art. 63, I e II¹).

! A Lei 11.075/2004 dispõe sobre a criação de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) e Funções Gratificadas (FG) em órgãos do Poder Executivo federal. Tal norma decorre da fusão do conteúdo da MP 220/2004 e do PL 4.601/2001, ambos de origem presidencial.

Inexiste impedimento à junção do conteúdo de duas iniciativas apresentadas pelo presidente da República. Tampouco há óbice a alterações parlamentares a propostas de deflagração reservada à referida autoridade, desde que observadas as restrições anteriormente mencionadas.

A eventual superação do limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal² para despesas com pessoal não caracteriza ofensa direta e imediata à Constituição. Afinal, a verificação do excesso de despesa, decorrente da criação de novos cargos em comissão e de funções gratificadas, circunscreve-se ao aspecto da legalidade.

Além disso, a criação dos cargos em comissão e das funções gratificadas não importa, por si só, em ofensa aos princípios do concurso público e da proporcionalidade.

Assim, foi declarada a constitucionalidade do art. 2º da Lei 11.075/2004, que fixa a criação de 435 cargos em comissão e de funções gratificadas a serem alocados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

ADI 3.942, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 5-2-2015, acórdão publicado no DJE de 3-3-2015.

(*Informativo 773*, Plenário)

¹ “Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º; II – nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.”

² Lei Complementar 101/2000.

Regime jurídico de servidor público e vício de iniciativa

A instauração do controle concentrado de constitucionalidade não está sujeita à observância de qualquer prazo decadencial¹.

- ! Trata-se de orientação já consolidada na Corte, nos termos do Enunciado 360 da
- Súmula do Supremo Tribunal Federal².

Em obediência ao princípio constitucional da indisponibilidade, eventual sanção, pelo chefe do Poder Executivo, a projeto de lei deflagrado com vício de iniciativa não convalida a usurpação da prerrogativa constitucional de iniciar o processo legislativo³.

- ! A locução constitucional “regime jurídico” abrange, entre outras regras, aquelas
- relativas aos direitos e às vantagens de ordem pecuniária dos servidores públicos⁴.

Assim, a matéria constante da lei impugnada, que dispõe sobre a indenização por morte e invalidez permanente de servidores públicos, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.

Foi declarada a inconstitucionalidade da [Lei 6.841/1996](#) do Estado de Mato Grosso, que, além de oriunda de iniciativa parlamentar, cuida do regime jurídico dos servidores públicos militares do referido Estado-Membro.

ADI 3.9205, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-2-2015, acórdão publicado no [DJE de 16-3-2015](#).

([Informativo 773](#), Plenário)

- 1 Nesse sentido: ADI 1.247 MC, rel. min. Celso de Mello, P, j. 17-8-1995, [DJ de 25-8-1995](#).
- 2 “Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal.”
- 3 Nesse sentido: ADI 1.381 MC, rel. min. Celso de Mello, P, j. 7-12-1995, [DJ de 14-12-1995](#).
- 4 ADI 766 MC, rel. min. Celso de Mello, P, j. 3-9-1992, [DJ de 9-9-1992](#).
- 5 O ministro Marco Aurélio assentou que cumpre ao advogado-geral da União – ante a norma imprevista no art. 103, § 3º, da Constituição Federal – defender o ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, e não emitir parecer no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Entidade de classe e legitimidade ativa

A Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares (FENEME), o Clube dos Oficiais da Polícia Militar do Pará (COPMPA), o Clube dos Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar do Pará (COCB), a Associação dos Cabos e Soldados da Polícia Militar do Pará (ASSUBSAR) e o Instituto de Defesa dos Servidores Públicos Cíveis e Militares do Estado do Pará (INDESPCMEPA) não detêm legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

! A Feneme não abrange a totalidade dos servidores dos corpos militares estaduais, o que caracteriza uma representatividade apenas parcial¹.

As demais entidades citadas, por sua vez, têm atuação limitada ao âmbito estadual, de modo que não se enquadram na regra prevista no art. 103, IX, da Constituição Federal, que exige caráter nacional, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal².

ADI 4.967, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-4-2015*.

(*Informativo 773*, Plenário)

1 Nesse sentido: ADI 4.473 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 20-6-2012, *DJE de 1º-8-2012*.

2 Nesse sentido: ADI 108 QO, rel. min. Celso de Mello, P, j. 13-4-1992, *DJ de 5-6-1992*; ADI 3.381, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 6-6-2007, *DJ de 29-6-2007*; e ADI 3.606 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 2-8-2006, *DJ de 27-10-2006*.

Concurso público: reenquadramento e art. 19 do ADCT

A estabilidade excepcional, prevista pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹, não dá direito à efetividade ou a qualquer tipo de transposição, tampouco permite que o servidor integre a carreira sem a prévia aprovação em concurso público.

! A mencionada estabilidade não se confunde com o provimento efetivo em cargo público, pois este pressupõe aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme entendimento sintetizado no Enunciado 685 da Súmula do Supremo Tribunal Federal².

O servidor estável, nos termos do citado preceito constitucional transitório, tem assegurada somente a permanência no cargo para o qual foi arrematado.

Em virtude disso, foi declarada a inconstitucionalidade dos §§ 3º, 4º e 6º do art. 231 da *Lei Complementar 165/1999* do Estado do Rio Grande do Norte, com a redação emprestada pela *Lei Complementar estadual 174/2000*³, que conferiam o direito de enquadramento definitivo aos auxiliares de cartório que contavam com cinco anos de exercício quando promulgada a *Constituição Federal* de 1988.

Por outro lado, foi conferida interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 231 da *Lei Complementar estadual 165/1999*⁴ – que dispõe sobre a possibilidade de os escrivães que acumulam as funções notarial e registral optarem pelo cargo de técnico judiciário –, para que a abrangência da norma se estenda apenas aos escrivães que acumulavam funções notarial e registral além das atinentes a cargo efetivo, alcançado mediante concurso público, considerados os juízos.

ADI 2.4335, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 4-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 5-3-2015*.

(*Informativo 773, Plenário*)

- 1 “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”
- 2 “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

- 3 “Art. 231. Os atuais cargos de Escrivão, Escrevente Substituto e Ajudante de Cartório Oficializado são transformados nos cargos de Técnico Judiciário. (...) § 3º Fica assegurado aos Auxiliares de Cartórios, que se encontravam com cinco (05) anos cumpridos de exercício ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, e que permaneceram vinculados ao serviço, quando da vigência da Lei Complementar n. 165, de 28 de abril de 1999, o direito de optar pelo enquadramento definitivo no Quadro Permanente de Pessoal do Poder Judiciário. § 4º O enquadramento de que trata o parágrafo anterior dar-se-á no cargo de Auxiliar Técnico – Nível AT-1, e far-se-á mediante requerimento do interessado, dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça, ficando o requerente obrigado a apresentar documentação comprobatória do ato da designação perante a serventia judicial e do termo de compromisso, bem como da permanência vinculada à Secretaria Judicial. (...) § 6º O disposto no § 3º deste artigo aplica-se aos serviços extrajudiciais que estiverem vagos na data da vigência desta Lei ou os que vierem a vagar no prazo de um ano, desde que preencham os requisitos ali previstos.”
- 4 “Art. 231. (...) § 2º Os escrivães que acumulam as funções notarial e registral podem optar pelo cargo de Técnico Judiciário, contanto que o façam no prazo de dez dias a partir da instalação da Secretaria do respectivo Juízo.”
- 5 O ministro Marco Aurélio assentou que cumpre ao advogado-geral da União – ante a norma imperativa prevista no art. 103, § 3º, da Constituição Federal – defender o ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, e não emitir parecer no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. O ministro Teori Zavascki, por sua vez, manifestou-se em sentido contrário: “(...) quanto à posição do ministro relator em relação à natureza da manifestação da AGU, que a jurisprudência do Supremo é majoritária num sentido diferente, e por isso eu faço essa ressalva”.

Despesas orçamentárias e vício de iniciativa

A revogação dos dispositivos legais questionados em ação direta de inconstitucionalidade tem por consequência o reconhecimento da perda superveniente do objeto da ação¹.

- ! É entendimento pacífico da Corte² a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade nessa hipótese.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³, não se aplica a alínea b do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal⁴ aos Estados-Membros, uma vez que a incidência desse dispositivo está circunscrita aos Territórios Federais. Também não se deve cogitar descumprimento da alínea e do mesmo dispositivo constitucional, pois não houve criação ou extinção de secretarias ou de órgãos da Administração Pública estadual.

- ! Ademais, não está caracterizada ofensa ao art. 22, I, da Constituição Federal, visto que a lei impugnada não cuida de matéria de Direito Civil, mas de Direito Financeiro e Administrativo.

Lei estadual que concede isenção a devedores primitivos com a assunção da dívida pelo ente federativo, o qual passa a ocupar a condição de devedor principal, não ofende o princípio da moralidade (CF, art. 37).

- ! A opção política feita pelo legislador estadual não afrontou o aludido princípio.
- Afinal, quando a isenção foi concedida aos agricultores gaúchos, o Estado do Rio Grande do Sul assumiu a dívida, sem que houvesse prejuízo ao adimplemento das obrigações assumidas.

A via do controle abstrato de inconstitucionalidade não é adequada para o exame de matéria de fato.

- ! A discussão relativa à superação dos limites gerais da dívida mobiliária e a cons-tatação de que políticas públicas teriam sido prejudicadas demandam análise e revolvimento de questões de fato, genericamente apontadas na petição inicial,

sendo incapazes de evidenciar ofensa direta ao texto constitucional. Consequentemente, é inviável a ação de controle concentrado⁵.

A vedação de emenda parlamentar que gere aumento de despesa abrange somente projetos de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo e não os projetos de lei de iniciativa parlamentar.

- ! A norma impugnada não viola o art. 63, I, da *Constituição Federal*⁶, haja vista
- não se tratar de lei de iniciativa exclusiva do presidente da República.

A norma contida no art. 167, II, da *Constituição Federal*⁷ se destina especificamente ao administrador público responsável pela execução dos programas contemplados na lei, com a utilização dos créditos orçamentários.

- ! Os créditos orçamentários estabelecem os limites da atividade do administrador. Além disso, os valores eventualmente recebidos dos agricultores beneficiados pela isenção em comento, em nenhuma hipótese, seriam revertidos diretamente para o orçamento.

Por conseguinte, foi declarada a constitucionalidade do art. 1º da *Lei 11.367/1999* do Estado do Rio Grande do Sul, que concedeu isenção aos produtores rurais gaúchos beneficiados pelo Programa Emergencial de Manutenção e Apoio a Pequenos Proprietários Rurais (*Decreto 36.459/1996*).

A transposição de dotação orçamentária – originalmente destinada a um órgão para outro diverso⁸ –, por ato de iniciativa parlamentar, caracteriza invasão de competência do Poder Executivo para dispor sobre orçamentos anuais, conforme disposição do art. 165, III, da *Constituição Federal*⁹.

- ! Em razão disso, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 2º da *Lei estadual 11.367/1999*¹⁰, que alterou a redação do inciso *b* do art. 2º da *Lei estadual 11.185/1998*.

ADI 2.072, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 2-3-2015*.

(*Informativo 773*, Plenário)

- 1 Com base nesse entendimento, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada prejudicada quanto aos arts. 3º e 4º da *Lei gaúcha 11.367/1999*. O Tribunal asseverou que, embora a *Lei 11.774/2002* do Estado do Rio Grande do Sul também tivesse revogado expressamente o art. 2º da *Lei 11.367/1999*, nesse ponto, não se poderia julgar o pedido prejudicado, em razão do deferimento anterior da medida cautelar.
- 2 No julgamento da ADI 1.859 QO (rel. min. Marco Aurélio, P, j. 14-10-1999, *DJ de 26-11-1999*), o Plenário, por unanimidade, decidiu que, “uma vez revogados os preceitos legais, cumpre concluir pela perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade”.
- 3 Nesse sentido: ADI 2.464, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 11-4-2007, *DJ de 25-5-2007*.
- 4 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;”
- 5 Nesse sentido: ADI 1.585, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 19-12-1997, *DJ de 3-4-1998*; e ADI 1.035 AgR, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 26-5-1997, *DJ de 27-6-1997*.
- 6 “Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;”
- 7 “Art. 167. São vedados: (...) II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”
- 8 No caso, houve transferência de dotação orçamentária inicialmente destinada à Secretaria de Agricultura e do Abastecimento para o Fundo Rotativo de Emergência e Agricultura Familiar.
- 9 “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) III – os orçamentos anuais.”
- 10 “Art. 2º A alínea *a* do artigo 2º da *Lei n. 11.185*, de 7 de julho de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 2º (...) a) recursos da dotação orçamentária da Secretaria da Agricultura e do Abastecimento que fomentam a Agricultura Familiar.’”

Progressão funcional de servidor público e iniciativa legislativa

Há evidência de inconstitucionalidade em lei estadual oriunda de projeto de iniciativa parlamentar que trate de matérias atinentes ao regime jurídico dos servidores estaduais.

As regras básicas do processo legislativo da União devem ser obrigatoriamente respeitadas pelos Estados-Membros¹, razão pela qual a inobservância do art. 61, § 1º, II, c, da *Constituição Federal*² acarreta inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa.

Em virtude disso, foi referendada medida cautelar que suspendeu a eficácia do art. 1º da *Lei 10.011/2013* do Estado do Mato Grosso, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre o aceite dos títulos obtidos nos países integrantes do Mercosul para a progressão funcional de servidores estaduais.

ADI 5.091 MC-REF, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-3-2015*.

(*Informativo 773*, Plenário)

¹ ADI 2.420, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 24-2-2005, *DJ de 8-4-2005*.

² “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.”

Responsabilidade civil do Estado e instituição de pensão especial para vítimas de crimes

É inconstitucional lei estadual que imponha ao ente estatal o pagamento de pensão especial a cônjuge de vítima de determinados crimes hediondos praticados por terceiros na respectiva unidade federativa, independentemente de o autor do crime ser ou não agente público.

! Os dispositivos legais impugnados impuseram ao Governo do Distrito Federal responsabilidade superior à prevista pelo art. 37, § 6º, da *Constituição Federal*¹. O ente seria obrigado a reparar danos causados por terceiros, uma vez que o autor do delito não precisaria ser, necessariamente, agente público.

Além disso, não se pode atribuir caráter assistencial à referida pensão especial, ante a não observância das disposições contidas nos arts. 203 e 204 da *Constituição Federal*².

Foi declarada, portanto, a inconstitucionalidade da *Lei 842/1994*, com redação dada pela *Lei 913/1995*, e a do art. 2º da *Lei 913/1995*, ambas do Distrito Federal. Tais normas dispunham sobre o pagamento de pensão especial a ser concedida pelo Governo do Distrito Federal em benefício dos cônjuges de pessoas vítimas de determinados crimes hediondos, independentemente de o autor do delito ser ou não agente do Estado.

ADI 1.358, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-3-2015*.

(*Informativo 775, Plenário*)

- 1 “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”
- 2 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”; e “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do

orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

CONTROLE
JURISDICCIONAL
DE POLÍTICAS
PÚBLICAS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Obras emergenciais em presídios: reserva do possível e separação de poderes

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

Os direitos fundamentais não são normas meramente programáticas e a supremacia da dignidade da pessoa humana legitima a intervenção judicial para dar efetividade a esse postulado. Consequentemente, deve-se assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da [Constituição Federal](#)¹.

A temática, ao envolver a violação de normas constitucionais², infraconstitucionais³ e internacionais,^{4, 5, 6 e 7} autoriza o Judiciário a intervir para que o conteúdo do sistema constitucional seja garantido a qualquer jurisdicionado, de acordo com o postulado da inafastabilidade da jurisdição. Nesse sentido, aos juízes é conferido o poder geral de cautela, o que lhes permite conceder medidas atípicas sempre que se mostrarem necessárias para assegurar a efetividade do direito.

Por outro lado, não é oponível o argumento do princípio da separação dos poderes e, tampouco, da reserva do possível. Em relação à última cláusula, isso somente ocorreria se objetivamente verificado justo motivo que tivesse sido suscitado pelo poder público para não realizar o mandamento constitucional.

Não se trata de hipótese em que o Judiciário ingressa indevidamente em campo reservado à Administração. Embora o magistrado não deva substituir o gestor público, pode compeli-lo a cumprir o programa constitucional vinculante, especialmente quando se trata de preservar a dignidade da pessoa humana.

Não é dado ao Judiciário atuar, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais sejam ameaçados, pois não cabe ao magistrado agir sem que seja provocado, transmudando-se em administrador público. Nesse sentido, o juiz só pode intervir nas situações em que se evidencie um “não fazer” por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Tendo em vista que o caso se trata de um problema historicamente crônico de omissão do Executivo, se o Estado detém o poder de privar essas pessoas de liberdade, cabe ao Judiciário exercer o dever de proteção⁸.

Assim, não há falar em indevida implementação de políticas públicas na seara carcerária, à luz da separação dos poderes. Ainda que a judicialização não substitua a política, há exceções, como é o caso da proteção dos direitos de uma minoria sem direitos políticos e sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões.

RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 794*, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 5º (...) XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”
- 2 Arts. 1º, III, e 5º, XLIX.
- 3 Os arts. 3º, 40 e 85 da *Lei 7.210/1984* (Lei de Execução Penal – LEP).
- 4 “Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. (...) Artigo 5 Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Artigo 6 Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. (...) Artigo 8 Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (Extraído do voto do ministro Ricardo Lewandowski, no presente julgamento.)
- 5 “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966, internalizado pelo *Decreto 592* de 6 julho de 1992. (...) Artigo 7. Ninguém poderá ser submetido à *tortura*, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (...) Artigo 10 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.” (Extraído do voto do ministro Ricardo Lewandowski, no presente julgamento.)
- 6 “Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, internalizado pelo *Decreto 678* de 6/11/1992. (...) Artigo 5 Direito à Integridade Pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (Extraído do voto do ministro Ricardo Lewandowski, no presente julgamento.)
- 7 “(...) Resoluções 663 C (XXIV) e 2076 (LXII), aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1957 e 1977, respectivamente, após a realização, em Genebra, do Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em 1955, que estabelecem Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, dentre as quais: “(...) **9. 1 As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso.** Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração penitenciária central adote exceções a esta regra, deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local. (...) **10. As acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde,** tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar dispo-

nível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação. 11. Em todos os locais destinados aos reclusos, para viverem ou trabalharem: a) As janelas devem ser suficientemente amplas de modo a que os reclusos possam ler ou trabalhar com luz natural, e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial; b) A luz artificial deve ser suficiente para permitir aos reclusos ler ou trabalhar sem prejudicar a vista. **12. As instalações sanitárias devem ser adequadas, de modo a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente.** 13. As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima, tão frequentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado. 14. Todas as zonas de um estabelecimento penitenciário usadas regularmente pelos reclusos devem ser mantidas e conservadas sempre escrupulosamente limpas. 15. Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, ser-lhes-ão fornecidos água e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza. **16. A fim de permitir aos reclusos manter um aspecto correto e preservar o respeito por si próprios, ser-lhes-ão garantidos os meios indispensáveis para cuidar do cabelo e da barba; os homens devem poder barbear-se regularmente.** 17. 1) Deve ser garantido vestuário adaptado às condições climatéricas e de saúde a todos os reclusos que não estejam autorizados a usar o seu próprio vestuário. **Este vestuário não deve de forma alguma ser degradante ou humilhante.** 2) Todo o vestuário deve estar limpo e ser mantido em bom estado. **As roupas interiores devem ser mudadas e lavadas tão frequentemente quanto seja necessário para manutenção da higiene.** (...) 19. A todos os reclusos, de acordo com padrões locais ou nacionais, deve ser fornecido um leito próprio e roupa de cama suficiente e própria, que estará limpa quando lhes for entregue, mantida em bom estado de conservação e mudada com a frequência suficiente para garantir a sua limpeza.” (Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski, no presente julgamento – sem grifos no original.)

- 8 “(...) em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 12-8-2015). Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como ‘Urso Branco’, situado em Porto Velho/RO. Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte (IF 5.129/RO). Lamentavelmente, a situação do ‘Urso Branco’ não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias. A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatupé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos reclusos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos (Para informações mais detalhadas ver: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>>). Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. Quanto a tal ponto vale trazer à baila a seguinte

lição de Flávia Piovesan: '(...) os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. Como leciona Louis Henkin: 'A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional. (...) Estados Federais, por vezes, têm buscado negar sua responsabilidade em relação a condutas praticadas por Estados ou Províncias. Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder. Exceções a esta regra podem ser feitas pelo próprio tratado ou em determinadas circunstâncias' (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 299-300.) (...). A própria possibilidade de federalização de violações aos direitos fundamentais, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 ('Art. 109. (...) § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal'), tem como escopo evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, ao mesmo tempo em que reafirma o primado da dignidade humana como um dos pilares da República (Sobre o tema vide: CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009)." (Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski, no presente julgamento.)

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Inviolabilidade de domicílio e flagrante delito

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem a ocorrência, dentro da casa, de situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

! Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Ou seja, não é o resultado positivo que fundamentará a realização de busca e apreensão em domicílio.

Inicialmente, há de se considerar que, nas hipóteses em que a Constituição dispensa o controle judicial prévio, resta o controle posterior. Assim, a ausência de mandado judicial prévio, em situações que exijam¹, pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post factum*.

Entretanto, pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado. Desse modo, não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que as levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.

Tendo-se em vista que se poderia, por essa lógica, legitimar a medida de busca e apreensão domiciliar, mesmo mediante a adoção de critério arbitrário de investigação², é necessário estabelecer interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa.

Nesse sentido, o fortalecimento do controle *a posteriori* exige dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. É imprescindível demonstrar que houve elementos prévios à medida para caracterizar a suspeita de situação a autorizar o ingresso forçado em domicílio.

O fundamental é que se possa ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado e assegurar à defesa a oportunidade de impugnar, em processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida.

Em suma, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

Por outro lado, é sabido que provas ilícitas, informações de inteligência policial, denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais”³, por exemplo, e elementos que, em geral, não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

Se nos elementos desprovidos de valor probatório não há força suficiente para adoção de medidas invasivas para autorizar previamente, mediante mandado judicial, a invasão domiciliar, também não terá para ratificar a diligência realizada sem a ordem judicial.

Assim, a entrada forçada em domicílio, sem justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária, uma vez que só é lícita⁴ quando amparada em fundadas razões. Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas.

Por fim, o modelo probatório deve ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar – apresentação de “fundadas razões”, na forma do art. 240, § 1º, do CPP⁵ –, tratando-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

RE 603.616, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 4 e 5-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(Informativo 806, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Assim consideradas ‘as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustraria esforços legítimos de aplicação da lei’ – ‘Those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of a suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts’ [United States v. McConney, 728 F. 2d 1195, 1199 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 824 (1984)]”. (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, no presente julgamento.)
- 2 Imagine-se, por exemplo, que a polícia selecionasse casas por sorteio e, nas escolhidas, realizasse busca e apreensão, independentemente de qualquer informação sobre seus moradores. Possivelmente, seriam flagrados crimes em algumas delas. O resultado positivo das buscas, no entanto, não justificaria sua realização. O fundamental é que o critério para a decisão de realizar a entrada forçada foi arbitrário.
- 3 Informantes policiais são pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas.
- 4 A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos, flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro, a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.

- 5 “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.”

Habeas data e informações fazendárias

O *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção de dados relativos ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais¹.

Por um lado, as informações fiscais conexas ao próprio contribuinte – ainda que sigilosas – devem ser protegidas da sociedade em geral.² Por outro, o indivíduo a quem esses dados se referem deve ter acesso a tal conteúdo, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, XXXIII³, da [Constituição Federal](#). Afinal, aos contribuintes é constitucionalmente assegurado o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, ressalvado, tão somente, o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A regra contida no parágrafo único do art. 1º da [Lei 9.507/1997](#)⁴ considera de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros, ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

Essa norma não tem por objetivo negar a seu próprio titular o conhecimento das informações a seu respeito que estejam cadastradas junto às entidades depositárias. Pretende, na verdade, restringir a divulgação a outros órgãos, que não o detentor das informações, ou a terceiros, que não o titular dos dados registrados; não tem o condão de restringir o direito postulado, portanto.

Assim, a limitação que contém o parágrafo único do art. 1º da [Lei 9.507/1997](#) deve ser interpretada em consonância com o art. 5º, LXXII, da [Constituição Federal](#).

O registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, de modo direto ou indireto. Posto isso, o Estado, por meio de seus órgãos ou poderes, ao deter em seus registros ou bancos de dados informações permanentes ou temporárias dos contribuintes, seja para que fim for, não pode se negar a fornecê-las a quem de direito, sob pena de violar a [Constituição Federal](#), ressalvado o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Cabe destacar que, tratando-se de informação subjetiva, ou seja, de dados pessoais relativos ao próprio requerente, não há como se defender serem comprometedores para a segurança da sociedade ou do Estado. Portanto, o acesso a esses dados não pode ser negado ao próprio requerente⁵.

Cabe destacar o parecer do procurador-geral da República: “Da leitura do apontado dispositivo constitucional, infere-se, contudo, a proteção em relação aos registros ou bancos de dados de entidade governamentais ou àqueles de caráter público geridos por pessoas privadas. Essa lição de Gilmar Mendes, enquanto doutrinador: ‘O texto constitucional não deixa dúvida de que o *habeas data* protege a pessoa não só em relação aos bancos de dados das entidades governamentais, como também em relação aos bancos de caráter público geridos por pessoas privadas’. No mesmo sentido José Afonso da Silva: ‘Entidades governamentais’ é uma expressão que abrange órgãos da administração direta e indireta. Logo, a expressão ‘entidades de caráter público’ não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou do interesse público, envolvendo-se aí não só os concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção ao crédito ou divulgadores profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria e fornecimento de malas-diretas.’ Nesse passo, afirmar a suposta ausência de caráter público não constitui argumento idôneo a impedir o acesso às informações e consequentemente indeferir o *habeas data*, haja vista ser o cadastro mantido por entidade governamental, qual seja, a Receita Federal, e não por pessoa privada”.

Além disso, a partir do direito à informação, garantido enfaticamente em diversas passagens da Constituição Federal de 1988, a doutrina começa a desenvolver a aplicação do conceito/mecanismo de *accountability* à realidade brasileira. O termo traduz a tentativa de prevenir e corrigir abusos de poder a partir de três parâmetros a serem observados pela Administração Pública⁶:

- I. obrigação de se abrir ao público;
- II. obrigação de se explicar e justificar suas ações; e
- III. subordinação à possibilidade de sanções.

“A *accountability* deve ser compreendida, portanto, como um conceito relacional que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa.”⁷

Pode-se falar, nesta esteira, no direito à informação no quadro de reconfiguração do papel do Estado. O acesso pleno a conteúdo de banco de dados públicos, esteja em poder de órgãos públicos ou de entidades privadas, é a nova baliza constitucional a

ser colmatada por processo de concretização constitucional. Além disso, a tese supra é corroborada pela *Lei 12.527/2011*, Lei de Acesso à Informação (LAI).

Nesse sentido, rejeitando-se visão reducionista da garantia constitucional inaugurada pela Constituição Federal, o *habeas data* é instrumento de tutela de direitos fundamentais e encerra amplo espectro.

RE 673.707, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 17-6-2015, acórdão publicado no DJE de 30-9-2015.

(Informativo 790, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 Na espécie, cuidava-se de dados constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.
- 2 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”
- 3 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”
- 4 “Art. 1º (Vetado) Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”
- 5 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 176; e LIPPMANN, Ernesto. O *habeas data* visto pela doutrina e interpretado pelos Tribunais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, n. 723, jan. 1996, p. 117.
- 6 SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Mark F. (Eds.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Colorado: Lynne Rienne, 1999. p. 13-28.
- 7 CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 15-40, maio/jun. 2013.

Mandado de injunção: aposentadoria especial de oficiais de justiça¹

A exposição meramente eventual a situações de risco – a que podem estar sujeitas diversas categorias de servidores públicos – não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial, prevista no art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal².

! Diante do caráter aberto da expressão “atividades de risco” e da relativa liberdade de de conformação do legislador, somente há omissão inconstitucional quando a periculosidade for inequivocamente inerente ao ofício.

Portanto, somente se enquadram no conceito de “atividade de risco” as atividades perigosas por sua própria natureza. Apenas em relação a essas atividades é que existe um estado de omissão inconstitucional, salvo no caso das “estritamente policiais”, já contempladas pela Lei Complementar 51/1985.

O Congresso Nacional, quando cumprir o dever de legislar previsto no art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal, poderá prever critérios mais ou menos elásticos para a identificação das “atividades de risco”. Não poderá, contudo, deixar de contemplar as atividades inerentemente perigosas, sob pena de violação ao núcleo essencial do dispositivo.

Assim, embora as atividades de risco possam ser, em tese, previstas na lei a ser editada, a norma depende de escolha política, a ser exercida dentro do espaço próprio de deliberação majoritária, respeitadas as disposições constitucionais.

Quanto aos oficiais de justiça, cujas atribuições estão previstas no art. 143 do *CPC/1973*³, eles podem estar sujeitos a situações de risco, notadamente quando no exercício de funções em áreas dominadas pela criminalidade ou em locais marcados por conflitos fundiários. Trata-se de risco contingente, e não inerente ao serviço. O perigo na atividade seria eventual, portanto.

Ademais, a percepção de gratificações ou adicionais de periculosidade pelos oficiais de justiça, bem como o fato de poderem obter autorização para porte de arma de fogo de uso permitido⁴ não são, por si sós, suficientes para reconhecer-lhes o direito à aposentadoria especial, em razão da autonomia entre o vínculo funcional e o previdenciário.

MI 833, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 11-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 30-9-2015*.

(*Informativo 789*, Plenário)

- 1 Entendimento aplicado também no MI 844, rel. orig. min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, P, j. 11-6-2015, *DJE de 30-9-2015*. (*Informativo 789*).
- 2 “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (...) II – que exerçam atividades de risco;”
- 3 “Art. 143. Incumbe ao oficial de justiça: I – fazer pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e mais diligências próprias do seu ofício, certificando no mandado o ocorrido, com menção de lugar, dia e hora. A diligência, sempre que possível, realizar-se-á na presença de duas testemunhas; II – executar as ordens do juiz a que estiver subordinado; III – entregar, em cartório, o mandado, logo depois de cumprido; IV – estar presente às audiências e coadjuvar o juiz na manutenção da ordem; V – efetuar avaliações.”
- 4 Lei 10.826/2003, art. 10, § 1º, I, c/c art. 18, § 2º, I, da IN 23/2005-DG-DPF, e art. 68 da Lei 8.112/1990.

Inscrição de ente público em cadastro federal de inadimplência e devido processo legal

Comprovado que o lançamento do Estado no Cadastro Único de Convênios (CAUC) e no Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) ocorreu sem se viabilizar, à exaustão, o direito de defesa, é cabível a suspensão do procedimento¹.

! É necessário observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa
 ● no tocante à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência².

Com isso, não se mostra apropriado registrar o ente federado na condição de inadimplente se a inscrição nos cadastros federais (de inadimplência) tiver sido feita sem que o autor tenha pleno conhecimento dos elementos necessários à apresentação de defesa.

Por outro lado, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação advém tanto por estarem presentes, em polos distintos, Estado-Membro e União quanto por estar em jogo a inscrição do ente local em cadastro federal de inadimplência, a impedir a contratação de operações de crédito, a celebração de convênios e o recebimento de transferências de recursos. Dessa forma, a situação revela possível abalo ao pacto federativo, o que enseja a incidência do art. 102, I, f, da [Constituição Federal](#)³.

Ademais, embora o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) possua personalidade jurídica própria, cabe à União, na qualidade de gestora, proceder à inscrição no Cauc e no Siafi.

ACO 1.995, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 26-3-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-8-2015.

(Informativo 779, Plenário)

1 No caso, sustentava-se que a União teria feito a inscrição do Estado da Bahia no Cauc e no Siafi por reprovação na prestação de contas alusiva a convênios em que figuravam como partes a Secretaria Estadual de Educação e a União, todos relativos a verbas do FNDE. Alegava-se que, por motivo de força maior, o Estado-Membro não tivera possibilidade de encaminhar a documentação necessária à manutenção dos convênios, e que, em virtude dessa pendência, a Secretaria de Educação fora inserida no Cauc, o que supostamente violaria o devido processo legal. Em razão disso, estariam paralisadas as operações de crédito necessárias à continuidade dos programas de educação estaduais.

2 Sobre incidência dos direitos fundamentais (processuais) a pessoas jurídicas de direito público: AC 2.032 QO, rel. min. Celso de Mello, P, j. 15-5-2008, *DJE de 20-3-2009*.

- 3 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;”

ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Parlamentar e imunidade

Desde que guardem alguma pertinência com suas funções parlamentares, as palavras dos congressistas estarão cobertas pela imunidade material do art. 53, *caput*, da Constituição Federal¹, ainda que, em tese, se enquadrem em tipos penais.

! A Constituição garantiu tolerância quanto ao uso – que normalmente seria considerado abusivo – do direito de expressar livremente as opiniões, quando proveniente de parlamentar no exercício do mandato. Essa condescendência se justifica para assegurar um bem maior: a própria democracia.

Assim, entre um parlamentar acuado pelo eventual receio de processo criminal e um parlamentar livre para expor as suspeitas que parem sobre outros homens públicos, mesmo de forma que possa ser considerada abusiva e, portanto, criminosa, o caminho trilhado pela Constituição foi o de conferir liberdade ao congressista.

A regra da imunidade deve prevalecer nas situações limítrofes em que não seja delineada a conexão entre a atividade parlamentar e as ofensas irrogadas a pretexto de exercê-la, bem como quando não se possa, de plano, dizer que exorbitam do exercício do mandato.

Embora a imunidade material parlamentar tenha essas características e, além disso, seja uma proteção adicional ao direito fundamental de todas as pessoas à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da Constituição, não é uma prerrogativa absoluta. Restringe-se a opiniões e palavras externadas, dentro ou fora do recinto do Congresso Nacional, mas no exercício do mandato ou em razão dele.

Em outras palavras, prevalece a compreensão de que a imunidade parlamentar não se estende para opiniões ou palavras que possam malferir a honra de alguém quando essa manifestação estiver dissociada do exercício do mandato.

Inq 4.088 e Inq 4.097, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 1º-12-2015, acórdãos pendentes de publicações.

(*Informativo 810*, Primeira Turma)

¹ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

Imunidade parlamentar de vereador e exercício do mandato

Nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos, nos termos do art. 29, VIII, da Constituição Federal.^{1 e 2}

Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política – respeitadas os limites trazidos pela própria Constituição – não são passíveis de responsabilização judicial, o que não afasta, contudo, a possibilidade de reprimenda política da conduta³.

A inviolabilidade das opiniões, palavras e votos dos vereadores caracteriza-se como proteção adicional à liberdade de expressão, visando assegurar a fluência do debate público e a democracia.

RE 600.063, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 25-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 15-5-2015*.

(*Informativo 775*, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;”
- 2 Vencido o ministro Marco Aurélio, que entendia não haver, no caso, correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, não configurado, por conseguinte, o desrespeito ao art. 29, VIII, da Constituição Federal, razão pela qual desprovia o recurso extraordinário.
- 3 Nesse sentido: RE 140.867, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 3-6-1996, *DJ de 4-5-2001*; e AI 631.276, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJE de 15-2-2011*.

MINISTÉRIO PÚBLICO

DIREITO CONSTITUCIONAL

LC 75/1993: auxílio-moradia e promoção com deslocamento

Não é devido aos membros do Ministério Público da União (MPU) o pagamento de auxílio-moradia em razão de promoção com deslocamento.

- ! É juridicamente impossível a criação de nova hipótese de concessão de benefício
- não prevista em lei.

Os atos administrativos normativos não podem ultrapassar os limites da lei que regulamentam, dispendo acerca de situações não previstas na norma primária de que retiram seu fundamento de validade.

O auxílio-moradia¹ assegura aos membros do MPU o pagamento do benefício apenas quando lotados “em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas, assim definido em ato do Procurador-Geral da República”.

Consequentemente, a definição – por meio de portaria do procurador-geral da República (PGR) – de que o auxílio em comento seria concedido aos membros do MPU promovidos com deslocamento extrapola os limites do art. 227, VIII, da *Lei Complementar 75/1993*.

O dispositivo legal não prevê a possibilidade de que ato do chefe do MPU estabeleça outros casos de concessão do auxílio. Cabe ao PGR apenas a atribuição para definir os locais em que a lotação ensejaria o pagamento do benefício.

MS 25.838, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 29-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 13-10-2015*.

(Informativo 801, Primeira Turma)

¹ *LC 75/1993*: “Art. 227. Os membros do Ministério Público da União farão jus, ainda, às seguintes vantagens: (...) VIII – auxílio-moradia, em caso de lotação em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas, assim definido em ato do Procurador-Geral da República;”

PRECATÓRIOS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Sociedade de economia mista e regime de precatório

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório¹.

! Ao agir nessas condições, a pessoa jurídica estatal presta serviço público primário e em regime de exclusividade. Além disso, não visa à obtenção de lucro e detém capital social majoritariamente estatal.^{2, 3 e 4}

Assim, pelo fato de a realização de suas atividades corresponderem à própria atuação do Estado, faz jus ao processamento da execução por meio de precatório.

RE 852.302 AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 15-12-2015, acórdão publicado no DJE de 29-2-2016.

(*Informativo 812, Segunda Turma*)

- 1 “Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. Art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE 599.628, rel. orig. min. Ayres Britto, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P, j. 25-5-2011, *DJE de 17-10-2011*.)
- 2 “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público em regime não concorrencial: aplicabilidade do regime de precatório. Julgado recorrido divergente da jurisprudência do Supremo Tribunal. Agravo e recurso extraordinário providos. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ARE 698.357 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 18-9-2012, *DJE de 4-10-2012*.)
- 3 “Agravo regimental. Financeiro. Execução de sentenças transitadas em julgado. Entidade controlada pelo poder público que executa serviços públicos primários e essenciais. Falta de comprovação do acúmulo ou da distribuição de lucros. Regime de precatório. Aplicabilidade. Art. 100 da Constituição. O Pleno assentou que as entidades jurídicas que atuam em mercado sujeito à concorrência, permitem a acumulação ou a distribuição de lucros submetem-se ao regime de execução comum às empresas controladas pelo setor privado (RE 599.628, rel. orig. min. Carlos Britto, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, j. 25-5-2011). Porém, trata-se de entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de

precatórios. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (RE 592.004 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 5-6-2012, *DJE de 22-6-2012*.)

- 4 “Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Exercício de atividade pública essencial. Submissão ao regime de precatórios. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (RE 848.867 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 7-4-2015, *DJE de 28-4-2015*.)

RECLAMAÇÃO

DIREITO CONSTITUCIONAL

Reclamação: aposentadoria espontânea e extinção do contrato de trabalho

É incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante¹.

! A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas o objeto da ação.

Se não for aplicado o dispositivo declarado inconstitucional, não há que se cogitar atender à pretensão do reclamante, nesta estreita via processual.

Tem-se como requisito indispensável para o cabimento de reclamação a relação de pertinência estrita entre o ato reclamado e o parâmetro de controle, não sendo possível a sua utilização como sucedâneo recursal.

Cabe destacar que a reclamação é o instrumento previsto pela Constituição, em seu art. 102, I, l, para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões. Nesse último caso, a decisão deve ter sido proferida com efeitos vinculantes ou prolatada no caso concreto.

Além disso, a partir da vigência da [Emenda Constitucional 45/2004](#), também passou a ser cabível o ajuizamento de reclamação por violação de Súmula Vinculante (CF/1988, art. 103-A, § 3º).

Rcl 8.168, rel. orig. min. Ellen Gracie, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 19-11-2015, acórdão publicado no *DJE de 29-2-2016*.

(Informativo 808, Plenário)

¹ Rcl 4.454 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 3-3-2015, *DJE de 17-3-2015*; Rcl 11.484 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 5-8-2014, *DJE de 15-8-2014*; Rcl 2.916 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 25-6-2014, *DJE de 19-8-2014*; Rcl 18.634 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 11-11-2014, *DJE de 20-11-2014*; Rcl 10.125 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 19-9-2013, *DJE de 6-11-2013*; Rcl 2.107 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 5-8-2014, *DJE de 2-9-2014*; Rcl 4.818 AgR, rel. min. Luiz Fux, P, j. 14-5-2014, *DJE de 3-6-2014*; e Rcl 11.478 AgR, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 5-6-2012, *DJE de 21-6-2012*.

Reclamação e sala de Estado-Maior

É impróprio o uso da reclamação para averiguar se a instalação onde o reclamante se encontra custodiado preenche os requisitos aptos a qualificá-la como sala de Estado-Maior.

! Nos termos do art. 102, I, l, da [Constituição Federal](#)¹; do art. 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF)²; e do art. 13 da [Lei 8.038/1990](#)³, a reclamação é instrumento destinado a:

- a) preservar a esfera de competência do Supremo Tribunal Federal;
- b) garantir a autoridade de suas decisões; e
- c) infirmar decisões que desrespeitem súmula vinculante editada pela Corte.

Portanto, não afrontam a autoridade do julgado nos autos da ADI 1.127⁴ ([DJE de 11-6-2010](#)) as decisões que não se amparam na inconstitucionalidade do art. 7º, V, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), [Lei 8.906/1994](#)⁵.

Rcl 5.826 e Rcl 8.853, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamentos em 18-3-2015, acórdãos publicados no [DJE de 3-8-2015](#).

([Informativo 778](#), Plenário)

- 1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”
- 2 “Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.”
- 3 “Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”
- 4 O STF declarou a constitucionalidade do art. 7º, V, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), na parte em que determina o recolhimento dos advogados, antes de sentença transitada em julgado, em sala de Estado-Maior e, na sua falta, em prisão domiciliar – v. [Informativo 596](#).
- 5 “Art. 7º São direitos do advogado: (...) V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar;”

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ocupação e parcelamento do solo urbano: loteamentos fechados e plano diretor

Os Municípios com mais de 20 mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor.

! Apesar de o plano diretor ser o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana¹”, nem toda a competência normativa municipal ou distrital sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. Logo, determinados modos de aproveitamento do solo urbano, pelas suas singularidades, podem receber disciplina jurídica autônoma, desde que compatível com o plano diretor.

A Constituição atribui a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano²” e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes³”.

Por conseguinte, a [Lei Complementar 710/2005](#), que dispõe sobre a disciplina de projetos urbanísticos em lotes integrados por unidades autônomas e áreas comuns condominiais é constitucional. Tal norma está de acordo com a o Estatuto das Cidades ([Lei 10.257/2001](#)), que também positiva normas gerais a serem observadas na elaboração de planos diretores, e com a [Lei 6.766/1979](#), que cuida do parcelamento do solo urbano.

RE 607.940, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 29-10-2015, acórdão publicado no [DJE de 26-2-2016](#).

([Informativo 805](#), Plenário, Repercussão Geral)

1 CF/1988: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

- 2 “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”
- 3 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

PSV: crimes de responsabilidade e competência legislativa

“A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.”

Com esse teor, o Plenário aprovou o Enunciado 46 da Súmula Vinculante. Assim, o conteúdo do Verbete 722¹ da Súmula do Supremo Tribunal Federal, acolhida a alteração redacional proposta pelo ministro Ricardo Lewandowski (presidente), tornou-se vinculante.

PSV 106, julgamento em 9-4-2015, verbete publicado no *DJE de 17-4-2015*.

(*Informativo 780*, Plenário)

¹ “São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.”

PSV: competência legislativa e funcionamento de estabelecimento comercial (Enunciado 38 da Súmula Vinculante)

“É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 38 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 645 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 89, julgamento em 11-3-2015, verbete publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

PSV: competência legislativa e fixação de vencimentos (Enunciado 39 da Súmula Vinculante)

“Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 39 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 647 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, acrescido da expressão “e do corpo de bombeiros militar”, tornou-se vinculante.

PSV 91, julgamento em 11-3-2015, verbete publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

Legislação sobre meio ambiente e competência municipal

Embora o Município seja competente para legislar sobre meio ambiente, deve exercer sua competência legislativa no limite do interesse local e em harmonia com os demais entes federados (CF, art. 24, VI¹, c/c art. 30, I e II²).

! A competência municipal “se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância”³.

Nesse sentido, não há interesse local que fundamente a vigência de lei municipal em contrariedade com normativa federal e estadual. Afinal, todos os diplomas legislativos têm a intenção de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado.

Por isso, reconheceu-se a inconstitucionalidade da *Lei 1.952/1995* do Município de Paulínia/SP, que proíbe – sob qualquer forma – o emprego de fogo para fins de limpeza e preparo do solo no referido Município, inclusive para o preparo do plantio e para a colheita de cana-de-açúcar e de outras culturas.

As normas federais que tratam do assunto apontam expressamente para a necessidade de planejamento com o intuito de extinguir – de modo gradativo – o uso do fogo como método despalhador e facilitador para o corte da cana (*Lei 12.651/2012*, art. 40⁴, e *Decreto 2.661/1998*). Há, no mesmo sentido, orientação do legislador estadual (*Lei estadual paulista 11.241/2002*).

O tratamento dispensado pela legislação municipal vai de encontro ao sistema estruturado de maneira harmônica entre as esferas federal e estadual. Enquanto estas propõem planejar a diminuição gradual da queima da cana, aquela proíbe a prática totalmente, sob qualquer forma.

Por fim, a solução trazida pela norma impugnada encontra óbice na análise de sua proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico já propôs solução menos gravosa, que equilibraria de maneira mais correta a relação custo-benefício⁵.

RE 586.224, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-5-2015*.

(*Informativo 776*, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;”
- 2 “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”
- 3 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.
- 4 “Art. 40. O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas.”
- 5 O Plenário destacou que a questão em análise, diante de seu caráter eclético e multidisciplinar, envolveria questões sociais, econômicas e políticas (possibilidade de crise social, desemprego, contaminação do meio ambiente em razão do emprego de máquinas, impossibilidade de mecanização em determinados terrenos e existência de proposta federal de redução gradativa do uso da queima), em conformidade com informações colhidas em audiência pública realizada sobre o tema. Ao julgar a constitucionalidade do diploma legal municipal em questão, sob o prisma socioeconômico, seria necessário considerar se o impacto positivo da proibição imediata da queima da cana seria constitucionalmente mais relevante do que o pacto social em que o Estado brasileiro se compromete a conferir ao seu povo o pleno emprego para o completo gozo da sua dignidade. Portanto, por estar diante de um conjunto fático composto pelo certo e previsível desemprego em massa, juntamente com a mera possibilidade de aumento de produtividade, o Supremo Tribunal Federal deveria atuar como guardião da Constituição, em defesa do interesse da minoria qualitativamente representada pela classe de trabalhadores canavieiros, que merece proteção diante do chamado progresso tecnológico e da respectiva mecanização, ambos trazidos pela pretensão de proibição imediata da colheita da cana mediante uso de fogo. Com o dever de garantir a concretude dos direitos fundamentais, evidencia-se o caráter legitimador desse fundamento protecionista da classe trabalhadora, o que leva ao viés representativo das camadas menos favorecidas, cujos interesses estariam em jogo. Portanto, mesmo que fosse mais benéfico, para não dizer inevitável, optar pela mecanização da colheita da cana, por conta da saúde do trabalhador e da população que vive nas proximidades da área de cultura, não se poderia deixar de lado a análise do meio pelo qual seria mais razoável obter esse objetivo: a proibição imediata da queima da cana ou a sua eliminação gradual. Seria mais harmônico com a disciplina constitucional a eliminação planejada e gradual da queima da cana. Mas, por outro lado, em relação à questão ambiental, nota-se que, se de uma parte a queima causaria prejuízos, de outra, a utilização de máquinas também geraria impacto negativo ao meio ambiente, como a emissão de gás metano decorrente da decomposição da cana, o que contribuiria para o efeito estufa, além do surgimento de ervas daninhas e o consequente uso de pesticidas e fungicidas.

SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

Plano Verão: IRPJ e correção monetária de balanço

Lei regeadora de tributo há de ser editada em certo exercício, para observância no subsequente, nos termos do art. 150, III, a, da Constituição Federal.

! Diante disso, foi declarada a inconstitucionalidade do § 2^o do art. 30 da Lei 7.799/1989 (em vigor a partir de 10 de julho de 1989), que impôs a correção monetária das demonstrações financeiras já no exercício de 1989².

A retroatividade implementada incidiu sobre fatos surgidos em período no qual inexistia a correção, implicando situação gravosa, ante o surgimento de renda a ser tributada.

RE 188.083, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 20-10-2015*.

(*Informativo 793, Plenário*)

- 1 “Art. 30. (...) § 2º Os valores acrescidos às contas sujeitas à correção monetária, a partir de 1º de fevereiro até 30 de junho de 1989, serão convertidos em número de BTN mediante a sua divisão pelo valor do BTN vigente no mês do acréscimo.”
- 2 Na espécie, deixou-se de observar o direito introduzido pela Lei 7.730/1989, que afastou a inflação e revogou o art. 185 da Lei 6.404/1976 e as normas de correção monetária de balanço previstas no Decreto-Lei 2.341/1987.

Plano Real: contrato de locação comercial

As normas que tratam do regime monetário – inclusive as de correção monetária – têm natureza institucional e estatutária, insuscetíveis de disposição por ato de vontade, razão pela qual a incidência delas é imediata, alcançando situações jurídicas em formação ou em execução. É irrelevante, portanto, cláusula estatutária reproduzida em contrato, visto que não constitui circunstância juridicamente apta a modificar a natureza do ato negocial.

! A aplicação da cláusula constitucional que assegura, em face de lei nova, a preservação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI¹) impõe distinguir duas situações jurídicas:

- a) as individuais, que são formadas por ato de vontade (especialmente contratos), cuja celebração, quando legítima, já lhes outorga a condição de ato jurídico perfeito. Inibe, desde então, a incidência de modificações legislativas supervenientes; e
- b) as institucionais (ou estatutárias), que são formadas segundo normas gerais e abstratas, de natureza cogente, e cujos direitos só podem ser considerados adquiridos quando inteiramente formado o suporte fático previsto na lei como necessário à sua incidência. Nessas situações, as normas supervenientes, embora não comportem aplicação retroativa, podem ter aplicação imediata.

As disposições do art. 21 da [Lei 9.069/1995](#)², resultante da conversão da [Medida Provisória 542/1994](#), formam um dos mais importantes conjuntos de preceitos normativos do Plano Real. Um de seus pilares é o dispositivo que fixa os critérios para a transposição de obrigações monetárias, inclusive contratuais, do antigo para o novo sistema monetário.

Dessa forma, são preceitos de ordem pública e seu conteúdo, por não ser suscetível de disposição por atos de vontade, tem natureza estatutária, vinculando todos os destinatários de forma semelhante.

Dada essa natureza institucional (estatutária), não há inconstitucionalidade na sua aplicação imediata (que não se confunde com aplicação retroativa) para disciplinar as cláusulas de correção monetária de contratos em curso.

RE 212.609, RE 215.016, RE 222.140, RE 268.652 e RE 211.304, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 29-4-2015, acórdãos publicados no [DJE de 5-8-2015](#) e o último, no [DJE de 3-8-2015](#).

([Informativo 783](#), Plenário)

- 1 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”
- 2 “Art. 21. As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, em que a periodicidade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em Real, no dia 1º de julho de 1994, de acordo com as disposições abaixo: I – dividindo-se o valor em Cruzeiros Reais da obrigação vigente no dia do aniversário em cada um dos meses imediatamente anteriores, em número igual aos do último período de reajuste pleno, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV nesses mesmos dias; II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior; III – reconvertendo-se, em Cruzeiros Reais, o valor encontrado pela URV do dia do aniversário em junho de 1994; IV – aplicando-se, *pro rata tempore*, sobre o valor em Cruzeiros Reais de que trata o inciso anterior, o índice contratual ou legal até 30 de junho de 1994; e V – convertendo-se em Real o valor corrigido na forma do inciso anterior pela paridade fixada para aquela data. § 1º O cálculo da média a que se refere este artigo será feito com base nos preços unitários, nos casos dos contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, quando as quantidades de bens e serviços, a cada mês, forem variáveis. § 2º No caso de obrigações em que tenha transcorrido um número de meses menor que o da periodicidade de reajuste pleno, a conversão será feita, na forma do *caput* deste artigo, levando-se em conta apenas os valores referentes aos meses a partir da contratação. § 3º No caso dos contratos de locação residencial com cláusula de reajuste superior a seis meses, as disposições do *caput* deste artigo serão aplicadas tomando em conta apenas os aluguéis dos primeiros seis meses do último período de reajuste pleno. § 4º Em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado, sem prejuízo do direito à ação revisional prevista na Lei n. 8.245, de 1991. § 5º Efetivada a revisão, o novo valor do aluguel residencial vigorará pelo prazo mínimo de um ano.”

Medida provisória: Sistema Financeiro Nacional e requisitos do art. 62 da Constituição Federal

O art. 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001¹, que dispõe sobre a possibilidade da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, não ofende o art. 62 da Constituição Federal.

! A discussão acerca do teor da medida provisória, cuja higidez material encontra-se de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal², não foi objeto de impugnação no recurso extraordinário.

Segundo entendimento da Corte³, apenas nas hipóteses de inexistência cabal dos requisitos constitucionais de relevância e urgência se admitirá a invalidação de medida provisória.

No caso do art. 5º da Medida Provisória 2.170/2001, não se pode afirmar que o tema tratado é irrelevante, pois o tratamento normativo conferido aos juros caracteriza matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário e, consequentemente, para a garantia da estabilidade à dinâmica da vida econômica do País.

Quanto à urgência, a norma foi editada em período consideravelmente anterior, não sendo possível afirmar com segurança que o requisito constitucional da urgência não estaria presente no momento da edição do ato normativo.

Ademais, o cenário econômico contemporâneo, caracterizado pela integração da economia nacional ao mercado financeiro mundial, pressupõe a adoção de medidas céleres, destinadas à adequação do Sistema Financeiro Nacional aos padrões globais.

Assim, no caso de declaração da inconstitucionalidade da medida provisória em questão, milhares de operações financeiras realizadas nos últimos quinze anos poderiam, em tese, ser atingidas pela decisão da Corte.

RE 592.377, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 4-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 773*, Plenário, Repercussão Geral)

1 “Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.”

2 Segundo a qual, nas operações do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as limitações da Lei da Usura.

- 3 Nesse sentido: ADI 4.350, rel. min. Luiz Fux, P, j. 23-10-2014, *DJE* de 3-12-2014; ADC 11 MC, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 28-3-2007, *DJE* de 29-6-2007; e ADI 1.910 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 22-4-1999, *DJ* de 27-2-2004.

SÚMULA VINCULANTE

DIREITO CONSTITUCIONAL

Enunciado 11 da Súmula Vinculante do STF¹

Para admitir-se a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, é necessário demonstrar:

- a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria;**
- b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou**
- c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social.**

! Ausentes esses pressupostos e, ainda, inexistentes decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal que demonstrem a desnecessidade de vigência de enunciado, torna-se incabível o exame da proposta de cancelamento.

O mero descontentamento ou eventual divergência quanto ao conteúdo de verbebo vinculante não autorizam a rediscussão da matéria.

Por isso, foi rejeitada a proposta de cancelamento² do Enunciado 11 da Súmula Vinculante³.

PSV 13, julgamento em 24-9-2015, verbete publicado no *DJE de 2-10-2015*.

(Informativo 800, Plenário)

- 1** Entendimento aplicado também na proposta de revisão do Enunciado 54 da Súmula Vinculante (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”) (PSV 54, j. 24-9-2015). No caso, a proponente postulava que constasse da redação do enunciado ressalva que permitisse a prisão civil do depositário judiciário infiel, no âmbito geral ou, pelo menos, na Justiça do Trabalho.
- 2** No caso, a proponente afirmava que a edição do enunciado teria usurpado a função do Poder Legislativo. Ressaltava, ademais, o disposto no art. 199 da Lei de Execução Penal (“O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”), apontando que, se ainda não há decreto federal que regulamente a utilização de algemas, caberia aos interessados ajuizar mandado de injunção.
- 3** “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

TRIBUNAIS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Art. 93, XI, da CF: tribunal pleno e órgão especial

Compete aos tribunais de justiça, e não ao Conselho Nacional de Justiça, definir as competências que serão delegadas ao órgão especial, desde que aprovadas pela maioria absoluta dos membros do tribunal pleno.

De acordo com o art. 93, XI¹, da [Constituição Federal](#), incumbe ao plenário dos tribunais, de modo facultativo, a criação do órgão especial. Assim, seguindo-se a mesma lógica, somente a ele compete definir quais são as atribuições que delega ao referido órgão, o qual age por delegação do tribunal pleno.

A Constituição não delega competências, mas as confere aos órgãos que ela própria constitui. Assim, a Constituição Federal nem institui, ela própria, o órgão especial nos grandes tribunais – diferentemente do que determinava a [Emenda Constitucional 7/1977](#) –, nem lhe concede todas as atribuições jurisdicionais e administrativas do tribunal pleno. Apenas faculta a este que, por meio de delegação, transfira o exercício dessas atribuições ao órgão especial que resolva instituir.

Posto isso, essa delegação, introduzida pela [Emenda Constitucional 45/2004](#), tem dois pressupostos sucessivos: primeiro, que o seu objeto seja da competência original do órgão delegante; e, segundo, o ato deste que delega a outro o seu exercício.

Cabe ao tribunal pleno constituir ou manter o órgão especial e delegar-lhe parcial ou totalmente suas atribuições com, pelo menos, uma única exceção: o poder normativo de elaborar o regimento interno do tribunal e nele dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. MS 26.411 MC, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 26-11-2015, acórdão pendente de publicação.

([Informativo 809](#), Plenário)

¹ “Art. 93. (...) XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;”

TRIBUNAL DE CONTAS

DIREITO CONSTITUCIONAL

TCU: tomada de contas e nulidade

Há independência entre as atribuições do Tribunal de Contas da União (TCU) e da autoridade administrativa responsável pelo julgamento de processo administrativo disciplinar instaurado para apurar falta funcional de servidor público.

! O julgamento pela Corte de Contas, que examina a gestão orçamentária e financeira, não se confunde com a apuração de infrações disciplinares pela Administração Pública. Isso ocorre porque a responsabilização administrativa dos servidores públicos faltosos e a atuação do TCU, órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo das contas públicas, são independentes entre si.

A tomada de contas especial – disciplinada pela *Lei 8.443/1992* – tem por escopo a defesa da coisa pública e busca o ressarcimento do dano causado ao erário. Logo, não consubstancia procedimento administrativo disciplinar¹.

Pelo contrário, a competência do TCU para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário. Aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, serão aplicadas as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos.^{2 e 3}

Assim, não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos arts. 148 a 182 da *Lei 8.112/1990*.

Comprovada a entrega da carta registrada no endereço do destinatário, não há falar em nulidade da tomada de contas especial por ausência de citação válida.

! A validade da comunicação dos atos do TCU não depende de comunicação pessoal do interessado. Basta a efetivação por meio de carta registrada, com aviso de recebimento que comprove sua entrega no endereço do destinatário.

O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o TCU para proceder às suas intimações⁴.

MS 27.427 AgR, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 27-10-2015, acórdão publicado no DJE de 10-11-2015.

(Informativo 798, Segunda Turma)

- 1 MS 24.961, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 24-11-2004, *DJ de 4-3-2005*.
- 2 CF/1988: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”
- 3 Lei 8.443/1992: “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: (...) II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; (...) VIII – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;”
- 4 Regimento Interno do TCU (RITCU): “Art. 179. A citação, a audiência ou a notificação, bem como a comunicação de diligência e de rejeição de alegações de defesa, far-se-ão: (...) II – mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;”

TCU: sigilo bancário e BNDES

O Tribunal de Contas da União (TCU) não está autorizado a, *manu militari*, decretar i) quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros; ii) medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo¹. No entanto, deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas entre entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro e terceiros particulares, pois envolvem recursos de origem pública².

! É inoponível o sigilo bancário e empresarial dos particulares em relação ao TCU
 • quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Essa conclusão decorre do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito.

Manter o sigilo das operações realizadas com terceiros não apenas impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como também representaria acañhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade.

O princípio da conformidade funcional reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhes entregou em termos de competências³.

A proteção deficiente de vedação implícita permite assentar que, se a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar desproporcionalmente o direito fundamental à privacidade e ao sigilo bancário e empresarial, não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revela-se, por outro ângulo, lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente.

O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Logo, operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a [Lei Complementar 105/2001](#). As operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da Administração Pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do TCU o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

Nesse sentido, a limitação ao direito fundamental à privacidade, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (*Schranken-Schranken*). O direito ao sigilo bancário e empresarial comporta uma proporcional limitação destinada a permitir que órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional exerça o controle financeiro da Administração Pública.

MS 33.340, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 26-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 787, Primeira Turma*)

- 1 Precedente: MS 22.801, rel. min. Menezes Direito, P, j. 17-12-2007, *DJE de 14-3-2008*.
- 2 “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 114.)
- 3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 541.

TCU e declaração de inidoneidade para licitar

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem competência para declarar a inidoneidade de empresa privada para participar de licitações promovidas pela Administração Pública.

! O art. 46 da *Lei 8.443/1992*¹ encontra fundamento de validade nas previsões constitucionais (CF, art. 70, parágrafo único², e art. 71, II e VIII³) que autorizam a lei a prever penalidades aplicáveis pelo TCU a pessoas físicas e jurídicas que recebem recursos públicos, independentemente de a natureza ser pública ou privada⁴.

Por outro lado, o âmbito de incidência do citado preceito não se confunde com o art. 87⁵ da *Lei das Licitações*. Esse dispositivo, que trata de hipótese de inidoneidade por inexecução contratual, dirige-se apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) e é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.

Assim, reafirmou-se a jurisprudência da Corte, assentada no julgamento da Pet 3.606 AgR⁶, no sentido da constitucionalidade do art. 46 da *Lei 8.443/1992*. Tal preceito institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU.

MS 30.788, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 21-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-8-2015*.

(*Informativo 786*, Plenário)

- 1 “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”
- 2 “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”
- 3 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as

fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (...) VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;”

- 4 No caso, a Corte de Contas aplicou a referida penalidade porque a impetrante fraudou documentos que permitiram a sua habilitação em procedimentos licitatórios.
- 5 Lei 8.666/1993: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (...) § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”
- 6 Pet 3.606 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 21-9-2006, *DJE de 27-10-2006*.

TCU: anulação de acordo extrajudicial e tomada de contas especial

Não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência de fiscalização da Corte de Contas. O que importa é a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal¹.

! Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao

- Tribunal de Contas da União (TCU) a missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Consequentemente, compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário².

O TCU tem legitimidade para anular acordo extrajudicial firmado entre particulares e Administração Pública. Dessa forma, não há abuso de poder ou ilegalidade na atuação da Corte de Contas em face de terceiro que, juntamente com o gestor público, concorreu para resultado danoso ao erário.

! Sendo o acordo extrajudicial, não há que se falar em julgamento do mérito da

- questão pelo Poder Judiciário – a afastar a atuação do TCU, que ocorre em sede administrativa –, uma vez que é pacífica a questão da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa³.

Inexistente prova de homologação judicial, na forma do art. 269, III, do CPC/1973, de transação firmada entre os particulares e a Administração Pública, o TCU mantém a competência para analisar a legalidade do ato.

MS 24.379, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 7-4-2015, acórdão publicado no DJE de 19-10-2015.

(*Informativo 780*, Primeira Turma)

¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as

fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

- 2 “Art. 71. (...) III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;”
- 3 Na espécie, ocorreu somente a desistência de ação judicial na qual se discutiu a responsabilidade do poder público por supostos prejuízos sofridos pelos impetrantes. Essa discussão gerou o acordo extrajudicial em discussão. Embora a celebração de transação entre as partes, na forma do art. 269, III, do CPC/1973, não retire a competência jurisdicional para a análise da legalidade do ato, a fim de homologar o acordo celebrado, não houve prova de homologação judicial do acordo firmado entre os impetrantes e a Administração Pública.

TCU: medida cautelar de indisponibilidade de bens e tomada de contas especial

Não há ilegalidade ou abuso de poder quando o Tribunal de Contas da União (TCU) determina indisponibilidade de bens em procedimento de tomada de contas especial.

! O ato impugnado está inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo, que é exercido por aquela Corte de Contas (CF, art. 71)¹, bem como está em consonância com as disposições legais sobre a matéria (Lei 8.443/1992, art. 44, § 2º)² e com o regimento interno do TCU (arts. 273, 274 e 276).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que o TCU possui um poder geral de cautela³. Essa é uma prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades.

É possível, ainda que de forma excepcional, a concessão de medidas cautelares sem audiência da parte contrária (*inaudita altera parte*), por deliberação fundamentada do TCU, sempre que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade de ao interesse público ou à garantia da utilidade prática de suas deliberações finais.

Dessa forma, decretar, em procedimento de tomada de contas especial, a indisponibilidade de bens, desde que observadas as formalidades legais, não padece de quaisquer vícios, como a violação ao contraditório e à ampla defesa ou ao direito de propriedade. MS 33.092, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-3-2015, acórdão publicado no DJE de 17-8-2015.

(Informativo 779, Segunda Turma)

¹ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:”

² “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. (...) § 2º Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

- 3 MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 19-11-2003, *DJ de 19-3-2004*; MS 23.983, rel. min. Eros Grau, decisão monocrática, *DJ de 30-8-2004*; MS 26.263 MC, decisão monocrática proferida pela ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência (RISTF, art. 13, VIII), *DJ de 2-2-2007*; e MS 25.481 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 4-10-2011, *DJE de 25-10-2011*).

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Menor e parecer psicossocial

Não configura manifesta ilegalidade ou teratologia a manutenção de medida socioeducativa de internação imposta ao recorrente, ainda que exista parecer favorável da equipe interdisciplinar.

! O parecer psicossocial não se reveste de caráter vinculante. É um elemento meramente informativo, que auxilia o magistrado na avaliação da medida socioeducativa mais adequada a ser aplicada¹.

RHC 126.205, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 24-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 15-4-2015*.

(*Informativo 779, Primeira Turma*)

1 No caso, verificou-se ainda que a decisão recorrida foi lastreada em fundamentação idônea, observada a condição peculiar do adolescente em desenvolvimento.

DIREITO DO TRABALHO

CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

DIREITO DO TRABALHO

PSV: contribuição confederativa e sujeição passiva (Enunciado 40 da Súmula Vinculante)

“A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 40 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 666 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 95, julgamento em 11-3-2015, verbete publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

PRINCÍPIOS E GARANTIAS TRABALHISTAS

DIREITO DO TRABALHO

Plano de dispensa incentivada e validade da quitação ampla de parcelas contratuais

A transação extrajudicial que importa rescisão de contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado¹.

! Tal quitação ampla é válida, pois, em acordo coletivo, não incide o art. 477, § 2º, da CLT². O referido dispositivo restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se sujeita aos mesmos limites da individual.

O art. 7º, XXVI, da [Constituição Federal](#) prestigia a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas. Acompanha, dessa forma, a tendência mundial de prestigiar mecanismos de negociação coletiva, retratada nas Convenções 98/1949 e 154/1981, ambas da Organização Internacional do Trabalho, e às quais o Brasil manifestou adesão.

O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que os regerão.

Com os planos de dispensa incentivada, reduzem-se as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optem pelo desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da dispensa por decisão do empregador.

Há, ainda, a faculdade de o empregado aderir ou não à dispensa voluntária. É importante, portanto, assegurar a credibilidade desses planos, preservando sua função protetiva e não desestimulando o seu uso. Acrescente-se que, em alguns cenários econômicos, esses planos se tornaram alternativa social relevante para atenuar o

impacto de dispensas em massa. Isso ocorreu por oferecerem, em regra, condições mais favoráveis que aquelas ordinariamente recebidas pelo trabalhador.

RE 590.415 e RE 590.415 AgR³, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 30-4-2015, acórdãos publicados no *DJE de 15-9-2015*.

(*Informativo 783*, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 Na espécie, discutia-se a validade de renúncia genérica a direitos contida em termo de adesão ao Programa de Desligamento Incentivado (PDI) com chancela sindical e previsto em norma de acordo coletivo.
- 2 “Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (...) § 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”
- 3 Há dois entendimentos possíveis sobre o cabimento de recurso contra decisão que aprecia pedido de ingresso como *amicus curiae*: i) no sentido da irrecorribilidade de tal decisão, em razão do teor literal do art. 7º, § 2º, da *Lei 9.868/1999* e do art. 21, XVIII, do RISTF; ii) na linha capitaneada pelo ministro Celso de Mello, admitindo a interposição de recurso contra a decisão que indefere o ingresso como o *amicus curiae*, pelo próprio requerente que teve o pedido rejeitado (cf. RE 597.165 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, *DJE de 9-12-2014*). Nenhum deles se aplica à hipótese em que o agravo regimental foi manejado por aquele que – não sendo quem pleiteou a participação no processo – impugne a decisão que deferiu a admissão do *amicus curiae*, mesmo tendo sido essa decisão tomada em reconsideração de decisão do antigo relator que não o admitira.

DIRETTO ECONÓMICO

PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

DIREITO ECONÔMICO

PSV: lei municipal e violação à livre concorrência (Enunciado 49 da Súmula Vinculante)

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 49 da Súmula Vinculante. Assim, o conteúdo do Verbete 646 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 90, julgamento em 17-6-2015, verbete publicado no *DJE de 5-8-2015*.

(*Informativo 790*, Plenário)

DIRETTO ELETTORAL

INELEGIBILIDADE

DIREITO ELEITORAL

Eleição suplementar e inelegibilidade

As hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 14, § 7º, da Constituição Federal¹, inclusive quanto ao prazo de seis meses, são aplicáveis às eleições suplementares².

! O dispositivo constitucional não prevê qualquer distinção entre eleições ordinárias e eleições suplementares. Assim, aplica-se a seguinte norma de hermenêutica do Direito: onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

O dispositivo constitucional prevê as hipóteses de inelegibilidade reflexa ou indireta, restringindo a capacidade eleitoral passiva. O intuito é impedir a hegemonia política de um mesmo grupo familiar, dando efetividade a preceito básico do regime democrático: a alternância no poder.

Trata-se, assim, de hipótese constitucional que busca proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a apropriação da *res publica* por núcleos estamentais ou por grupos familiares.

Possui o desiderato ético, político e social de prevenir o apoderamento familiar dos mandatos eletivos, inclusive com utilização indevida da estrutura administrativa.

A busca do poder não pode limitar-se nem restringir-se à esfera reservada de grupos privados, sob pena de frustrar-se o princípio do acesso universal às instâncias governamentais.

Por essas razões – e diferentemente do que pode ocorrer com os prazos de desincompatibilização para a disputa de eleições suplementares –, o art. 14, § 7º, da *Constituição Federal* é insuscetível de mitigação em favor dos seus destinatários.

Nesse sentido, o cônjuge do prefeito afastado por irregularidades está impedido de se candidatar nas eleições suplementares que ocorrerem a menos de seis meses, contados do afastamento do então titular do cargo.

! O afastamento do então titular se deu a menos de seis meses do pleito complementar. Assim, incide a inelegibilidade do prazo fixado no § 7º do art. 14 da *Constituição*, a qual constitui uma condição de fato inalcançável para o cônjuge.

A questão não pode ser vista pelo ângulo da desincompatibilização, uma vez que não se trata de cargo do qual deva o cônjuge, ele próprio, desincompatibilizar-se. A hipótese é de inelegibilidade, e, como tal, deve ser considerada para todos os efeitos.

O cônjuge pode candidatar-se à sucessão quando o titular causador da inelegibilidade puder, ele mesmo, candidatar-se à reeleição. No entanto, deve ser observada a necessidade de afastamento do cargo até seis meses antes do pleito a fim de não incidir a vedação do art. 14, § 7º, da Constituição Federal¹.

▼ Negar essa possibilidade seria consagrar o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou
 ● parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses antes para concorrer a qualquer outro mandato eletivo.

Nas hipóteses em que a reeleição de um dos cônjuges for constitucionalmente autorizada, a inelegibilidade do outro soaria incongruente.

Assim, quem puder se reeleger pode ser sucedido pelo cônjuge; e, diversamente, quem não puder se reeleger não pode ser sucedido por ele.

RE 843.455, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 7-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 802, Plenário, Repercussão Geral*)

- 1 “Art. 14. (...) § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”
- 2 Na espécie, o marido da recorrente, então prefeito, teve seu mandato cassado pela Justiça Eleitoral, em razão da prática de abuso do poder econômico. Convocadas eleições suplementares, sua esposa lançou-se candidata e teve indeferido o registro de candidatura em razão do contido no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Neste recurso extraordinário, alegava que, em caso de eleições suplementares, os prazos do dispositivo constitucional deveriam ser mitigados. Entretanto, como – no caso – a perda do mandato de prefeito se deu em menos de seis meses do pleito complementar, a desincompatibilização no prazo fixado pelo § 7º do art. 14 da Constituição Federal constituiria uma condição inalcançável para a recorrente, mesmo que ela desejasse. Assim, a questão em análise não diz respeito à desincompatibilização da esposa candidata, já que ela não exerceu o cargo do qual deveria, ela própria, desincompatibilizar-se. A hipótese seria de inelegibilidade e, nessa condição, deveria ser considerada para todos os efeitos.
- 3 RE 344.882, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 7-4-2003, *DJ de 6-8-2004*.

PARTIDOS POLÍTICOS

DIREITO ELEITORAL

Partidos políticos: apoio de eleitores não filiados e limite temporal para fusão¹

Para o registro de partido político, é constitucional a exigência de que o apoio mínimo seja preenchido exclusivamente por eleitores não filiados a partido político².

! O objetivo da restrição é a garantia de coesão, coerência e substância ao modelo representativo instrumentalizado pela atuação partidária. Trata-se, portanto, de cidadãos distintos em seu exercício cívico e livres em relação a suas opções políticas.

A limitação criada está em conformidade com o regramento constitucional relativo ao sistema representativo, uma vez que busca o exclusivo efeito de conferência de legitimidade do apoio oferecido à criação de novos partidos políticos.

É constitucional a norma que prevê prazo mínimo de cinco anos – a contar da constituição do partido – para permitir a fusão entre as siglas partidárias³.

! A exigência temporal para se levar a efeito fusões e incorporações entre partidos assegura o atendimento do compromisso do cidadão com a sua opção partidária, o que evita o estelionato eleitoral ou a reviravolta política contra o apoio dos eleitores, então filiados.

Embora esteja garantida no ordenamento jurídico-constitucional a liberdade dos partidos políticos de se articularem, esses devem observar a imperatividade do caráter nacional das agremiações (controle quantitativo) e do cunho democrático de seus programas (controle qualitativo ou ideológico).

A proliferação indiscriminada de partidos sem coerência ou respaldo social importa em risco institucional e conduz ao desalento democrático. Além disso, pode transformar o sadio pluripartidarismo em caos político.

Diante disso, as normas analisadas têm como fundamento a tentativa de incentivar a utilização de mecanismos da democracia representativa, a reforçar a legitimidade e o compromisso do eleitor e do partido no qual se depositou aval.

A Constituição assegura a liberdade de criação, fusão, extinção e incorporação de partidos políticos, como expressão do princípio democrático e do pluripartidarismo⁴.

Nada obstante, há agremiações intituladas formalmente como partidos políticos sem qualquer substrato eleitoral. Essas legendas estão habilitadas a receber parcela do fundo partidário e a disputar tempo de televisão sem difundir, contudo, ideias e programas. Elas atuam em deferência a outros interesses partidários, especialmente para obtenção de vantagens particulares para os seus dirigentes.

A disseminação de práticas antidemocráticas que iriam desde a compra e venda de votos ao aluguel de cidadãos e de partidos inteiros deveria ser combatida pelo legislador, sem prejuízo da autonomia partidária.

Há a necessidade de aperfeiçoamento do controle quantitativo e qualitativo dos partidos, o que justifica o advento das normas impugnadas.

Nesse sentido, as normas objurgadas tendem a enfraquecer essa lógica mercantilista e nada republicana de prática política, não havendo se falar em ingerência estatal na autonomia constitucional dos partidos políticos.

ADI 5.311 MC, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-2-2016*.

(*Informativo 801, Plenário*)

- 1 Decisões proferidas em sede de medida cautelar.
- 2 *Lei 9.096/1995*: “Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral. § 1º **Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores não filiados a partido político**, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.” (Sem grifos no original.)
- 3 *Lei 9.096/1995*: “Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro. (...) § 9º **Somente será admitida a fusão ou incorporação de partidos políticos que hajam obtido o registro definitivo do Tribunal Superior Eleitoral há, pelo menos, 5 (cinco) anos.**” (Sem grifos no original.)
- 4 *CF/1988*: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais,

sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

DIREITO FINANCEIRO

CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO

DIREITO FINANCEIRO

Prescrição não tributária e Enunciado 8 da Súmula Vinculante

O Enunciado 8 da Súmula Vinculante¹ não se aplica aos casos de prescrição de créditos não tributários.

! O texto do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/1977² abrange duas diferentes normas:

- a) a aplicação do *caput* do art. 5º daquele diploma normativo, com a consequente suspensão da prescrição de créditos tributários; e
- b) a aplicação do *caput* do mesmo dispositivo, com a suspensão da prescrição de créditos não tributários.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal apenas no tocante à suspensão da prescrição dos créditos tributários. Afinal, o art. 18, § 1º, da Constituição Federal de 1969 exigia que normas gerais de Direito Tributário fossem objeto de lei complementar.

Dessa forma, permaneceu com presunção de constitucionalidade somente a parte do dispositivo que trata da suspensão da prescrição de créditos não tributários³.

RE 816.084 AgR, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 10-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-5-2015*.

(*Informativo 777, Primeira Turma*)

¹ “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do *Decreto-Lei n. 1.569/1977* e os artigos 45 e 46 da *Lei n. 8.212/1991*, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

² “Art 5º Sem prejuízo da incidência da atualização monetária e dos juros de mora, bem como da exigência da prova de quitação para com a Fazenda Nacional, o Ministro da Fazenda poderá determinar a não inscrição como Dívida Ativa da União ou a sustação da cobrança judicial dos débitos de comprovada inexecutabilidade e de reduzido valor. Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo suspende a prescrição dos créditos a que se refere.” (Parágrafo único revogado pela Lei 13.043, de 2014.)

³ Na espécie, o acórdão recorrido não fez essa distinção e entendeu que a pretensão da União de executar crédito inscrito em dívida ativa, decorrente de multa administrativa imposta em razão de descumprimento da legislação trabalhista, por possuir natureza administrativa, estaria sujeita à prescrição quinquenal de que trata o art. 1º do *Decreto 20.910/1932*, aplicável ao caso analogicamente.

DIRETTO PENAL

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

DIREITO PENAL

Estelionato e extinção da punibilidade

A causa especial de extinção de punibilidade pelo pagamento integral do crédito tributário, prevista no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003¹, não se aplica ao delito de estelionato do caput do art. 171 do CP².

- ! Trata-se de norma especial, dirigida apenas a determinadas infrações de natureza tributária.

Ante a ausência de norma específica, a reparação do dano somente diminui a pena pela incidência do art. 16³ do CP ou do art. 65⁴ do mesmo diploma legal⁵.

RHC 126.917, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no DJE de 9-9-2015.

(Informativo 796, Segunda Turma)

- 1 “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. (...) § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”
- 2 “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:”
- 3 “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”
- 4 “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”
- 5 Precedentes: HC 98.218, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 12-4-2011, DJE de 4-5-2011; e HC 94.777, rel. min. Menezes Direito, 1ª T, j. 5-8-2008, DJE de 19-9-2008.

ED: interesse recursal e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva

Visando à declaração da prescrição pela pena em abstrato, inexistente interesse de agir quando o órgão julgador proclamar a prescrição com base na pena em concreto.

Juridicamente, não há diferença entre declarar a extinção da punibilidade com fundamento na prescrição pela pena em concreto ou pela sanção em abstrato, uma vez que o fundamento jurídico é o mesmo, o art. 107, IV, do CP¹.

Descabe, assim, o uso de embargos de declaração, pois o CPP condiciona a admissão de recursos à existência de interesse da parte em reformar ou modificar a decisão². Ocorre que, quando há sentença declaratória de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva – em razão da pena em concreto ou em abstrato –, a decisão tem efeitos jurídicos idênticos aos da absolvição e, portanto, não há interesse recursal em modificar apenas o enquadramento legal do pronunciamento jurisdicional³.

AP 530 ED-segundos, rel. orig. min. Roberto Barroso, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-9-2015*.

(*Informativo 792*, Primeira Turma)

- 1 “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (...) IV – pela prescrição, decadência ou preempção;”
- 2 CPP: “Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”
- 3 HC 101.412, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 3-5-2011, *DJE de 27-5-2011*; e AI 528.695 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 13-12-2005, *DJ de 3-3-2006*.

Ação penal e prescrição em perspectiva

Não se admite a denominada prescrição em perspectiva.

- ! O ordenamento jurídico não comporta interpretação que viabilize aplicar a prescrição da pretensão punitiva, considerada possível sentença condenatória.

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte, mesmo que o agravante não mais detenha prerrogativa de foro.

- ! A decisão atacada não pode ser decidida, sob o ângulo do mérito, por órgão distinto. Daí a irrelevância de o agravante não mais estar no exercício do mandato de deputado federal.

Assim, o julgamento de recurso contra decisão de ministro do Supremo é de competência da própria Corte. A atuação do juízo de primeiro grau, ainda que cessado o mandato do detentor de foro por prerrogativa de função, violaria as regras de competência funcional.

Inq 3.574 AgR, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 2-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 16-6-2015*.

(*Informativo 788, Primeira Turma*)

Crime tributário e prescrição

Não há que falar em aplicação retroativa *in malam partem* do Enunciado 24 da Súmula Vinculante¹ aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição.

! A súmula vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, a qual, há muito, entende que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição”².

Assim, mesmo antes da edição do Enunciado 24 da Súmula Vinculante, a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impedia a configuração do delito. Isso obstava, por sua vez, o transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva.

O argumento segundo o qual a contagem do prazo para a prescrição da pretensão punitiva teria início logo após o cometimento do delito, independentemente da constituição definitiva do crédito tributário, não prospera. Antes mesmo da edição da referida súmula vinculante, a jurisprudência já se encontrava consolidada.

! Em virtude disso, não há que se alegar que a prescrição da pretensão punitiva estatal teria se consumado antes da edição do aludido verbete e que a sua aplicação importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência.

Não há lógica em permitir que a prescrição siga curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo – quando se aposta na morosidade da Justiça –, do que para a sua real finalidade, que é propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo³.

RHC 122.774, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 19-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-6-2015*.

(*Informativo 786, Primeira Turma*)

¹ “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

- 2 HC 85.051, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, j. 7-6-2005, *DJ de 1º-7-2005*.
- 3 HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 10-12-2003, *DJ de 13-5-2005*.

Cumprimento de decreto presidencial e extinção da punibilidade

A concessão do indulto está inserida no exercício do poder discricionário do presidente da República¹.

! O benefício configura típico ato de governo – praticado pelo presidente da República, com fundamento no inciso XII do art. 84 da *Constituição Federal*² – que se situa no âmbito da política criminal³.

A concessão do indulto se caracteriza pela “ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário”⁴.

Trata-se, ademais, “de instrumento de política criminal de que dispõe o chefe do Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, na consagrada terminologia de Hans Kelsen. E, em assim sendo, constitui decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais”⁵.

Ao contrário da graça, o indulto (ou indulto individual) configura uma espécie de “clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como a primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (v.g., cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes)”⁶.

O indulto pode ser, ainda, “total, quando extingue todas as condenações do beneficiário, ou parcial, quando apenas diminui ou substitui a pena por outra mais branda. Neste último caso, não se extingue a punibilidade, chamando-se comutação”⁷.

Assim, considerando o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do *Decreto 8.380/2014*⁸ e o padrão adotado, com pequenas variações, desde 1998, para a edição desse ato⁹, impõe-se a extinção da punibilidade do sentenciado (*CP*, art. 107, II). *EP 1 QO*, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 4-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 23-3-2015*.

(*Informativo 776*, Plenário)

¹ ADI 2.795 MC, rel. min. Maurício Corrêa, P, j. 8-5-2003, *DJ de 20-6-2003*.

² “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;”

- 3 HC 84.829, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, j. 22-2-2005, *DJ de 18-3-2005*.
- 4 HC 90.364, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 31-10-2007, *DJ de 30-11-2007*.
- 5 Idem.
- 6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, 2014, p. 601.
- 7 Idem.
- 8 “Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências.”
- 9 “i) entre os anos de 1998 e 2002, bastava que os condenados estivessem inseridos no regime prisional aberto, sem regressão, para que pudessem usufruir do indulto de natal; ii) entre 2003 e 2008, a inserção do apenado no regime aberto não era decisiva para concessão do indulto; iii) em 2009, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a 6 anos, se não reincidente, e a 4 anos, se reincidente, desde que cumprido 1/3 da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente; iv) em 2010, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a 6 anos, se não reincidente, e a 4 anos, se reincidente, desde que cumprido 1/4 da pena, se não reincidente, ou 1/3, se reincidente; v) entre os anos de 2011 e 2014, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a 8 anos, se não reincidente, e a 6 anos, se reincidente, desde que tenham cumprido 1/4 da pena, se não reincidente, ou 1/3, se reincidente;” (Trecho do voto do ministro Roberto Barroso, no presente julgamento.)

Marco temporal da prescrição em segunda instância: sessão de julgamento ou publicação do acórdão

O marco interruptivo do prazo prescricional previsto no art. 117, IV¹, do Código Penal (mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.596/2007) é o da data da sessão de julgamento² e não o da publicação do acórdão.

! A prescrição é a perda de uma pretensão pelo seu não exercício, dentro de um determinado prazo. Está associada, portanto, à inércia do titular do direito. Porém, realizada a sessão de julgamento, não é mais possível falar em inércia ou em prescrição.

RHC 125.078, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 3-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-4-2015*.

(*Informativo 776*, Primeira Turma)

1 “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;”

2 AP 409 AgR-segundo, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 19-9-2013, *DJE de 28-10-2013*.

LEI PENAL

DIREITO PENAL

Lei de Drogas e princípio da consunção

Os arts. 33, § 1º, I¹, e 34² da Lei de Drogas tipificam condutas que podem ser consideradas mero ato preparatório.

! Evidenciado, no mesmo contexto fático, o intento de traficância, utilizando aparelhos e insumos somente para esse fim, toda e qualquer ação relacionada à produção de drogas deve ser considerada ato preparatório do delito de tráfico previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Aplica-se, pois, o princípio da consunção, em que o delito meio (objetos ligados à fabricação) é absorvido pelo delito fim (comercialização de drogas).

O pedido de reconhecimento de nulidade dos atos processuais deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu.

! O reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte³. Sem isso, haveria formalismo exagerado, o que comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional.

É legítima a transcrição das interceptações telefônicas apenas das partes que tenham pertinência com os fatos narrados na denúncia, sem prejuízo de amplo acesso da totalidade da mídia eletrônica ou dos autos físicos⁴ aos interessados.

! A transcrição integral dos diálogos interceptados é dispensável quando a totalidade das gravações referidas nos autos foi disponibilizada à defesa. Nessas circunstâncias, não há razão jurídica para se decretar a nulidade da ação penal em razão da suscitada ausência de transcrição integral e de perícia dos áudios.

Assim, não há nulidade quanto às transcrições parciais de interceptações telefônicas devidamente disponibilizadas quando a defesa não solicitar a transcrição total ou parcial dos trechos que lhe interessam ao longo da instrução.

HC 109.708, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no DJE de 3-8-2015.

(*Informativo 791*, Segunda Turma)

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;”
- 2 Lei 11.343/2006: “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:”
- 3 CPP: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”
- 4 Inq 3.693, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 11-4-2014, *DJE de 30-10-2014*; HC 117.000, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 13-8-2013, *DJE de 16-10-2013*; RHC 118.055, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 11-3-2014, *DJE de 31-3-2014*; HC 118.371, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 19-8-2014, *DJE de 5-9-2014*; e ARE 765.440 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 29-4-2014, *DJE de 14-5-2014*.

Princípio da consunção: homicídio e posse ilegal de arma

A excludente de ilicitude da legítima defesa em crime de homicídio não se comunica ao delito autônomo de porte ilegal de arma, ainda que este tenha se consumado com o propósito de exercer a legítima defesa.

! A aplicação da norma prevista no art. 23, II, do CP deve se restringir ao crime de homicídio e a suas consequências legais, não se estendendo ao crime de porte ilegal de arma de fogo, tipo penal que possui natureza jurídica diversa¹.

HC 120.678, rel. orig. min. Luiz Fux, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 24-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 6-4-2015*.

(*Informativo 775*, Primeira Turma)

1 No caso, o réu sofria ameaças de morte por parte da vítima – que teria envolvimento com o tráfico de drogas e se utilizava, com frequência, de arma de fogo. Nesse cenário, o acusado, numa postura de autodefesa, adquiriu um revólver com numeração suprimida e munições, sem qualquer autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vindo a praticar o homicídio.

PENAS

DIREITO PENAL

Tráfico de entorpecente e transposição de fronteira

Não é necessária a efetiva transposição da fronteira para a configuração do tráfico interestadual de drogas¹. Basta a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num Estado teria como destino outro Estado da Federação².

! O art. 40, V, da *Lei 11.343/2006* determina o aumento da pena se “caracterizado” o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

O vocábulo “caracterizado” significa “com caráter ou traço distintivo de”, “descrito com as características próprias”. Não é necessariamente sinônimo de “consumado”: “cujo processo já se completou ou seguramente se completará”, “perfeito”.

Nesse sentido, o que se pode considerar tráfico interestadual “caracterizado” é o comportamento que tem as características ou o traço distintivo do tráfico interestadual.

À luz dessas premissas teóricas, a causa de aumento do art. 40, V, da *Lei 11.343/2006* deverá incidir quando praticado ato de execução que caracterize a interestadualidade do delito. Nesse sentido, tem-se que:

- a) de modo algum a mera intenção de vender a droga em outro Estado da Federação poderá servir de fundamento para a aplicação da majorante, ainda que o agente possuidor da droga confesse que tinha essa intenção. É preciso que ele tenha executado ações para o fim de consumir essa intenção³;
- b) a compra do bilhete de transporte interestadual poderá ser considerada ato preparatório ou já poderá ser um ato de execução, a depender da prova produzida;
- c) a entrada no veículo de transporte interestadual ou a circunstância de estar dirigindo na estrada que leva a outro Estado da Federação portando a droga deverá, necessariamente, ser considerada ato executório. Nesse caso, não há punição da fase meramente interna do delito, mas sim dos fatos exteriores voltados à sua consumação. Uma vez surpreendido no curso desse transporte, incide a causa de aumento do art. 40, V, da *Lei 11.343/2006*, sem qualquer violação do princípio *cogitationis poenam nemo patitur*⁴.

Em outras palavras, basta que tenham sido praticadas ações que caracterizem a execução do delito, e que haja provas suficientes da finalidade de consumir a ação típica.

A fase da intenção e a fase dos atos preparatórios foram ultrapassadas no momento em que o agente ingressou no ônibus portando a droga.

Além disso, não há de se falar em tentativa, pois o vocábulo “caracterizado” se aperfeiçoa instantaneamente, com a simples reunião das características que o identificam, não dependendo de um resultado externo.

Quando evidenciado o transporte da droga, a consumação se protraí no tempo, de modo que a consumação é permanente, o que autoriza o flagrante durante a execução desse transporte.

Por sua vez, a efetiva transposição da fronteira somente deverá influir na fração de aumento da pena, a ser fixada pelo juízo competente, entre um sexto e dois terços, no momento da dosimetria⁵.

HC 122.791, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17-11-2015, acórdão publicado no DJE de 6-4-2016.

(Informativo 808, Primeira Turma)

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;”
- 2 HC 115.893, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 21-5-2013, *DJE de 4-6-2013*.
- 3 *Distinguishing*: Inicialmente, vale destacar que os dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados pela impetrante na inicial, além de isolados, cuidaram de casos distintos do que ora está em julgamento. Em ambos – HC 115.787, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 3-2-2009, *DJ de 31-8-2009* e HC 150.038, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 16-3-2010, *DJE de 3-5-2010* – os pacientes não haviam iniciado o transporte da droga. Lê-se, no relatório do HC 115.787, *verbis*, “o aresto impugnado confirmou, equivocadamente, o entendimento do togado singular, de que, tendo as próprias pacientes confessado a intenção de transportar a droga de um estado a outro, correta a incidência da causa de aumento”.
- 4 “Ninguém pode ser punido por seus pensamentos (Ulpiano Digesto).” (Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/306231122/apelacao-apl-245655320158260050-sp-0024565-5320158260050/inteiro-teor-306231169>>.)
- 5 “A gradação de um sexto a dois terços deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 347.)

Substituição de pena e lesão corporal praticada em ambiente doméstico

Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico¹.

! A execução do crime mediante o emprego de violência é circunstância impeditiva do benefício, nos termos do art. 44, I, do CP².

Além disso, a interpretação que pretenda equiparar os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher aos delitos submetidos ao regramento previsto na Lei dos Juizados Especiais³, a fim de permitir a conversão da pena, não encontra amparo no art. 41 da Lei 11.340/2006⁴.

A vedação abstrata prevista no art. 44 do CP não implica violação ao princípio da proporcionalidade, em relação ao crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, por duas razões:

- a) a pena máxima prevista para esse delito é de três anos, o que impede a transação penal, pois o delito não se encaixa na definição de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61⁵);
- b) a existência de comando proibitivo previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha.

O principal fundamento – aplicação da Lei 9.099/1995 – daqueles que militam pelo abrandamento do art. 44 do CP deixa de existir quando o cenário é de crime de lesão corporal no seio familiar.

A propósito, o art. 41 da Lei 11.340/2006 não contraria, sob nenhum aspecto, a Constituição da República⁶.

Nesse contexto, perde sustento a alegação de que o art. 17⁷ da Lei 11.340/2006 autorizaria a substituição da pena corporal por outras sanções restritivas de direitos, que não aquelas previstas nesse artigo, quando o crime é cometido com violência.

Com efeito, não é razoável imaginar que a Lei Maria da Penha – que veio justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres – teria autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra geral do art. 44, I, do CP, que a proíbe.

HC 129.446, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 20-10-2015, acórdão publicado no DJE de 6-11-2015.

(Informativo 804, Segunda Turma)

- 1 CP: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 9º **Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:** Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.” (Sem grifos no original.)
- 2 “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – **aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;** II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.” (Sem grifos no original.)
- 3 “É verdade que, com advento da *Lei 9.099/1995*, acentuada parcela da doutrina passou a sustentar que a vedação abstrata prevista no art. 44, ao menos em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, implicaria violação ao princípio da proporcionalidade. Em linhas gerais, defende-se que não haveria razão para impedir a conversão da reprimenda a autores de delitos (p. ex., lesão corporal leve, art. 129, *caput*, CP) que poderiam, em tese, ser agraciados com a transação penal ou suspensão condicional do processo.” (Trecho do voto do ministro Teori Zavascki, no presente julgamento.)
- 4 “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995.”
- 5 “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”
- 6 ADC 19 e ADI 4.424, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 9-2-2012, *DJE de 29-4-2014* e *DJE de 1º-8-2014*, respectivamente.
- 7 “Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.”

Sonegação fiscal e circunstâncias judiciais

No crime de sonegação fiscal, o ardil especificamente utilizado para encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica pode ser usado para majorar a pena-base.

Aplica-se esse entendimento mesmo considerando-se que a fraude ou a dissimulação integram o elemento objetivo do crime contra a ordem tributária.

! A utilização de meio enganoso para encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica não é inerente ao tipo penal do crime contra a ordem tributária.

Assim, diversamente de outros tipos de fraude, encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica não possui relação necessária com as declarações falsas apresentadas à Receita Federal, meio empregado para a prática do crime previsto no art. 1º, I, da *Lei 8.137/1990*.

A magnitude do desfalque implica maior exasperação de apenamento.

! Nos delitos de sonegação, tal como ocorre, *mutatis mutandis*, em outras infrações penais que provocam lesão ao erário, a extensão do dano causado pode ser utilizada na primeira fase da dosimetria como critério para exasperação da pena-base, sem que tanto implique *bis in idem*¹.

HC 128.446, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 15-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 29-9-2015*.

(*Informativo 799*, Segunda Turma)

¹ RHC 117.803, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 11-2-2014, *DJE de 26-2-2014*; e HC 112.876, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 5-2-2013, *DJE de 1º-1-2013*.

Maus antecedentes e período depurador

As condenações transitadas em julgado e alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos, dada a redação do art. 64, I, do CP, não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena.

! O período depurador de cinco anos possui a aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não pode mais influenciar no *quantum* de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos.

A *ratio legis* consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houve o devido cumprimento de sua punição. Desse modo, é inadmissível atribuir à condenação o *status* de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena.

A Constituição veda expressamente, no art. 5º, XLVII, b¹, as penas de caráter perpétuo.

Esse dispositivo suscita a questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se o objetivo primordial fosse o de afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão deve-se aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes.

Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição. Trata-se de uma analogia em prejuízo ao réu, método de integração vedado em nosso ordenamento.

HC 126.315, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 7-12-2015*.

(*Informativo 799, Segunda Turma*)

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo.”

Princípio da não culpabilidade: processos em curso e maus antecedentes¹

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena².

Logo, “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”³.

O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutiva potencializa a atuação da polícia judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais.

Nesse sentido, elementos passíveis de perder a sustentação fática não podem ser usados como reveladores de antecedentes.

No entanto, tendo em conta as manifestações proferidas e o fato de se tratar de *habeas corpus*, a Corte pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever, em recurso extraordinário a ser oportunamente apreciado, a tese firmada no mencionado precedente em repercussão geral.

HC 94.620 e HC 94.680, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-6-2015, acórdãos publicados no *DJE de 24-11-2015*.

(*Informativo 791*, Plenário)

- 1 Enunciado 444 da Súmula do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”
- 2 Aplicado o entendimento firmado no Tema 129 da Repercussão Geral, *leading case*: RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 17-12-2014, *DJE de 26-2-2015*.
- 3 Tema 129 da Repercussão Geral, *leading case*: RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 17-12-2014, *DJE de 26-2-2015*.

Aumento da pena e continuidade delitiva

A imprecisão quanto ao número de crimes praticados não obsta a aplicação da causa de aumento de pena da continuidade delitiva em seu patamar máximo. Entretanto, deve haver elementos seguros que demonstrem terem sido vários os crimes praticados ao longo de dilatado lapso temporal.

- ! O *quantum* de exasperação da pena, por força da continuidade delitiva, deve ser
- proporcional ao número de infrações cometidas.

Assim, ainda que não se saibam exatamente quantos delitos foram praticados, mas havendo reiteração no cometimento dos delitos, pode-se majorar a pena devido à continuidade delitiva.

HC 127.158, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 27-8-2015*.

(*Informativo 791*, Segunda Turma)

Fixação de regime inicial de cumprimento de pena e circunstâncias judiciais

Não configura constrangimento ilegal a fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, exclusivamente em decorrência do fato de a pena-base haver sido estabelecida acima do mínimo legal pela valoração negativa de duas das circunstâncias judiciais (circunstâncias e consequências do crime).

Desde que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao réu e que a decisão judicial esteja devidamente fundamentada, mediante apresentação de justificativa plausível, admite-se a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, nos termos do § 3º do art. 33 do CP¹ e do Enunciado 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal². HC 124.876, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-3-2015*.

(*Informativo 775*, Segunda Turma)

- 1 “Art. 33. (...) § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”
- 2 “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIS

DIREITO PENAL

Crime de dirigir sem habilitação e lesão corporal culposa na direção de veículo

O crime de dirigir sem habilitação (CTB, art. 309) é absorvido pelo delito de lesão corporal culposa na direção de veículo (CTB, art. 303).

! Aplica-se à hipótese o princípio da consunção. Além disso, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o fato de o agente não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação já é causa de aumento de pena para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Nesse sentido, não se pode admitir que o mesmo fato seja atribuído ao paciente como crime autônomo e, simultaneamente, como causa especial de aumento de pena, haja vista a vedação de *bis in idem*.

Cabe destacar que se aplica esse entendimento mesmo que o crime do art. 303 do CTB seja de ação pública condicionada à representação e a vítima não tenha representado. Nessa situação, é imperativo reconhecer a extinção da punibilidade do crime de dirigir sem habilitação (CTB, art. 309), cujo processo instaura-se por ação penal pública incondicionada.

HC 128.921, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no DJE de 11-9-2015.

(*Informativo 796*, Segunda Turma)

Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado

A incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso, com observância das consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante de sua aplicação.

! Negar a tipicidade a certa conduta significa afirmar que, do ponto de vista penal, ela é lícita e imune a qualquer espécie de repressão. Porém, isso está em descompasso com o conceito social de justiça, visto que determinado modo de agir, embora penalmente irrelevante, não é aceitável socialmente.

Aferir a insignificância como requisito negativo da tipicidade, especialmente no caso de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade. Isso impede que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, o objetivo do legislador, quando formulada a tipificação legal, seja desvirtuado.

Portanto, para se conduzir à atipicidade da conduta, é necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. É indispensável averiguar o significado social da ação e a adequação da conduta, para que a finalidade da lei seja alcançada.

Em suma, a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (*conglobante*), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta. Abrange também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

Nesse sentido, a reincidência também não deve ser considerada apenas sob o aspecto jurídico. O seu reconhecimento não pode, por si só, impedir que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.

Na hipótese de o juiz considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações nas quais tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto.

! A imposição de regime inicial diverso é desproporcional para a reprovação e prevenção quanto à conduta imputada. Afinal, a pena privativa de liberdade deve se restringir às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista o custo elevado e as consequências nocivas para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação.

Assim, há situações que, mesmo enquadráveis no enunciado normativo, não mereceriam as consequências concebidas pelo legislador. Cabe ao intérprete calibrar eventuais excessos e produzir a solução mais harmônica com o sistema jurídico e com a regra geral de proporcionalidade, compatível com a natureza e a repercussão do delito.

É indispensável, portanto, que a avaliação ocorra caso a caso. A uniformização de tratamento não é desejável, tendo em vista as díspares realidades sociais, econômicas e culturais existentes no País. É necessário, portanto, valorar os vetores subjetivos da causa penal (CP, art. 59) e individualizar a pena.

HC 123.108, HC 123.533 e HC 123.734, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 3-8-2015, acórdãos publicados no *DJE de 1º-2-2016*, no *DJE de 18-2-2016* e no *DJE de 2-2-2016*, respectivamente.

(*Informativo 793*, Plenário)

TIPICIDADE

DIREITO PENAL

Descumprimento de ordem judicial e ciência

Configura-se o crime de responsabilidade de prefeito¹ apenas com a existência de inequívoca ciência da determinação judicial. Logo, a mera comunicação da ordem a terceiros não atende as exigências legais.

! A projeção desse entendimento se guia pelos mesmos parâmetros utilizados para aferição do dolo nos delitos em que o ato de desobedecer figurar como elementar do tipo, cuja previsão genérica é a do art. 330 do CP,^{2 e 3} sobre o qual doutrina e jurisprudência são unânimes em exigir a ciência inequívoca do agente quanto à ordem descumprida.

AP 555, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 6-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 802, Primeira Turma*)

- 1 Decreto-Lei 201/1967: “Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) XIV – Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.”
- 2 “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”
- 3 “Em recente julgamento envolvendo questão análoga (espécie de ‘desobediência qualificada’ prevista no art. 10 da Lei 7.347/1985), esta Suprema Corte reafirmou (AP 679, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, *DJE de 20-2-2014*): ‘Como destaca Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1202), ao referir-se ao crime de desobediência (art. 330 do *Código Penal*), no qual também se subsume a conduta prevista no tipo incriminado, *desobedecer significa não ceder a autoridade ou força de alguém, resistir ou infringir. É preciso que a ordem dada seja do conhecimento direto de quem necessita cumpri-la. Nessa linha: STJ: O crime de desobediência (CP, art. 330) só se configura se a ordem legal e endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la (HC 10.150-RN, Quinta Turma, rel. Edson Vidigal, 7-12-1999, v.u., DJ 21-2-2000, p. 143).* (grifos do autor). Alberto Silva Franco e Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1542/1543), *ao se referirem ao mesmo dispositivo de lei, sustentam que a ordem eventualmente descumprida deve ser individualizada e transmitida diretamente ao destinatário, seja por escrito ou verbalmente, sob pena de atipicidade do comportamento*. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Suprema Corte sobre o tema, nos quais, em situações análogas, se reconheceu a necessidade de ordem judicial direta e individualizada para o aperfeiçoamento do tipo: I – (...) II – Desobediência (C. Eleitoral, art. 347): exigência de ordem judicial eleitoral direta e individualizada ao agente (Inq 2.004 QO/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ de 28-10-2004*).” (Trecho do voto da ministra Rosa Weber, no presente julgamento – grifos no original.)

Desobediência eleitoral e absolvição sumária

Para configurar crime de desobediência eleitoral¹, é necessário que a ordem tida por descumprida seja direta e individualizada ao agente. Além disso, deve-se comprovar a ciência do agente em relação à ordem reputada por violada, sob pena de verificar-se a ausência do elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo.

! A ausência do elemento subjetivo do tipo, isto é, da vontade livre e consciente de o agente recusar cumprimento a ordens da Justiça Eleitoral, ou opor embaraços à sua execução, caracteriza atipicidade da conduta.

Nesse sentido, não configura crime de desobediência eleitoral, previsto no art. 347 do Código Eleitoral, a ordem geral e abstrata, contida em orientação da Justiça Eleitoral, de não realizar carreatas ou passeatas eleitorais em determinado local.

AP 904 QO, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 14-4-2015, acórdão publicado no DJE de 6-5-2015.

(*Informativo 781*, Segunda Turma)

1 Lei 4.737/1965: “Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução:”

TRANSAÇÃO PENAL

DIREITO PENAL

Transação penal e efeitos próprios de sentença penal condenatória

Os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória.

! Os efeitos do art. 91 do CP, apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, constituem uma drástica intervenção estatal na realidade patrimonial dos acusados.

Por isso, embora operem *ex lege*, as medidas acessórias previstas no aludido preceito exigem a formação de um juízo prévio a respeito da culpa do investigado. Do contrário, haveria evidente ofensa ao devido processo legal¹.

A imposição desses efeitos somente poderá ser viabilizada mediante a observância de um devido processo, que garanta ao acusado a possibilidade de exercer o direito de resistência por todos os meios legais colocados à sua disposição.

A sentença relativa à transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) possui natureza homologatória.

A sanção imposta com o acolhimento da transação não decorre de qualquer juízo estatal a respeito da culpabilidade do investigado. Afinal, é estabelecida antes mesmo do oferecimento de denúncia, da produção de prova e da prolação de veredicto.

Nesse caso, a sanção é ato judicial meramente homologatório, expedido de modo sumário em favor do interesse público na célere resolução de conflitos sociais de diminuta lesividade para os bens jurídicos tutelados pelo estatuto penal. Não há, portanto, qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante.

Assim, justamente porque a homologação da transação prescinde da instauração de processo formal para apurar a responsabilidade criminal, o juiz não pode, em caso de descumprimento dos termos do acordo, substituir a medida restritiva de direito consensualmente fixada por uma pena privativa de liberdade compulsoriamente aplicada².

As consequências geradas pela transação penal da Lei 9.099/1995 são essencialmente aquelas estipuladas no instrumento do acordo.

! Decretar o confisco de bem pertencente àquele que se submeteu tão somente à transação penal priva o proprietário da titularidade sem lhe oportunizar o

exercício dos meios de defesa legalmente estabelecidos. Incorre-se, com isso, em manifesta transgressão às garantias constitucionais do art. 5º, LIV, LV, LVII e XXII.

A imposição da medida confiscatória sem o devido processo legal revela-se antagônica não apenas à aceitação formal das garantias do art. 5º da [Constituição Federal](#), como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorram, seja pelo excesso, seja pela insuficiência, em resultado arbitrário.

Apesar de as consequências da homologação da transação serem apenas aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo³, nada impede que outros efeitos extrapenais sejam incluídos na proposta de transação.

Nesses termos, a realização ou não da transação penal dependerá da aceitação daquele a quem se propõe o acordo. Impede-se, apenas, que tais efeitos se deem de forma reflexa e automática em razão da homologação da transação penal⁴.

Por fim, cabe destacar que, além do que está no acordo, o único efeito acessório gerado pela homologação será o previsto ao final do § 4º do art. 76 da [Lei 9.099/1995](#)⁵. Os demais efeitos penais e civis decorrentes das condenações penais não serão constituídos (§ 6º do art. 76).

RE 795.567, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 28-5-2015, acórdão publicado no [DJE de 9-9-2015](#).

(Informativo 787, Repercussão Geral)

1 RE 362.047, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 14-9-2004, [DJ de 8-10-2004](#).

2 Sobre a impossibilidade de conversão automática das sanções acordadas em transação penal em penas restritivas de direito, em caso de descumprimento: HC 83.598, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 21-10-2003, [DJ de 14-11-2003](#).

3 HC 79.572, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, j. 29-2-2000, [DJ de 22-2-2002](#).

4 No caso, o procedimento penal foi instaurado para apurar a prática de contravenção tipificada no art. 58 do [Decreto-Lei 3.668/1941](#) (“Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”). Por ocasião da lavratura do termo circunstanciado, a motocicleta de propriedade do investigado foi apreendida em virtude de suposto uso na execução do ilícito. Ocorre que a transação penal ofertada pelo Ministério Público e aceita pelo recorrente impunha apenas pagamento de prestação pecuniária e medida restritiva de direitos. No entanto, após o integral cumprimento da pena, o juízo decretou a perda do veículo anteriormente apreendido.

5 “Art. 76. (...) § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

DIRETTO PENAL MILITARE

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

DIREITO PENAL MILITAR

Crime de deserção e prescrição da pretensão punitiva estatal

É constitucional o art. 132 do Código Penal Militar (CPM)¹, que estabelece regra diferenciada para o cômputo da prescrição do crime de deserção².

! O CPM estabelece dois critérios de prescrição para o crime de deserção, o qual possui natureza permanente³. O primeiro – geral – é destinado ao agente que, apesar de ter incorrido no referido delito, foi reincorporado ao serviço militar. Nesse caso, incide a regra do art. 125 do CPM, em que a prescrição em abstrato se regula pelo máximo da pena privativa de liberdade aplicada ao crime praticado. Conforme determina o art. 125, § 2º, c, do CPM⁴, a prescrição relativa a esse delito começa a correr do dia em que cessou a permanência. O segundo critério – especial – é aplicado exclusivamente ao desertor que não foi capturado e nem se apresentou à corporação (trânsfuga). Para essas hipóteses, a extinção da pretensão punitiva estatal está sujeita ao art. 132 do CPM.

Nesse sentido, o art. 132 do CPM é constitucional, pois não estabelece a imprescritibilidade para o crime permanente de deserção em relação ao trânsfuga.

Na verdade, o dispositivo impugnado impede a imprescritibilidade do crime de deserção praticado pelo militar que se encontra foragido (trânsfuga), ao estabelecer a extinção da punibilidade quando o desertor atingir 45 ou, no caso de oficial, 60 anos, não se vislumbrando qualquer irrazoabilidade ou afronta a outros postulados constitucionais.

Do contrário, se inexistisse o art. 132, aí sim seria imprescritível o crime do desertor que não fosse capturado ou se apresentasse voluntariamente, com evidente ônus para as Forças Armadas.

HC 112.005, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 10-2-2015, acórdão publicado no DJE de 10-4-2015.

(*Informativo 774, Primeira Turma*)

- 1 “Art. 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.”
- 2 CPM: “Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.”

- 3 Nesse sentido: HC 80.540, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 28-11-2000, *DJ de 2-2-2001*; HC 91.873, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, j. 30-10-2007, *DJE de 19-12-2007*; e HC 111.130, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 24-4-2012, *DJE de 1º-8-2012*.
- 4 “Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...) § 2º A prescrição da ação penal começa a correr: (...) c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.”

LEI PENAL

DIREITO PENAL MILITAR

Princípio da consunção na Justiça Militar

É cabível o trancamento da ação penal militar instaurada para apuração do delito de abandono de posto¹ quando essa infração configurar crime-meio para se alcançar o delito-fim de deserção².

! Ocorridos em um mesmo contexto fático, o abandono de posto e a deserção não implicam ações autônomas. Incide, na hipótese, o fenômeno da absorção de um crime por outro (princípio da consunção), uma vez que o abandono se apresenta como o meio necessário à consecução do delito-fim de deserção.

RHC 125.112, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-2-2015, acórdão publicado no *DJE de 2-3-2015*.

(*Informativo 774, Segunda Turma*)

- 1 CPM: “Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo: Pena – detenção, de três meses a um ano.”
- 2 CPM: “Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.”

SURSI

DIREITO PENAL MILITAR

Período de prova em *sursis* e indulto

O *sursis* não tem natureza jurídica de pena, mas de medida alternativa a ela.

Embora seja controversa sua natureza jurídica, a “mais adequada, em nosso entender, para configurar o instituto da suspensão condicional da pena, é a sua visualização como medida de política criminal para evitar o encarceramento inútil de condenados com possibilidade de reeducação por outra forma de cumprimento da sanção penal. Incabível dizer, no entanto, seja o *sursis* uma pena, pois as penas estão claramente enumeradas no art. 32 do Código Penal (CP), e a suspensão é medida destinada justamente a evitar a aplicação de uma delas, todas privativas de liberdade. Por outro lado, não se deve sustentar ser apenas um benefício, pois o *sursis* traz, sempre, condições obrigatórias, consistentes em medidas restritivas da liberdade do réu. Daí por que é mais indicado tratá-lo como medida alternativa de cumprimento da pena privativa de liberdade, não deixando de ser um benefício (aliás, a própria lei fala em benefício, como se vê do art. 77, II, CP), nem tampouco uma reprimenda”¹.

Não é possível o cômputo do período de prova da suspensão condicional da pena para aquisição do indulto natalino que exija, para sua concessão, o cumprimento de parte da pena imposta ao beneficiário.

Não cabe confundir o tempo alusivo ao período de prova exigido para a obtenção de *sursis* com o requisito temporal relativo ao cumprimento de 1/4 da pena privativa de liberdade para alcançar-se o indulto natalino e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade².

Por conseguinte, o cumprimento do período de prova do *sursis* não atende ao requisito objetivo de cumprimento de 1/4 da pena, expressamente estabelecido no art. 1º, XIII e XIV, do Decreto 8.712/2013³.

RHC 128.515, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-10-2015.

(*Informativo 792, Primeira Turma*)

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 283-284.

- 2 HC 123.382, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática, j. 12-9-2014, *DJE de 16-9-2014*; HC 123.425, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 14-10-2014, *DJE de 7-11-2014*; e HC 123.147, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 30-9-2014, *DJE de 17-11-2014*.
- 3 Na espécie, os incisos XIII e XIV do art. 1º do [Decreto 8.172/2013](#) reconheceram como mercedores do indulto natalino os réus condenados a pena privativa de liberdade, desde que – cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena – esta tivesse sido substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do [CP](#), ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena. O recorrente fora condenado a dois meses de prisão no regime aberto pela prática do crime de lesões corporais culposas, tipificado no art. 251 do [CPM](#), e beneficiado com o *sursis*.

TIPICIDADE

DIREITO PENAL MILITAR

Período de graça e configuração do crime de deserção

Eventual equívoco na lavratura do termo de deserção apenas afasta a tipicidade da conduta¹ quando, a partir dele, as Forças Armadas excluírem o militar durante o período de graça².

! O crime de deserção é crime próprio. Logo, só pode ser praticado por militar, e sua consumação se dá com a ausência injustificada por mais de oito dias.

A equivocada lavratura antecipada, antes, portanto, de findar o oitavo dia de ausência, do termo de deserção acarreta a perda da condição de militar. O agente passa, então, a ostentar a condição de civil, situação que impediria a consumação da referida figura delitiva, que é um crime próprio.

A literalidade do art. 452 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) deixa claro que o termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, não significando prova definitiva, que será formada durante a instrução, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Assim, cabe ao juízo natural da causa penal, com observância ao princípio do contraditório, proceder ao exame de todas as provas colhidas – e não apenas o termo de deserção – e conferir a definição jurídica adequada para os fatos que sejam comprovados.

HC 126.520, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 5-5-2015, acórdão publicado no DJE de 20-5-2015.

(Informativo 784, Segunda Turma)

1 CPM: “Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, **por mais de oito dias:**” (Sem grifos no original.)

2 Período de oito dias de ausência do militar, necessário para a configuração do crime de deserção.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AÇÃO RESCISÓRIA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da ação rescisória

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou a rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente.

Para que isso ocorra, é indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC/1973, observado o respectivo prazo decadencial (CPC/1973, art. 495).

Ressalva-se desse entendimento – quanto à indispensabilidade da ação rescisória – a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

! A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma no âmbito de ação de controle concentrado (ADC ou ADI) simplesmente reconhece a sua validade ou a sua nulidade. No plano do ordenamento jurídico, mantém ou exclui a referida norma do sistema de direito. É a chamada eficácia normativa.

Todavia, dessa sentença de mérito decorre também o efeito vinculante, que atribui ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a atos administrativos ou judiciais supervenientes. É o que se pode denominar de eficácia executiva ou instrumental, que, para efetivar-se, tem como mecanismo executivo próprio, embora não único, a reclamação prevista no art. 102, I, l, da Carta Constitucional.

É importante distinguir essas duas espécies de eficácia – a normativa e a executiva –, pelas consequências que operam em situações concretas.

A eficácia normativa – que é a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – se opera *ex tunc*, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada.

Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. O efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina.

Assim, derivando da sentença (e não da vigência da norma examinada), o termo inicial da eficácia executiva é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário

Oficial (Lei 9.868/1999, art. 28). Consequentemente, a eficácia atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos.

Em suma, os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio¹.

Isso se aplica também às sentenças judiciais anteriores. Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente.

O efeito executivo da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deriva da decisão do STF, não atingindo, consequentemente, atos ou sentenças anteriores, ainda que inconstitucionais.

Para desfazer as sentenças anteriores, será indispensável a interposição de recurso próprio (se cabível), ou, tendo ocorrido o trânsito em julgado, a propositura da ação rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC/1973, observado o respectivo prazo decadencial (CPC/1973, art. 495).

Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado.

É interessante notar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16-3-2015), com vigência a partir de um ano de sua publicação, traz disposição explícita afirmando que, em hipóteses como esta, “cabera ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 525, § 12 e art. 535, § 8º). No regime atual, não há, para essa rescisória, termo inicial especial, o qual, portanto, se dá com o trânsito em julgado da decisão a ser rescindida (CPC/1973, art. 495).

Pode ocorrer que – quando o STF emitir decisão na ação de controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade – já tenha transcorrido mais de dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. Nesse caso, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, e a sentença torna-se, consequentemente, insuscetível de ser rescindida, mesmo que contrária à decisão do STF em controle concentrado.

Imunidades dessa espécie são decorrência natural da já mencionada irretroatividade de do efeito vinculante (e, portanto, da eficácia executiva) das decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

Há, aqui, uma espécie de modulação temporal *ope legis* dessas decisões. Isso ocorre não apenas em relação a sentenças judiciais anteriores com trânsito em julgado, mas também em situações nas quais o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão de atos jurídicos já definitivamente consolidados no passado. São impedimentos ou restrições dessa natureza, por exemplo, a prescrição e a decadência.

Isso significa que, embora formados com base em preceito normativo declarado inconstitucional (e, portanto, excluído do ordenamento jurídico), certos atos pretéritos, sejam públicos, sejam privados, não ficam sujeitos aos efeitos da superveniente declaração de inconstitucionalidade. Afinal, a prescrição ou a decadência inibem a providência extrajudicial (v.g., o lançamento fiscal) ou o ajuizamento da ação própria (v.g., ação anulatória, constitutiva, executiva ou rescisória) indispensável para efetivar o seu ajustamento à superveniente decisão do STF.

No âmbito criminal, configura hipótese típica de modulação temporal *ope legis* a norma que não admite revisão criminal da sentença absolutória (CPP, art. 621), bem como inibe o agravamento da pena, em caso de procedência da revisão (CPP, art. 626, parágrafo único). Isso significa que, declarada inconstitucional e excluída do ordenamento jurídico uma norma penal que tenha sido aplicada em benefício do acusado em sentença criminal transitada em julgado, há empecilho legal à eficácia executiva *ex tunc* dessa declaração, por falta de instrumentação processual para tanto indispensável.

Com efeito, o que se sustenta não é a imutabilidade absoluta da coisa julgada material, mas apenas que, transcorrido o prazo decadencial da ação rescisória, não podem ser desconstituídos os efeitos de sentença transitada em julgado sob o argumento de que a norma que a fundamentou foi posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. Resguarda-se, nesta hipótese, a segurança jurídica, consubstanciada na preservação da coisa julgada material, sem, contudo, descartar a legitimidade de sua relativização em casos excepcionais, como aquele apreciado por esta Corte nos autos do RE 363.889².

RE 730.462, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 28-5-2015, acórdão publicado no DJE de 9-9-2015.

(*Informativo 787, Repercussão Geral*)

¹ Justamente por não estarem submetidos ao efeito vinculante da sentença, não podem ser atacados por simples via de reclamação. É firme nesse sentido a jurisprudência do Tribunal: "Inexiste ofensa à autoridade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, se o ato de que se reclama é anterior

à decisão emanada da Corte Suprema. A ausência de qualquer parâmetro decisório, previamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, torna inviável a instauração do processo de reclamação, notadamente porque inexistente o requisito necessário do interesse de agir.” (Rcl 1.723 AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, P, j. 8-2-2001, *DJ de 6-4-2001*). No mesmo sentido: Rcl 5.388 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 7-10-2014, *DJE de 23-10-2014*; Rcl 12.741 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 9-9-2014, *DJE de 18-9-2014*; e Rcl 4.962, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 25-6-2014, *DJE de 1º-8-2014*.)

- 2 *Distinguishing*: Não há incompatibilidade com a tese aqui defendida e o decidido por esta Corte no RE 363.889 (rel. min. Dias Toffoli, P, j. 2-6-2011, *DJE de 16-12-2011*), precedente suscitado no parecer da Procuradoria-Geral da República para fundamentar o provimento do recurso extraordinário. Nesse julgado, o STF reconheceu a legitimidade da relativização de coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA. Privilegiou-se, assim, o direito à busca da identidade genética, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, em face do postulado da segurança jurídica.

Ação rescisória e revisão geral anual de vencimentos

Não cabe ação rescisória de decisões proferidas em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que ocorra alteração posterior do entendimento do Tribunal sobre a matéria¹.

! Ação rescisória não é instrumental voltado à uniformização da jurisprudência, logo não serve como mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição.

Assim, ação rescisória, ainda que promovida com base no art. 485, V, do *CPC/1973*, é manifestamente incabível quando, na realidade, esteja fundada, exclusivamente, em possível alteração da jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema², retratada nos precedentes citados na decisão rescindenda.

AR 2.199, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 29-6-2015*.

(*Informativo 782*, Plenário)

1 RE 590.809, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 22-10-2014, *DJE de 24-11-2014*.

2 Na espécie, pleiteava-se o restabelecimento de acórdão, objeto do RE 560.077, rel. min. Cármen Lúcia, no qual se deferiu pedido de indenização por danos materiais, formulado por servidor público, em razão de alegada omissão do titular do Poder Executivo em encaminhar projeto de lei de revisão geral anual da remuneração dos servidores federais, conforme dispõem o art. 37, X, da *Constituição Federal*. O autor da ação rescisória sustentava que a matéria não estaria uniformizada pela jurisprudência do STF, destacando a repercussão geral reconhecida no RE 424.584, rel. orig. min. Carlos Velloso, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 17-11-2009, *DJE de 7-5-2010*, e no RE 565.089, rel. min. Marco Aurélio, ainda pendente de apreciação. Dessa forma, não poderia o relator, com fundamento no art. 557, § 1º, do *CPC/1973*, ter dado provimento, monocraticamente, ao recurso extraordinário interposto pela União.

COMPETÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Reclamação e sociedade de economia mista

É de competência da Justiça comum o processamento e o julgamento dos dissídios entre o poder público e os servidores subordinados a regime jurídico estatutário.

! O vínculo jurídico de natureza estatutária existente entre os servidores públicos e a Administração¹ é estranho ao conceito de relação de trabalho. Por isso, os dissídios devem ser processados e julgados pela Justiça comum.

Reconhecida a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para a causa, são nulos todos os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente.

Assim dispõe o art. 113 do *CPC/1973*².

Rcl 6.527 AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 16-10-2015*.

(Informativo 796, Primeira Turma)

1 ADI 3.395 MC, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 5-4-2006, *DJ de 10-11-2006*.

2 “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.”

Terras indígenas e conflito de competência

Estando o acórdão recorrido embasado no conjunto fático-probatório, inviabiliza-se a análise do recurso extraordinário.

! A Corte de origem assentou que a ação proposta não discutiria direitos sobre terras indígenas, o que afastaria a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, XI). Assim, incide à hipótese o Enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal¹.

Logo, considerando que não se admite o reexame dos fundamentos fáticos – apreciados exaustivamente na origem –, não merece reparos a decisão que inadmite recurso extraordinário impugnando o acórdão estabelecido com base no contexto fático-probatório.

RE 431.602 AgR-quarto, rel. orig. min. Ellen Gracie, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 792*, Segunda Turma)

¹ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Conflito de competência e art. 115 do CPC/1973

É cabível o acolhimento do conflito de competência com base no art. 115, III, do CPC/1973¹ – mesmo ausente divergência entre juízos diversos sobre a reunião ou separação de processo – quando se tratar de ações conexas em trâmite perante Justiças distintas e no bojo das quais o apontamento de reunião² não se mostre suficiente à definição da competência para seu processo e julgamento³.

! Embora a admissão do conflito de competência com base no art. 115, III, do CPC/1973 exija divergência expressa entre juízos diversos quanto à reunião ou à separação das ações, é inaplicável a regra da reunião entre feitos. Isso ocorre quando os processos tramitam perante juízos com competência material distinta, dada a vedação decorrente do art. 102 do CPC/1973⁴, ou quando um deles já conta com decisão de mérito, atraindo a aplicação da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça⁵.

Ante a possibilidade de prolação de decisões conflitantes, cabe, por meio de interpretação extensiva, conhecer do conflito e reconhecer a competência da Justiça comum para o processamento e o julgamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar. A regra de modulação estabelecida pela Corte no RE 586.453⁶ teve por pressuposto sua incidência sobre demandas únicas, isoladamente consideradas, não tendo sido assentada para reger divergência quanto à competência para o processamento de ações diversas.

CC 7.706 AgR-segundo-ED-terceiros, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 12-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 20-4-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

- 1 “Art. 115. Há conflito de competência: (...) III – quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.”
- 2 CPC/1973: “Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”
- 3 No caso, trata-se de demandas em trâmite perante a Justiça comum e a Justiça trabalhista, em que se discute complementação de aposentadoria, com decisões conflitantes já proferidas, a justificar o conhecimento do conflito.

- 4 “Art. 102. A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência, observado o disposto nos artigos seguintes.”
- 5 “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”
- 6 Atribuição de competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar todas as causas da espécie em que proferida sentença de mérito até 20-2-2013.

DESISTÊNCIA DA AÇÃO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Provimento de serventias extrajudiciais e desistência de mandado de segurança

A partir da promulgação da Constituição (5-10-1988), o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais, inclusive em caso de remoção, observado, nessa última hipótese, o disposto no art. 16 da Lei 8.935/1994, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/2002.

! O art. 236, *caput* e o seu § 3º, da Constituição Federal são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, antes da Lei 8.935/1994.

Nesse sentido, normas estaduais editadas anteriormente à Constituição Federal de 1988 que admitem a remoção, na atividade notarial e de registro, independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição. Por isso, não foram recepcionadas pela Lei Maior.

Por outro lado, o prazo decadencial de cinco anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999¹, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236².

Situações flagrantemente inconstitucionais, como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público, não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações da Constituição Federal³.

Por fim, não é cabível a desistência de mandado de segurança, nas hipóteses em que se discute a exigibilidade de concurso público para delegação de serventias extrajudiciais, quando já houver decisão de mérito, objeto de sucessivos recursos, e as desistências tiverem por finalidade secundária levar a matéria em ação ordinária perante a Justiça comum, a fim de perpetuar a controvérsia⁴.

MS 29.093 ED-ED-AgR, MS 29.129 ED-ED-AgR, MS 29.128 ED-ED-AgR, MS 29.130 ED-ED-AgR, MS 29.186 ED-ED-AgR, MS 29.101 ED-ED-AgR, MS 29.146 ED-ED-AgR e MS 29.189 ED-ED-AgR, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 14-4-2015, acórdãos publicados no *DJE de 3-8-2015* e o último, no *DJE de 4-8-2015*.

(*Informativo 781*, Segunda Turma)

- 1 “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”
- 2 Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE de 6-11-2014*.
- 3 MS 28.279, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 2-4-2014, *DJE de 12-5-2014*.
- 4 Sobre a limitação do teto, prevista no art. 37, XI, da *CF/1988*, a quem detém interinamente a serventia extrajudicial: MS 30.180 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 21-10-2014, *DJE de 21-11-2014*; MS 28.815 MC-AgR, rel. min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 13-8-2013, *DJE de 16-8-2013*; e RE 810.590, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. 2-6-2014, *DJE de 4-6-2014*.

MANDADO DE SEGURANÇA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Mandado de segurança e prova pré-constituída

Equivocados os pressupostos que levaram o tribunal de origem à extinção do mandado de segurança sem julgamento do mérito, cumpre, inicialmente, afastar o fundamento adotado no acórdão recorrido para extinguir o writ e, em seguida, determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que prossiga no exame da causa.

! Em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, não se aplica a regra prevista para a apelação segundo a qual “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediata julgamento” (CPC/1973, art. 515, § 3º), o que consagra a teoria da causa madura¹.

As fichas financeiras² de servidores devem ser consideradas provas pré-constituídas.

! Em tese, elas são aptas a comprovar a existência ou não do direito dos inativos³ em paridade com o pessoal da ativa. Por conseguinte, são documentos hábeis a instruir mandado de segurança no qual se busca equiparação de servidores inativos ao pessoal da ativa no que se refere ao pagamento de vantagem remuneratória.

Assim, não há que se falar em ausência de prova pré-constituída. Logo, a decisão que declara a extinção do writ sem julgamento de mérito, sob a justificativa de não ser permitida a dilação probatória, foi equivocada.

RMS 29.914, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 10-11-2015, acórdão publicado no DJE de 24-11-2015.

(Informativo 807, Segunda Turma)

¹ Precedente: RMS 26.959, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, P, j. 26-3-2009, DJE de 15-5-2009.

² “A Ficha Financeira é um documento que contém o resumo dos proventos do servidor durante o ano ou semestre.” (Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pldPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=salaservidor&tax=34527&lang=pt_BR&pg=5320&taxp=0&>.)

³ No caso, pretende-se obter em favor dos inativos a equiparação ao pessoal da ativa no que se refere ao pagamento da vantagem referente à Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária (GDATFA), pois teria natureza genérica, não inerente ao exercício do cargo.

PRISÃO CIVIL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Prisão civil do devedor de alimentos

O *habeas corpus* é incabível quando impugna decisão monocrática que nega seguimento ao writ.

! O Supremo Tribunal Federal (STF) não admite o conhecimento de *habeas corpus* sem apreciação dos fundamentos pelo órgão judicial apontado como coator, sob pena de realizar exame *per saltum*¹ ou, ainda, de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de sua competência².

O art. 102, I, i, da Constituição Federal³ pressupõe que a coação seja praticada por tribunal superior.

Nesse sentido, a não interposição de agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça impede o conhecimento do *habeas corpus* pelo STF.^{4 e 5}

Excepciona-se desse entendimento quando se comprovam requisitos para o acolhimento do writ, como o flagrante constrangimento, a manifesta ilegalidade ou o abuso de poder.

O art. 654 do CPP⁶ atribui aos juízes e aos tribunais competência “para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

Nessas circunstâncias, ainda que não conhecido o writ, é cabível a concessão de ofício.

É inadmissível a prisão civil do devedor de alimentos que justificadamente não possui condições de efetuar seu pagamento.

Na Constituição, dispõe-se expressamente no art. 5º, LXVII⁷, que a prisão civil por dívida de pensão alimentícia só é possível se o inadimplemento for voluntário e inescusável.

HC 131.554, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-12-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-2-2016.

(Informativo 812, Segunda Turma)

1 HC 76.347 QO, rel. min. Moreira Alves, 1ª T, j. 25-11-1997, *DJ de 8-5-1998*; HC 86.552 AgR, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 6-12-2005, *DJ de 17-2-2006*; e HC 90.209 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 27-2-2007, *DJ de 16-3-2007*.

2 HC 119.115, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 6-11-2013, *DJE de 13-2-2014*; e HC 116.551, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 10-12-2013, *DJE de 3-2-2014*.

- 3 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.”
- 4 HC 113.186, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 9-4-2013, *DJE de 3-5-2013*.
- 5 HC 120.259 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 18-12-2013, *DJE de 12-2-2014*.
- 6 “Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. (...) § 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”
- 7 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

RECURSOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juntada do incidente de inconstitucionalidade

É dispensável, para conhecimento de recurso extraordinário fundado no art. 102, I, b, da Constituição Federal, a juntada do incidente de inconstitucionalidade apreciado pela Corte de origem nos casos em que o Supremo Tribunal Federal (STF)¹ já houver se pronunciado sobre a questão.

! Se é permitido que o órgão fracionário não submeta ao plenário do tribunal *a quo* a questão de constitucionalidade quando já houver pronunciamento do STF sobre a questão no sentido de inconstitucionalidade (CPC/1973, art. 481, parágrafo único²), a manutenção da exigência, quando o próprio Supremo já se pronunciou pela constitucionalidade da lei, configura desmedido formalismo.

Em outras palavras, exigir-se a juntada do inteiro teor do acórdão proferido pelo plenário do tribunal *a quo* no incidente de inconstitucionalidade para o conhecimento do recurso extraordinário resulta em excessiva valoração do julgamento do órgão especial do tribunal de origem sobre a decisão do STF.

Aplica-se esse entendimento especialmente nas hipóteses em que o órgão recorrido, embora não haja transcrito integralmente o acórdão do tribunal regional que apreciou o incidente de inconstitucionalidade, tenha reproduzido sua ementa. Ademais, na espécie, estariam sumariadas as razões da decisão, suficientes para afastar qualquer dúvida a respeito do tema.

Assim, contendo o acórdão recorrido vasta e minuciosa fundamentação própria a respeito da matéria constitucional, preenche-se condição suficiente para atestar a higidez do que nele contido e para viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

RE 196.752 AgR, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 5-11-2015, acórdão publicado no DJE de 4-5-2016.

(*Informativo 806*, Plenário)

¹ “Na espécie, trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de relator que, ante a ausência da juntada da arguição de inconstitucionalidade aos autos, negara seguimento a recurso extraordinário. Tal recurso fora manejado contra acórdão de Tribunal Regional Federal que, fundado em precedente do Plenário daquela Corte, não integrado aos autos, reconhecera a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei 8.200/1991, declarado constitucional pelo STF nos autos do RE 201.465 [rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim, P, j. 2-5-2002], DJ de 17-10-2003 – v. *Informativos 310, 346 e 583.*” (*Informativo STF 806.*)

- 2 “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Convenção coletiva e política salarial

Os embargos de declaração não se prestam a corrigir possíveis erros de julgamento. Admite-se, entretanto, a concessão de efeitos modificativos ao recurso, desde que para fins de correção de premissas equivocadas.

- ! Premissa equivocada e erro de julgamento são coisas completamente distintas.
- A premissa equivocada pressupõe erro material ou desconsideração de um fato que, se considerado, teria alterado o resultado do julgamento, ou seja, verdadeira omissão que, quando suprida, induz obrigatoriamente à alteração do julgado.

O erro de julgamento, por sua vez, diz respeito a um vício na aplicação do Direito, que, juntamente com o erro de procedimento, é o fundamento, ainda quando equivocado, dos recursos de efeito infringente da decisão recorrida.

Desse modo, a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, quando exista premissa equivocada, não significa alteração da natureza desse recurso. É, em verdade, consequência lógica do seu acolhimento, tendo em vista uma das hipóteses de omissão que o julgado possa conter.

RE 194.662 EDv-ED-ED, rel. orig. min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 14-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 785*, Plenário)

ED: interposição antes da publicação do acórdão e admissibilidade

A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo *a quo*. Consequentemente, não gera ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade.

! O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV¹) e à efetividade dos direitos materiais².

As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé. Contribuem, ainda, para o progresso da marcha processual com o não conhecimento de recurso interposto antecipadamente, em decorrência de formalismo injustificado.

Ademais, os embargos de declaração opostos para reformar a decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade³.

AI 703.269 AgR-ED-ED-EDv-ED, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-5-2015*.

(*Informativo 776*, Plenário)

- 1 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”
- 2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- 3 Precedentes: Pet 4.837 ED, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 17-2-2011, *DJE de 14-3-2011*; Rcl 11.022 ED, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 17-3-2011, *DJE de 7-4-2011*; AI 547.827 ED, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 2-12-2010, *DJE de 9-3-2011*; e RE 546.525 ED, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 15-3-2011, *DJE de 5-4-2011*.

REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Porte de remessa e retorno, e recolhimento pelo INSS

Aplica-se o § 1º¹ do art. 511 do CPC/1973² para dispensa de porte de remessa e retorno ao exonerar o seu respectivo recolhimento por parte do INSS.

! A despesa com porte de remessa e retorno não se enquadra no conceito de taxa judiciária. Logo, não está incluída na competência legislativa concorrente instituída pelo art. 24, IV, da *Constituição Federal*³.

Ao contrário, o porte de remessa e retorno é típica despesa de serviço postal, prestado por empresa pública monopolística. Assim, remunerado mediante tarifas ou preço público⁴.

Havendo norma isentiva (CPC/1973, art. 511, § 1º) editada por quem compete dispor sobre as receitas públicas oriundas da prestação do serviço público postal⁵, cuida-se, tão somente, de aplicar isenção concedida pela União a si mesma, aos Estados, Municípios e autarquias. Tal dispensa compreende as despesas postais de remessa e retorno aos tribunais federais, cujos orçamentos suportam as tarifas devidas à empresa pública prestadora do serviço.

Por fim, o Tribunal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “cujo valor será estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura”, contida no art. 2º, parágrafo único, II, parte final, da Lei 11.608/2003 do Estado de São Paulo. Afirmou que, no caso em questão, o Conselho Superior da Magistratura, por ser órgão estadual, não possui competência para tratar das despesas com o porte de remessa e retorno.

RE 594.116, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 3-12-2015, acórdão publicado no DJE de 5-4-2016.

(Informativo 810, Plenário, Repercussão Geral)

1 “O preparo recursal consiste na efetuação, por parte do recorrente, do pagamento dos encargos financeiros que dizem respeito à regularidade formal do recurso interposto, e que englobam as custas do processamento do recurso nos tribunais, e os portes de remessa e retorno dos autos ou do instrumento, no caso de agravo nesta modalidade.” (ARE 677.681 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 5-6-2012, DJE de 27-6-2012.)

2 “Art. 511. (...) § 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.”

- 3 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IV – custas dos serviços forenses.”
- 4 AI 351.360 QO, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 25-4-2002, *DJ de 7-6-2002*.
- 5 CF/1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) V – serviço postal.”

Multa: justiça gratuita e suspensão do recolhimento

As partes beneficiárias da justiça gratuita não estão isentas do pagamento da multa do art. 557, § 2º, do CPC/1973.

! A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou • infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça. Atribui-lhe, ainda, um coeficiente de maior racionalidade, ao conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado.

A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC/1973 possui inquestionável função inibitória, haja vista que visa impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer. Neutraliza, dessa maneira, a atuação processual do litigante de má-fé.

Assim, “a norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei 9.756/1998, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário. A exigência de depósito prévio tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o *improbis litigator*”¹.

Desobrigar o recorrente do recolhimento da multa seria retirar da norma o seu objetivo, uma vez que não inibiria a protelação ilimitada do processo.

O recolhimento do numerário deve, porém, ficar suspenso até que advenha modificação do estado econômico dos embargantes e desde que não ultrapassado o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 12 da Lei 1.060/1950².

O não recolhimento de multa anteriormente cominada no agravo regimental não impede o conhecimento dos embargos de declaração que se seguirem.

Se os embargos declaratórios visarem ao esclarecimento ou à integração da decisão proferida, a rigor, não há acórdão passível de execução. Assim, em última análise, sob a roupagem de declaratórios, há a continuidade do julgamento do próprio agravo regimental que ensejou o acórdão embargado, do qual consta a imposição da multa.^{3 e 4}

Por essa razão, descabe exigir o depósito da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. Embora a multa imposta no acórdão ora embargado não tenha sido paga,

a falta do recolhimento de multa anteriormente cominada não deve ser óbice ao conhecimento e à apreciação do mérito dos embargos de declaração que se seguirem. RE 775.685 AgR-ED, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17-11-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-3-2016*.

(*Informativo 808, Primeira Turma*)

- 1 RE 244.893 AgR-ED, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 9-11-1999, *DJE de 3-3-2000*.
- 2 “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”
- 3 AI 550.244 AgR-ED, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 9-11-2010, *DJE de 29-11-2010*.
- 4 No mesmo sentido: AI 722.363 AgR-ED, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 14-5-2013, *DJE de 13-8-2013* (Ementa: “Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. Embargos que discutem tão somente a imposição da multa no julgamento anterior. Recolhimento da multa. Ausência. Conhecimento dos embargos. Possibilidade. Caráter protelatório do agravo regimental. Manutenção da multa. Precedentes. 1. Conforme recente jurisprudência desta Turma, assentada no julgamento do AI 550.244/MG AgR-ED, o não recolhimento de multa anteriormente cominada ao embargante não impede o conhecimento e a apreciação do mérito de outro recurso idêntico que se venha a interpor. 2. A multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973 foi imposta tendo em vista o caráter eminentemente protelatório do agravo regimental, interposto contra decisão que aplicou a pacífica jurisprudência desta Corte acerca do tema, razão pela qual deve ser mantida. 3. Embargos de declaração rejeitados”).

Protocolização em setor indevido e tempestividade

Em situações excepcionais¹, o recebimento da petição por tribunal em setor indevido não pode dar ensejo à declaração de intempestividade do recurso, quando protocolado dentro do prazo previsto em lei.

Embora se possa argumentar que houve equívoco por parte do advogado que protocolou a petição em setor incorreto do tribunal de origem, o erro também deve ser atribuído ao setor que a recebeu indevidamente.

No caso, o próprio órgão do Judiciário, a contadoria do Tribunal de Justiça do Estado, deveria ter recusado o recebimento da petição. Não o tendo feito, patente é a existência de erro judiciário.

RE 755.613 AgR-ED, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2015, acórdão publicado no *DJE* de 27-11-2015.

(Informativo 801, Primeiro Turma)

¹ “Esclareço, antes de prosseguir, que não proponho nenhuma reforma dessa orientação. Entretanto, examinando melhor a causa, diante das peculiaridades do caso concreto, no qual vislumbro a existência de erro judiciário, entendo que merece prosperar a irrisignação do embargante. (...) Embora se possa argumentar que teria havido equívoco por parte do advogado que protocolou a petição em setor incorreto do Tribunal, o erro também deve ser atribuído ao setor que a recebeu indevidamente, quando não lho competia fazer. É certo que, no caso, o próprio órgão do judiciário, a contadoria do Tribunal de Justiça do Estado, deveria ter recusado o recebimento da petição. Não o tendo feito, patente é a existência de erro judiciário.” (Trechos do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)

Agravo regimental e interesse recursal

**Indeferida medida liminar em mandado de segurança, a autoridade im-
petrada não tem interesse recursal.^{1 e 2}**

! A decisão recorrida não possui conteúdo decisório desfavorável à autoridade im-
petrada. Assim, não tem aptidão para afetar a esfera jurídica da parte recorrente.
MS 33.729 AgR-MC, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 3-9-2015, acórdão
publicado no *DJE de 4-2-2016*.

(*Informativo 797, Plenário*)

- 1 CPC/1973: “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.”
- 2 ARE 855.197 AgR-segundo, rel. min. Teori Zavascki, 2º T j. 23-6-2015, *DJE de 3-8-2015*; ARE 860.695 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 9-6-2015, *DJE de 1º-7-2015*; e RE 633.305 AgR-terceiro, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 10-2-2015, *DJE de 19-3-2015*.

RE e análise dos requisitos de admissibilidade de REsp

O recurso extraordinário é instrumento processual idôneo para questionar o cabimento de recurso especial.

- ! O cabimento de recurso previsto na Constituição contra decisão de natureza
- jurisdicional é típica questão constitucional.

Assim, é viável recurso extraordinário contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que contraria, em tese, o que dispõe o art. 105, III e alíneas, da Constituição Federal¹.

Além disso, a controvérsia sobre o cabimento de recurso especial não se confunde com a reanálise de pressupostos processuais de admissibilidade desse recurso de competência do STJ.^{2 e 3}

É cabível o uso do recurso especial manejado em face de decisão proferida em sede de suspensão de liminar deferida ao poder público com base no art. 4º da Lei 8.437/1992⁴.

- ! A decisão não é estritamente política, pois tem conteúdo jurisdicional. Por isso,
- pode haver recurso especial⁵.

RE 798.740 AgR, rel. orig. min. Rosa Weber, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 1º-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 17-11-2015*.

(*Informativo 797*, Primeira Turma)

1 RE 273.351, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 27-6-2000, *DJ de 25-8-2000*; e RE 153.831, rel. min. Ellen Gracie, 1ª T, j. 3-12-2002, *DJ de 14-3-2003*.

2 *Distinguishing*: Tema 181 da Repercussão Geral. *Leading case*: RE 598.365 RG, rel. min. Ayres Britto, Plenário Virtual, j. 15-8-2009, *DJE de 26-3-2010*.

3 “A rigor, para não faltar com a coerência em relação ao posicionamento que venho adotando em outros recursos extraordinários, devo esclarecer que, a meu ver, a questão aqui debatida não se enquadra no Tema 181 da sistemática da repercussão geral (RE 598.365, rel. min. Ayres Britto, *DJE 26-3-2010*), pois a controvérsia sobre o cabimento de recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal não se confunde com a reanálise de pressupostos processuais de admissibilidade desse recurso de competência do STJ.” (Trecho do voto do ministro Edson Fachin, no presente julgamento – sem grifos no original.)

- 4 “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”
- 5 “Houve uma alteração desses dispositivos da Lei 8.437/1992: se a decisão atentar contra a saúde pública, as finanças, ou for flagrantemente ilegal, então, essa expressão conferiu juridicidade também a essa decisão. Ela não é só política.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento.)

Decisão monocrática em embargos de declaração

O recurso extraordinário é inadmissível quando interposto após decisão monocrática proferida pelo relator.

! Nessa circunstância, ainda não se esgotou a prestação jurisdicional pelo tribunal de origem. Além disso, incide à hipótese o Enunciado 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais indicados como violados carecem do necessário questionamento.

! Incidem na hipótese os Enunciados 282² e 356³ da Súmula do STF.

É legítima a utilização do salário mínimo quando tiver por finalidade apenas a expressão do valor inicial de indenização.

! “A vedação do art. 7º, IV, da Constituição restringe-se à hipótese em que se pretenda fazer das elevações futuras do salário mínimo índice de atualização da indenização fixada”⁴.

Assim, é possível que o múltiplo do salário mínimo seja utilizado apenas para “expressar o valor inicial da condenação, a ser atualizado, se for o caso, conforme os índices oficiais da correção monetária”⁵.

Não há repercussão geral em relação à “modificação do valor fixado a título de indenização por danos morais”.

! A matéria tem caráter infraconstitucional⁶.

• ARE 868.922 AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 2-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 9-9-2015*.

(*Informativo 788, Segunda Turma*)

¹ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

- 2 “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”
- 3 “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”
- 4 RE 389.989 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 5-10-2004, *DJ de 5-11-2004*.
- 5 *Idem*.
- 6 ARE 743.771 RG, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, j. 17-5-2013, *DJE de 31-5-2015*.

Revogação tácita de mandato e cerceamento de defesa

É nula a intimação da sessão de julgamento da apelação realizada sem a prévia intimação do defensor posteriormente constituído.

- ! A constituição de novo advogado para atuar na causa, sem ressalva ou reserva de poderes, representa revogação tácita do mandato anteriormente concedido.

Nesse sentido, a ausência de intimação do novo advogado constituído configura cerceamento de defesa.

RHC 127.258, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 19-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 9-9-2015*.

(*Informativo 786*, Segunda Turma)

SENTENÇA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Modificação de decisão judicial pelo TCU e coisa julgada

A cessação dos efeitos da sentença transitada em julgado, em face de efetiva alteração do estado de direito superveniente, não atenta contra a coisa julgada.

! A força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado atua *rebus sic stantibus*: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial.

A superveniente alteração de qualquer desses pressupostos determina a imediata cessação da eficácia executiva do julgado, independentemente de ação rescisória ou, salvo em estritas hipóteses previstas em lei, de ação revisional.

Assim, havendo significativa mudança no estado de direito, não mais subsiste o quadro fático-normativo que deu suporte ao direito reconhecido em ação judicial transitada em julgado.

Portanto, a sentença que reconhece ao trabalhador ou servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos¹.

MS 32.435 AgR, rel. orig. min. Celso de Mello, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 4-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 19-11-2015*.

(*Informativo 793*, Segunda Turma)

¹ RE 596.663, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, j. 26-2-2015, *DJE de 17-3-2015*.

VERBA DE SUCUMBÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PSV: honorários advocatícios e natureza alimentar (Enunciado 47 da Súmula Vinculante)

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 47 da Súmula Vinculante.

PSV 85, julgamento em 27-5-2015, verbete publicado no *DJE de 2-6-2015*.

(*Informativo 787*, Plenário)

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Defensoria Pública e ação civil pública¹

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

! A legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, em típica tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, ultrapassa os interesses de ordem subjetiva. Tem fundamento em definições de natureza constitucional-processual, afetos à tutela dos cidadãos social e economicamente menos favorecidos da sociedade. Nesse sentido, a imposição constitucional é peremptória e tem por objetivo resguardar o cumprimento dos princípios da própria Constituição.

Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza de todo o público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública não é condizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da [Constituição Federal](#).

Não se afirma a desnecessidade de a Defensoria Pública observar o preceito do art. 5º, LXXIV, da [Constituição Federal](#), reiterado no art. 134 – antes e depois da [Emenda Constitucional 80/2014](#). No exercício de sua atribuição constitucional, é necessário averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública.

Entretanto, isso não impede reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública mesmo nas hipóteses em que houver possíveis beneficiados não necessitados. Solução diversa tolheria, sem razões de ordem jurídica, a possibilidade de utilização de importante instrumento processual capaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais de pobres e ricos a partir de iniciativa processual da Defensoria Pública.

Cabe destacar que, em um Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o efetivo acesso à Justiça.

Assim, num contexto em que as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa por causa do desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou

suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização de instrumentos que atendam com eficiência às necessidades dos seus cidadãos.

Além disso, não fosse suficiente a ausência de vedação constitucional da atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos, inexistente, também, na Constituição, norma a assegurar exclusividade, em favor do Ministério Público, para o ajuizamento de ação civil pública. A ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à Justiça – Defensoria Pública e Ministério Público – demonstra inexistir prejuízo institucional para o Ministério Público.²

Diante disso, o art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, com as alterações trazidas pela *Lei 11.448/2007*, bem como o art. 4º, VII e VIII, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, alterado pela *Lei Complementar 132/2009*, receberam interpretação conforme à Constituição, uma vez que a legitimidade ativa da Defensoria Pública somente estará preenchida caso tenham se comprovados os requisitos constitucionais exigidos para sua atuação em prol dos hipossuficientes.

RE 733.433, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-11-2015, acórdão publicado no DJE de 7-4-2016.

(Informativo 806, Plenário, Repercussão Geral)

1 “O Colegiado lembrou o RE 605.533/MG [rel. orig. min. Marco Aurélio, j. 1º-4-2010, *DJE de 13-4-2010*], com repercussão geral reconhecida, em que se debate a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas. Embora o mérito do recurso ainda estivesse pendente de julgamento, o STF não teria modificado entendimento segundo o qual o Ministério Público teria legitimidade para propositura de ações transindividuais na defesa de interesses sociais e de vulneráveis.” *(Informativo STF 806.)*

2 ADI 3.943, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 7-5-2015, *DJE de 6-8-2015*.

Ação civil pública em face de prefeito e atribuição ministerial

A existência de norma estadual que atribua exclusividade ao procurador-geral de Justiça para ajuizar ação civil pública contra prefeito não impede a delegação de tal atribuição a promotor de Justiça.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a constitucionalidade de norma que preveja a competência privativa do procurador-geral de Justiça para a propositura de ação civil pública contra determinadas autoridades¹, não ficou proibida a delegação dessa atribuição a outros membros do Ministério Público.

“A legitimação para propositura da ação civil pública – nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição do Brasil – é do Ministério Público, instituição una e indivisível.”²

Nesse sentido, existente nos autos a portaria de delegação, não há falar que o prefeito municipal à época da propositura da ação civil pública tenha sido processado por autoridade incompetente, no caso, o promotor de Justiça. Sobretudo porque a Lei Orgânica do Ministério Público estadual permitia a delegação de poderes e fundamentou a edição de portaria voltada para esse fim.

ARE 706.288 AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 2-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 9-9-2015*.

(*Informativo 788, Segunda Turma*)

¹ “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 30, X, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul – LC 72/1994. Ação civil pública. Legitimidade ativa para a propositura. Procurador-geral de Justiça. Ausência de matéria de caráter processual. Organização do Ministério Público local. Art. 128, § 5º, e art.129, II, ambos da Constituição do Brasil. Ofensa não caracterizada. Ação direta julgada improcedente. 1. Competência exclusiva do Procurador-geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para propor a ação civil pública contra autoridades estaduais específicas. 2. A legitimação para propositura da ação civil pública – nos termos do art. 129, III, da Constituição do Brasil – é do Ministério Público, instituição una e indivisível. 3. O disposto no art. 30, X, da LC 72/1994 estabelece quem, entre os integrantes daquela instituição, conduzirá o inquérito civil e a ação civil pública quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por determinadas autoridades estaduais. 4. **A Lei Complementar objeto desta ação não configura usurpação da competência legislativa da União ao definir as atribuições do Procurador-geral.** Não se trata de matéria processual. A questão é atinente às atribuições do Ministério Público local, o que, na forma do art. 128, § 5º, da CB/1988, é da competência dos Estados-Membros. 5. **A Lei Complementar 72, do Estado de Mato Grosso do Sul, não extrapolou os limites de sua competência.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Cassada a liminar anteriormente concedida.” (Ementa da ADI 1.916, rel. min. Eros Grau, P, j. 14-4-2010, *DJE de 18-6-2010* – Sem grifos no original.)

2 Idem.

VERBAS DE SUCUMBÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento

É possível a execução de honorários sucumbenciais proporcionalmente à respectiva fração de cada um dos substituídos processuais em ação coletiva contra a Fazenda Pública.

- ! Aplica-se esse entendimento ainda que apenas um advogado represente mais de
- um dos legitimados coletivos.

Os honorários do advogado comum aos legitimados coletivos referem-se ao valor recebido por cada um dos litisconsortes representados pelo procurador.

Assim, quando individualizado o valor dos honorários proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, a execução de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública, oriunda de ação com litisconsórcio facultativo, não implica fracionamento ou quebra do valor para fins de enquadramento como de pequeno valor¹.

Além disso, é necessário frisar que o sistema processual atual se voltou em direção à eficiência da jurisdição e possibilita a concentração das demandas por meio das ações coletivas. Logo, seria totalmente contraproducente tornar a execução destas demandas vinculadas ao todo e impossibilitar a execução facultativa e individualizada das partes substituídas no processo original².

Não condiz com as medidas recentemente inseridas na Constituição da República³ interpretar um de seus dispositivos de modo a desestimular a salutar formação de litisconsórcios facultativos simples para a discussão judicial de pedidos idênticos⁴.

Diante disso, é viável depreender a possibilidade de individualização dos honorários advocatícios, proporcionalmente à fração de cada um dos litisconsortes facultativos.

Do contrário, haveria o enfraquecimento do movimento de coletivização das demandas de massa, tendo em vista os instrumentos de concentração das lides e a provável proliferação dos processos. Nesse cenário, nada impediria que os advogados fracionassem os litisconsórcios facultativos para depois executarem os honorários de forma proporcional ao valor principal de cada cliente⁵.

RE 919.269 AgR, RE 913.544 AgR e RE 913.568 AgR, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 15-12-2015, acórdãos pendentes de publicação.

(*Informativo 812*, Primeira Turma)

- 1 CF/1988: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.”
- 2 Sobre a execução autônoma dos honorários advocatícios, cf. RE 564.132, rel. orig. min. Eros Grau, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, j. 30-10-2014, *DJE de 10-2-2015* (Informativo 765, Plenário, Repercussão Geral); ou, ainda: “Honorários advocatícios e execução autônoma”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativos STF 2014: teses e fundamentos*. Brasília, DF, 2015, p. 292.
- 3 Tais como a razoável duração do processo, a súmula vinculante, a repercussão geral, além de outras medidas inseridas na legislação processual.
- 4 Tema 148, RE 568.645, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 24-9-2014, *DJE de 13-11-2014*.
- 5 RE 648.621 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 19-2-2013, *DJE de 18-3-2013*.

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

AÇÃO DE CUMPRIMENTO

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Execução de sentença normativa e ofensa à coisa julgada

A extinção da ação de cumprimento, quando decorrente de perda da eficácia da sentença normativa que a ensejou, não implica violação à coisa julgada¹.

! A possibilidade de propositura da ação de cumprimento – antes do trânsito em julgado da sentença normativa em que se fundamente – dá ensejo ao que se costuma classificar como sentença condicional. Isso ocorre porque a execução definitiva sujeita a comprovação de que seja confirmada a decisão proferida na sentença normativa.

Em outras palavras, há um atrelamento entre as duas ações, de modo que eventual coisa julgada na ação de cumprimento depende da solução a ser dada em definitivo na sentença normativa.

Disso se conclui que a extinção do processo por incompetência do juízo que a proferiu, com a conseqüente modificação da sentença normativa, acarreta a extinção da execução que tivesse por fundamento título excluído do mundo jurídico.

RE 428.154, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, julgamento em 7-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 784*, Plenário)

¹ RE 394.051 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 11-3-2014, *DJE de 15-4-2014*.

COMPETÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

PSV: competência e Justiça do Trabalho (Enunciado 53 da Súmula Vinculante)

“A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 53 da Súmula Vinculante.

PSV 28, julgamento em 18-6-2015, verbete publicado no *DJE de 5-8-2015*.
(*Informativo 790*, Plenário)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

AÇÃO PENAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Habeas corpus e trancamento da ação penal¹

Uma vez verificada relação jurídica cível, chegando as partes à composição, quanto a honorários advocatícios, descabe o acionamento da jurisdição penal.

! Ante a excepcionalidade das circunstâncias, cabe o trancamento de ação penal, por meio de *habeas corpus*, pela suposta prática do delito previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal².

RHC 125.283, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 4-8-2015, acórdão publicado no DJE de 17-9-2015.

(*Informativo 793*, Primeira Turma)

- 1 No caso, a paciente (advogada) foi denunciada, em setembro de 2013, por não ter entregado ao seu cliente valor resultante de reclamação trabalhista. Ocorre que, em 2012, houve acordo no Juizado Especial Cível, e a paciente, então ré, assumiu a obrigação de realizar o pagamento. A Turma salientou que o acordo firmado colocou fim à pendência quase um ano antes de a denúncia ser formalizada. Assim, há uma relação jurídica cível, o que não autoriza a propositura de uma ação penal.
- 2 “Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: (...) § 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: (...) III – em razão de ofício, emprego ou profissão.”

Ação penal e princípio da duração razoável do processo

A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não retira a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para processar e julgar o feito¹. Entretanto, na hipótese de candidato não reeleito para a legislatura subsequente, não se aplica esse entendimento, recaindo a competência ao juízo de primeiro grau.^{2 e 3}

! Há três marcos que devem ser considerados para fixar a competência por prerrogativa de função:

- a) princípio do juiz natural;
- b) caráter indisponível da competência jurisdicional do STF; e
- c) natureza unilateral da renúncia ao mandato parlamentar.

Nesse sentido, juiz natural não significa a possibilidade de o réu escolher o juiz competente, ou afastá-lo, por decisão unilateral. Como consequência, a competência do STF, de base constitucional, não pode ser subtraída por conduta deliberada e manipulativa da parte, uma vez instaurado o processo que possa levar à perda do mandato. AP 568, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 14-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-5-2015*.

(*Informativo 781, Primeira Turma*)

¹ Precedente: AP 606 QO, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 7-10-2014, *DJE de 5-11-2014*.

² Inq 3.734, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 10-2-2015, *DJE de 3-3-2015*.

³ Na espécie, o ministro Roberto Barroso (relator) destaca que, quando elaborou seu relatório e voto, no sentido da absolvição, o acusado ainda era titular de mandato de deputado federal. No entanto, o denunciado não foi reeleito no pleito seguinte e, por isso, não mais deteria o foro por prerrogativa de função no STF. Assim, seria o caso de aplicar o entendimento consolidado no Inq 3.734, determinando-se o declínio da competência para o juízo de primeiro grau. Entretanto, considerando o resultado do julgamento, que se encaminhava para a absolvição do parlamentar, e, ainda, o princípio da duração razoável do processo somado ao direito imaneente do réu de se ver livre da acusação, a Primeira Turma, por maioria, concedeu *habeas corpus*, de ofício, para extinguir a ação penal, com resolução do mérito, e absolver o réu por atipicidade de conduta. O acusado, à época prefeito, fora denunciado pelo crime de dispensa indevida de licitação (*Lei 8.666/1993*, art. 89). O Tribunal consignou que não configura dispensa irregular de licitação a contratação de instituição de pesquisa em que os termos dos contratos não se ajustem totalmente ao objeto social da instituição contratada. Nessa situação, não há incompatibilidade a ponto de tornar descabida a hipótese de dispensa.

COMPETÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Crime de redução à condição análoga à de escravo e competência

O crime de redução à condição análoga à de escravo¹ (CP, art. 149²) caracteriza-se como delito contra a organização do trabalho. Logo, atrai a competência da Justiça Federal para processá-lo e julgá-lo, nos termos do art. 109, VI, da Constituição Federal³.

Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações laborais⁴.

A Constituição considera o ser humano como um dos componentes axiológicos aptos a dar sentido a todo o arcabouço jurídico-constitucional pátrio. Atribui à dignidade humana a condição de centro de gravidade de toda a ordem jurídica.

O constituinte, nesse sentido, outorgou aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que integram o núcleo essencial da Constituição.

Diante da opção constitucional pela tutela da dignidade intrínseca do homem, é inadmissível pensar que o sistema de organização do trabalho possa ser concebido unicamente à luz de órgãos e instituições, excluído dessa relação o próprio ser humano. A tutela da organização do trabalho deve necessariamente englobar outro elemento: o homem, abarcados aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade.

Dessa forma, a organização do trabalho não cuida apenas de velar pela preservação de um sistema institucional voltado à proteção coletiva dos direitos e deveres dos trabalhadores. Pelo contrário, os crimes contra a organização do trabalho comportam outras dimensões, para além de aspectos puramente orgânicos.

A organização do trabalho visa proteger exatamente o sistema social trazido pela *Constituição Federal*, nos seus arts. 7º e 8º, além dos princípios do art. 5º. Em última análise, protege a pessoa humana e o trabalhador da usurpação da sua força de trabalho.

Assim, embora o bem jurídico protegido no tipo penal do art. 149 do CP seja a liberdade individual, compreendida sob o enfoque ético-social e da dignidade, no sentido de evitar que a pessoa humana fosse transformada em coisa, a existência

comprovada de trabalhadores submetidos à escravidão afronta não apenas os princípios constitucionais do art. 5º da [Constituição Federal](#), mas toda a sociedade, em seu aspecto moral e ético.

Então, ao atingir a dignidade do indivíduo, há afronta também à organização do trabalho, pois a conduta criminosa contra o aludido bem jurídico atinge interesse de ordem geral, que é a manutenção dos princípios básicos sobre os quais está estruturado o trabalho em todo o País.

Cabe destacar que o art. 109, VI, da [Constituição Federal](#) estabelece competir à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, sem explicitar quais delitos estariam nessa categoria.

Não obstante haja um capítulo destinado a esses crimes no [Código Penal](#), inexistente correspondência taxativa entre os delitos capitulados naquele diploma e os crimes indicados na Constituição. Cabe, pois, ao intérprete verificar em quais casos se estaria diante de delitos contra a organização do trabalho.

RE 459.510, rel. orig. min. Cezar Peluso, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 26-11-2015, acórdão publicado no DJE de 12-4-2016.

(Informativo 809, Plenário)

1 Cf. *Informativos 556, 573 e 752.*

2 “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. (Redação dada pela Lei n. 10.803, de 11-12-2003).”

3 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.”

4 RE 398.041, rel. min. Joaquim Barbosa, P, j. 30-11-2006, *DJE de 19-12-2008.*

Pedofilia e competência

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (ECA, arts. 241¹, 241-A² e 241-B³) quando praticados por meio da rede mundial de computadores.

À luz do preconizado no art. 109, V, da [Constituição Federal](#)⁴, encontram-se preenchidos requisitos⁵ essenciais e cumulativos para processamento e julgamento do crime pela Justiça Federal.

O Brasil, além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de convenção internacional, subscrita pelo Brasil, para proteger as crianças da prática nefasta e abominável de exploração de imagem na internet. Em seu art. 241-A, com a redação dada pela [Lei 11.829/2008](#), pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico. O dispositivo decorre do art. 3º da Convenção sobre o Direito das Crianças da Assembleia-Geral da ONU, texto promulgado no Brasil pelo [Decreto 5.007/2004](#).

Por sua vez, deve-se considerar que a internacionalidade do dano produzido ou potencial decorre da amplitude do acesso ao sítio virtual, no qual as imagens ilícitas foram divulgadas.

Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas. Assume, inclusive, o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material.

A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional.

Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu.

A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da *Lei 12.965/2014*, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil.

Diversamente, deve-se ressaltar, não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de *e-mails* ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil.

Nessas hipóteses, evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há se cogitar na internacionalidade do resultado.

RE 628.624, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 28 e 29-10-2015, acórdão publicado no DJE de 6-4-2016.

(Informativo 805, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 *Lei 8.069/1990*: “Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”
- 2 *Lei 8.069/1990*: “Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo; II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo. § 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo.”
- 3 *Lei 8.069/1990*: “Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo. § 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades

competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: I – agente público no exercício de suas funções; II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. § 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.”

- 4 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.”
- 5 “(...) quais sejam, que: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitativa; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.” (Trecho da ementa do presente julgamento.)

Desmembramento e foro por prerrogativa de função

Eventual encontro de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro privilegiado durante atos instrutórios, por si só, não resulta em violação de competência desta Suprema Corte.

! A mera referência, em juízo, ao titular do foro por prerrogativa de função não caracteriza a realização de medidas investigatórias. Logo, não o torna acusado do processo, nem impõe o deslocamento da competência.

Nesse sentido, a simples declaração de réu colaborador, com menção sobre a participação de detentor de foro por prerrogativa de função durante audiência de instrução, não demonstra a prática, pelo juízo reclamado, de atos violadores da competência do Supremo Tribunal Federal.

O foro por prerrogativa de função apenas outorga ao seu detentor o direito de ser processado perante a Corte própria.

Portanto, não confere ao titular o direito de não ter sequer o seu nome pronunciado por quem quer que seja, máxime por testemunhas ou acusados colaboradores em investigações ou processos previamente desmembrados pelo Supremo Tribunal Federal.

Rcl 21.419 AgR, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 7-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 5-11-2015*.

(*Informativo 802*, Plenário)

Crime cometido por prefeito e competência do TRE

O rito instituído pela Lei 11.719/2008, que alterou o CPP, deve ser aplicado ao 1º grau de jurisdição em matéria eleitoral.

! “A nova redação conferida pela lei 11.719/2008 aos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal configura-se, inegavelmente, mais benéfica aos réus de ações penais, já que referida norma legal estabeleceu a possibilidade de apresentação de defesa escrita, a qual é capaz de ensejar a absolvição sumária dos acusados, e tornou o interrogatório o último ato da instrução processual”.

Com efeito, sendo mais favorável ao paciente a observância do CPP, há de se permitir sua aplicação em analogia benéfica ao réu às regras escalonadas no Código Eleitoral. Deve ser ressaltado que não há prejuízo à instrução, nem ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa.

Esse aspecto ganha relevo ao se considerar que o intuito do legislador, com a edição da lei em comento, foi adequar o sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de 1988, tais como os da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da legalidade.

Nesse sentido, também por aplicação do princípio da isonomia para com os outros ritos processuais, o rito processual penal do Código Eleitoral merece essa atualização. Mesmo em detrimento do princípio da especialidade², o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assentado a prevalência das normas contidas no CPP em feitos penais de sua competência originária, regidos pela Lei 8.038/1990³.

Da mesma forma, a aplicação do procedimento do art. 396 e seguintes do CPP estende-se também à Justiça Militar⁴.

Em investigações por supostos crimes eleitorais praticados por prefeitos, não pode o inquérito ser supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau nem, muito menos, pode a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o prefeito e indiciá-lo.

! A competência para supervisionar as investigações de crime eleitoral imputado a prefeito é do Tribunal Regional Eleitoral (TRE), nos termos do Enunciado 702 da Súmula do STF.

Nesse contexto, por violação do princípio do juiz natural, a usurpação da competência do TRE para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro⁵.

“Recebida a denúncia antes de o réu ter sido diplomado como Deputado Federal, apresentada a defesa escrita, é de ser examinada a possibilidade de absolvição sumária, segundo previsão do art. 397 do Código de Processo Penal, mesmo que o rito, por terem os autos sido remetidos ao Supremo Tribunal Federal, passe a ser o da Lei 8.038/1990”⁶.

Na hipótese, tendo constado no mandado citatório menção expressa à sistemática dos arts. 396 e 397, ambos do CPP, não é razoável exigir que o réu, em vez de ofertar defesa escrita, apenas noticie ao juízo monocrático sua novel situação de parlamentar e requeira, tão somente, a remessa dos autos à Corte Suprema.

Esse entendimento coloca em risco o direito à ampla defesa, ante a supressão da possibilidade de o acusado livrar-se do processo penal antes da instrução. Isso é conferido tanto pelo art. 397 do CPP, quanto pelo art. 4º da Lei 8.038/1990, este último aplicável às ações penais originárias.

AP 933 QO, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-10-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-2-2016*.

(*Informativo 802, Segunda Turma*)

- 1 Trecho do voto do ministro Dias Toffoli no HC 849-46, do TSE, rel. min. Henrique Neves da Silva, j. 16-5-2013.
- 2 Sobre a prevalência do princípio da especialidade no rito previsto pelo art. 57 da Lei 11.343/2006, em detrimento da nova redação do art. 400 do CPP: HC 121.953, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 10-6-2014, *DJE de 1º-7-2014*.
- 3 Sobre a aplicação da nova redação do art. 400 do CPP às causas de competência originária previstas na Lei 8.038/1990: AP 679 QO, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 6-2-2014, *DJE de 30-4-2014*; AP 441, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 8-3-2012, *DJE de 8-6-2012*; e AP 559, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 26-8-2014, *DJE de 31-10-2014*. Em sentido contrário: HC 116.653, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 18-2-2014, *DJE de 11-4-2014*.
- 4 Sobre a aplicação da nova redação do art. 400 do CPP às causas de competência da Justiça Militar, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar,

em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei 1.002/1969. Confira-se: HC 115.530, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 25-6-2013, *DJE de 14-8-2013*; e HC 121.907, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 30-9-2014, *DJE de 28-10-2014*. Em sentido contrário: RHC 123.473, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 2-9-2014, *DJE de 6-11-2014*; HC 122.673, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2014, *DJE de 1º-8-2014*; e HC 113.593, rel. min. Cármen Lúcia, j. 2-4-2013, *DJE de 17-4-2013*.

- 5 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.**” (Sem grifos no original.)
- 6 AP 630 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 15-12-2011, *DJE de 22-3-2012*. No mesmo sentido: AP 616 QO, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 5-12-2013, *DJE de 13-2-2014*; AP 679 QO, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 6-2-2014, *DJE de 30-10-2014*; e AP 705 QO, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 5-12-2013, *DJE de 1º-8-2014*.

Competência: foro por prerrogativa de função, prevenção e prorrogação

As regras ordinárias de determinação da competência¹ devem ser observadas na fixação do juízo para processar e julgar os crimes que, delatados por colaborador, não sejam conexos com os fatos objetos da investigação matriz. Nesse sentido, a apuração dos fatos revelados pelo colaborador dependerá do local em que consumados, da sua natureza e da condição das pessoas incriminadas, caso detentoras de foro por prerrogativa de função.

! A colaboração premiada é simples meio de obtenção de prova, sendo possível

- que o agente colaborador traga informações a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação.

Esses elementos informativos sobre outros crimes, sem conexão com a investigação primária, devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta ou ao encontro fortuito de provas, como na busca e apreensão e na interceptação telefônica.

A colaboração premiada, por si só, não serve como subsídio para justificar a prevenção do feito.

! O acordo de colaboração, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência, ainda que válidos os elementos de informação trazidos pelo colaborador, relativamente a crimes distintos do objeto da investigação matriz.

A esse respeito, cabe destacar que são critérios sucessivos de determinação da competência:

- a) competência originária de algum órgão de superposição, em virtude de foro por prerrogativa de função (STF ou STJ);
- b) competência de jurisdição;
- c) competência originária;
- d) competência de foro ou territorial;
- e) competência de juízo; e
- f) competência interna (juiz competente).

Há, no entanto, hipóteses de modificação da competência, a saber, a prorrogação e o desaforamento. “Pelo fenômeno da prorrogação, alarga-se a competência de um órgão jurisdicional, para receber uma causa que ordinariamente não se inclui nela”². Nos casos de conexão e continência, opera-se a prorrogação da competência.

Nas hipóteses de concentração da competência, exclui-se a competência de todos os órgãos judiciários teoricamente competentes para determinada causa, menos um, que dela ficará incumbido. Enquadra-se, na hipótese, a prevenção, ou seja, a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente já pertencia a dois ou vários, inclusive a ele.

A prevenção é, portanto, distinta das causas de prorrogação da competência. Enquanto a prorrogação acrescenta causas à competência de um juiz, retirando-as de outro, a prevenção retira causas da competência de todos os demais juízes potencialmente competentes, para que permaneça competente só um deles. A prevenção é um critério de concentração da competência, razão pela qual, inicialmente, devem-se observar as regras ordinárias de determinação da competência.

Ante o caráter subsidiário da prevenção como critério de aferição de competência e a ausência de conexão entre os ilícitos penais nas distintas investigações, não cabe reconhecer a “competência” do juízo fixada para as investigações já em curso seja em relação ao relator ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), que atua em procedimento relativo a detentor de foro por prerrogativa de função, seja em relação ao juízo de primeiro grau, responsável pela investigação dos demais réus, pois a mesma inexistência de conexão que motivaria o não reconhecimento da prevenção de relator estende-se ao juízo de primeiro grau.

A prevenção é critério subsidiário de aferição da competência. Assim, ainda que o juízo processante, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões e ordenado a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, tais medidas não gerarão a prevenção, com base no art. 83 do CPP. Devem ser primariamente aplicadas as regras de competência atinentes ao local do crime ou de conexão e continência.

Não havendo, portanto, nenhuma dependência recíproca entre os fatos e sua apuração, não se justificaria a unidade de processo e julgamento. Ainda que os esquemas fraudulentos pudessem eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante, seriam fatos ocorridos em âmbitos diversos, com matrizes distintas.

Compete, ademais, ao juízo declarado competente pelo STF, formular juízo de admissibilidade de denúncia formulada isoladamente contra imputado não detentor de prerrogativa de foro.

Ausente potencial e relevante prejuízo que justifique a reunião de feitos, impõe-se o desmembramento do inquérito em relação a todos os investigados que não detêm foro por prerrogativa de função, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte tão somente em relação àquele que a possua.

! Diante da manifesta excepcionalidade da competência por prerrogativa de função, o desmembramento do feito em relação a imputados que não a possuam deve ser a regra, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante.

Inq 4.130 QO, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 23-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-2-2016*.

(*Informativo 800*, Plenário)

1 Nos termos do art. 70 do *CPP*, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que consumada a infração. Ocorre que, quando se trata de infrações conexas, praticadas em locais diversos, deve-se determinar o foro prevalente. Para tanto, é preciso que uma infração exerça força atrativa sobre as demais, prorrogando a competência do juízo de atração. A fim de se estabelecer o juízo prevaiente nesses casos, há de se observar o art. 78 do *CPP*. Segundo esse dispositivo, a prevenção constitui um critério meramente residual de aferição de competência. Assim, não haverá prorrogção da competência do juiz processante – alargando-a para conhecer de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente – se não estiverem presentes: a) uma das hipóteses de conexão ou de continência; e b) uma das hipóteses do art. 78, II, do *CPP*.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. I, p. 453.

Criação de nova vara e *perpetuatio jurisdictionis*

A posterior criação de vara federal – dotada de competência geral – com jurisdição no Município do local dos crimes não resulta em incompetência do juízo federal que realizou a instrução criminal¹.

! Incide no campo do processo penal a figura da *perpetuatio jurisdictionis*². Assim, a criação de novas varas, por modificações na lei de organização judiciária, não altera a competência territorial do juízo em que se instaurou o feito criminal, ressalvados os casos excepcionados no art. 87 do CPC/1973³ c/c o art. 3º do CPP.

Inexistindo supressão de órgão do Judiciário ou alteração de competência em razão da matéria ou da hierarquia – situações de excepcionalidade à figura da perpetuação da competência –, não há constrangimento ilegal flagrante, pois, ao se perpetuar a jurisdição da vara federal, ocorreu apenas a observância da regra processual de caráter geral aplicável ao processo penal (CPP, art. 3º)⁴.

Ademais, é preciso levar em conta se outros corréus, também acusados dos mesmos crimes, já foram julgados pelo referido juízo. Eventual deslocamento do processo-crime é temeroso, uma vez que poderia comprometer o princípio da isonomia no julgamento dos envolvidos.

HC 117.871 e HC 117.832, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 28-4-2015, acórdãos publicados no *DJE de 1º-7-2015*.

(*Informativo 783, Primeira Turma*)

- 1 Na espécie, a competência foi fixada em função do crime de homicídio praticado contra quatro servidores federais no exercício das funções. Tanto a 9ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Belo Horizonte quanto a Vara Federal em Unaí, criada posteriormente à instauração das ações penais, local dos crimes, são varas de competência geral, sem especificação da matéria.
- 2 RHC 83.181, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P, j. 6-8-2003, *DJ de 22-10-2004*.
- 3 “Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”
- 4 “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

COMUNICAÇÃO DE ATO PROCESSUAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Intimação da Defensoria Pública e princípio geral das nulidades

A Defensoria Pública, ao tomar ciência de que o processo será julgado em data determinada, ou nas sessões subsequentes, não pode alegar cerceamento de defesa ou nulidade de julgamento quando a audiência ocorrer no dia seguinte ao que tiver sido intimada ou mesmo em ocasião posterior à data inicialmente designada.

! É possível a apreciação de recurso em qualquer sessão seguinte à inicialmente fixada, independentemente de nova intimação, quando o processo não for retirado da pauta de julgamentos.

Também não há nulidade na intimação pessoal de defensor público na véspera da data provável do julgamento de apelação, ainda que este tenha ocorrido meses depois da data inicialmente fixada.

HC 126.081, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 16-10-2015*.

(*Informativo 796*, Primeira Turma)

Defensoria Pública e intimação pessoal

A despeito da presença do defensor na audiência de leitura da sentença condenatória, a intimação da Defensoria Pública se dá apenas com a intimação pessoal, mediante remessa dos autos¹.

! A intimação pessoal para todos os atos do processo é prerrogativa da Defensoria Pública, sob pena de nulidade processual.^{2 e 3} Do contrário, haveria ilegalidade, por negar à instituição os meios adequados ao exercício de suas funções.

Inerente aos membros da instituição, a intimação pessoal não é privilégio descabido. “Na verdade, a finalidade da lei é proteger e preservar a própria função exercida pelo referido órgão e, principalmente, resguardar aqueles que não têm condições de contratar um defensor particular. Não se cuida, pois, de formalismo ou apego exacerbado às formas, mas, sim, de reconhecer e dar aplicabilidade à norma jurídica vigente e válida”⁴. Considerar intimado o defensor público pela presença na audiência de leitura da sentença condenatória, sem a posterior remessa dos autos, acaba por esvaziar o direito primordial do paciente à ampla e efetiva defesa.

Nessa perspectiva, há de se oferecer condições e facilidades, asseguradas por lei, à preparação das teses defensivas.

HC 125.270, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no DJE de 3-8-2015.

(Informativo 791, Segunda Turma)

- 1 RHC 116.061, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 23-4-2013, *DJE de 14-6-2013*.
- 2 LC 80/1994: “Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; (...) Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;”
- 3 CPP: “Art. 370. (...) § 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.” e Lei 1.060/1950: “Art. 5º (...) § 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.”
- 4 REsp 1.190.865, rel. min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 14-2-2012, *DJE de 1º-3-2012*.

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Conflito de atribuições: Tribunal de Justiça Militar e Ministério Público

É atribuição do procurador-geral da República atuar em feitos relativos à apuração de crime cometido por membro de tribunal de Justiça Militar criado no Estado do Rio Grande do Sul.

! O art. 104, § 5º, da Constituição daquele Estado-Membro prevê que “os Juízes do Tribunal Militar do Estado terão vencimento, vantagens, direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos iguais aos dos desembargadores do Tribunal de Justiça”.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça seria o órgão competente¹ para processar e julgar o referido magistrado. Por conseguinte, ensejaria a atribuição do procurador-geral da República para atuar no feito.

Além disso, há de se considerar que a constitucionalidade do referido dispositivo da Constituição estadual está pendente de análise na ADI 4.360/RS. Entretanto, ainda não há a necessária maturação da questão constitucional proposta em sede de controle concentrado.

Assim, deve-se considerar que, enquanto a norma da Constituição estadual não tiver sido declarada inconstitucional, milita em favor dela a presunção de constitucionalidade. Enquanto vigorarem, devem ser observadas.

ACO 1.664 AgR e ACO 1.516 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 7 e 8-10-2015, acórdãos publicados no *DJE de 18-12-2015*.

(*Informativo 802, Plenário*)

1 CF/1988: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, **os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal**, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.” (Sem grifos no original.)

DENÚNCIA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Habeas corpus de ofício e recebimento de denúncia

A mera subordinação hierárquica não significa a automática responsabilização criminal¹.

! A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência – no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia – de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria.

Assim, o simples fato de ser governador, à época em que determinada secretaria de Estado firmou o convênio objeto de apuração, não atrai a responsabilidade penal pela fraude à licitação² subsequente e pelo eventual desvio de verbas na execução do contrato³.

Havendo deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal (STF)⁴, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior.

! Aplicam-se ao caso o princípio *tempus regit actum* e o art. 230-A do Regimento Interno do STF (RISTF)⁵.

Nada impede o STF de interromper ação penal inviável, apenas pelo fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu.

Nessas circunstâncias, o prosseguimento do feito acarretaria a desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias, onerosas, relativamente a uma pretensão acusatória natimorta.

AP 913 QO, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17-11-2015, acórdão publicado no DJE de 15-12-2015.

(*Informativo 808, Segunda Turma*)

1 AP 447, rel. min. Ayres Britto, P, j. 18-2-2009, DJE de 29-5-2009.

2 Suposta prática dos crimes de fraude à licitação (Lei 8.666/1993, art. 90) e peculato (CP, art. 312) – v. *Informativo 806*.

- 3 No caso, à época das questões atinentes ao objeto da ação penal em comento, já não exercia o cargo de chefe do Poder Executivo local, por haver renunciado ao mandato. Assim, além de não subsistir relação de subordinação hierárquica com os responsáveis pela licitação, o acusado não mais deteria qualquer poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório e a execução do contrato ora hostilizado.
- 4 Na espécie, após o recebimento de denúncia por juízo de primeiro grau, a diplomação do acusado como deputado federal ensejou a remessa dos respectivos autos ao STF para prosseguimento do feito.
- 5 “Art. 230-A. Ao receber inquérito oriundo de instância inferior, o Relator verificará a competência do Supremo Tribunal Federal, recebendo-o no estado em que se encontrar.”

EXECUÇÃO DA PENA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sursis e requisito temporal para a concessão de indulto

Não é possível o cômputo do período de prova cumprido em suspensão condicional da pena para preenchimento do requisito temporal objetivo do indulto natalino.

! O *sursis* não ostenta a categorização jurídica de pena, mas sim medida alternativa a ela¹.

Não se pode confundir o tempo alusivo ao período de prova, exigido para a obtenção da suspensão condicional da pena, com o requisito temporal objetivo previsto no art. 1º, XIII, do [Decreto 8.172/2013](#)², qual seja o cumprimento parcial da pena³. HC 123.698, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-11-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 808*, Segunda Turma)

1 Cf. RHC 128.515, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 30-6-2015, *DJE de 1º-10-2015*.

2 “Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...) XIII – condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.”

3 HC 117.855, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 24-9-2013, *DJE de 19-11-2013*.

Indulto e medida de segurança

Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo presidente da República, do benefício constitucional do indulto – art. 84, inciso XII, da Carta de 1988 –, que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo em se tratando de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de inimizabilidade ou semi-inimizabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo¹.

Embora a medida de segurança não seja pena em sentido estrito, é medida de natureza penal, ajustando-se ao preceito do art. 84, XII, da *Constituição Federal*². Tal dispositivo há de ser interpretado ontologicamente, e não literalmente.

A feição penal da medida de segurança encontra respaldo no entendimento de que o período máximo da medida de segurança foi limitado a trinta anos, mediante interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75 e 97 do CP e 183 da LEP³.

Também à semelhança das penas em sentido estrito, o art. 171 da LEP⁴ condiciona a execução da sentença ao trânsito em julgado; bem assim o art. 397, II, do CPP⁵, proíbe a absolvição sumária imprópria, em observância ao princípio da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII⁶).

Nesse sentido, a competência privativa do presidente da República prevista no art. 84, XII, da Constituição Federal abrange a medida de segurança, espécie de sanção penal, inexistindo restrição à concessão de indulto.

RE 628.658, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 4 e 5-11-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-4-2016.

(*Informativo 806*, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 RE 612.862 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 2-2-2011, *DJE de 21-2-2011*; e HC 97.621, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 2-6-2009, *DJE de 26-6-2009*.
- 2 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.”
- 3 HC 84.219, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 16-8-2005, *DJ de 23-9-2005*.
- 4 “Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.”

- 5 “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo imputabilidade.”
- 6 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Saída temporária e decisão judicial

É legítima a decisão judicial que estabelece calendário anual de saídas temporárias para o preso visitar sua família.

! A saída temporária sem vigilância direta é benefício destinado aos sentenciados que cumprem pena em regime semiaberto, na forma do art. 122 da Lei 7.210/1984¹, com o intuito de reintegrá-los ao convívio social.

Embora a norma determine que a autorização deva ser concedida por ato motivado², não é preciso que cada saída seja singularmente justificada, com base no histórico do sentenciado até então.

Um único ato judicial que analise o histórico do sentenciado e estabeleça um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações podem ser revistas na hipótese de cometimento de falta pelo sentenciado, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras.

Se, por um lado, a decisão avalia a situação contemporânea, afirmando que a saída mais próxima é recomendável, por outro, projeta que, se não houver alteração fática, as saídas subsequentes também serão recomendáveis.

Nesse sentido, a expressa menção às hipóteses de revisão deixa claro às partes que, se surgir incidente, ele será apreciado, podendo levar à revogação da autorização.

Além disso, a decisão única também permite a participação suficiente do Ministério Público, que pode falar sobre o cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar pela revisão.

Cabe destacar a escassez da força de trabalho das varas de execuções penais, cuja eficiência precisa ser maximizada. Na medida em que as decisões possam ser concentradas, sem perda substancial de qualidade, é recomendável que assim se faça. Se a força de trabalho não for usada com eficiência, os pedidos acabarão sendo apreciados somente após a data da saída pretendida e o direito negligenciado.

HC 128.763, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-8-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-2-2016.

(*Informativo 793*, Segunda Turma)

¹ Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou

superior, na Comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.”

- 2 Lei 7.210/1984: “Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:”

Inadimplemento de pena de multa e progressão de regime

O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional.

! O condenado tem o dever jurídico – e não a faculdade – de pagar integralmente o valor da multa. Pensar de modo diferente seria o mesmo que ignorar a modalidade autônoma de resposta penal expressamente concebida pela Constituição, nos termos do art. 5º, XLVI, c¹.

Tal sanção penal exige cumprimento espontâneo por parte do apenado, independentemente da instauração de execução judicial. Isso decorre, também, do art. 50 do CP², ao estabelecer que “a multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença”.

Com efeito, o não recolhimento da multa por condenado que tenha condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constitui deliberado descumprimento de decisão judicial.

Além disso, admitir-se o não pagamento da multa configuraria tratamento privilegiado em relação ao sentenciado que espontaneamente paga a sanção pecuniária.

Note-se, também, que a passagem para o regime aberto exige do sentenciado “autodisciplina e senso de responsabilidade” (LEP, art. 114, II³), o que pressupõe o cumprimento das decisões judiciais aplicadas.

Tal interpretação é reforçada pelo que dispõe o art. 36, § 2º, do CP e o art. 118, § 1º, da LEP, que estabelecem a regressão de regime para o condenado que “não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta”.

Nesse sentido, não há falar que o deliberado inadimplemento da pena de multa poderia ser comparável à vedada prisão por dívida, nos moldes do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Afinal, há apenas óbice à progressão no regime prisional.

Destaque-se, por outro lado, que essa regra somente é excepcionada pela comprovação, nos autos, da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. Porém, no caso em tela, a sanção pecuniária foi definida com base na situação econômica do réu (CP, art. 60, § 2º), a quem competia demonstrar essa incapacidade.

EP 12 ProgReg-AgR, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 8-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-6-2015*.

(*Informativo 780, Plenário*)

- 1 “Art. 5º (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) c) multa;”
- 2 “Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.”
- 3 “Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: (...) II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.”

EXTRADIÇÃO

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Extradição e cumprimento de pena

Os requisitos do pedido de extradição devem ser verificados na data do julgamento. Logo, é impossível antecipar a ocorrência de fatos supervenientes¹ para fins de denegação do pedido².

- ! Inexiste previsão legal que autorize antecipar para a ocasião do julgamento a
- implementação do termo a partir do qual estará inviabilizada a extradição³.

A efetiva retirada do estrangeiro do território nacional está condicionada à observância de requisitos da extradição, notadamente o saldo mínimo de pena a ser cumprida no país requerente.

- ! Ainda que o pedido do Estado requerente já tenha sido deferido, a extradição somente será legítima se efetivada até o momento em que o saldo da pena atingir exatamente um ano, se assim previr o tratado ou, subsidiariamente, na sua ausência, o art. 77, IV, da [Lei 6.815/1980](#).

Ext 1.375 ED, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 24-11-2015, acórdão publicado no *DJE* de 31-3-2016.

(*Informativo 809*, Primeira Turma)

- 1 Na espécie, em data futura, 6-12-2015, o somatório do cumprimento de parte da pena no país de origem com o tempo de prisão preventiva para fins de extradição resultaria em saldo remanescente inferior a um ano de pena. Assim, a extradição somente seria legítima se realizada até aquela data, momento em que o saldo da pena atingiria exatamente um ano. Tal situação ocorreu porque o tratado de extradição admitia a extradição apenas quando a pena fosse igual ou inferior a um ano.
- 2 “Na verdade, o marco temporal para análise da ocorrência da prescrição é a data do acórdão que deferiu o pedido de extradição, vale dizer, 7-12-2000. Nessa data, o Tribunal decidiu pela improcedência do pedido relativamente à prescrição dos delitos.” (Trecho do voto do relator no HC 83.501, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 29-10-2003, *DJ de 7-5-2004*.)
- 3 “A propósito do tema, o exercício da futurologia, almejando a prescrição em perspectiva, também tem sido insistentemente refutado pelo Supremo Tribunal Federal, valendo conferir, por todos, o seguinte julgado: ‘Ação Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva ‘em perspectiva, projetada ou antecipada’. Ausência de revisão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do *CPC/1973*. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, inde-

pendentemente da existência ou sorte do processo criminal.’ (RE 602.527 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, *DJ de 18-12-2009*).” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, no presente julgamento – sem grifos no original.)

Acordo de extradição entre os Estados-Partes do Mercosul e pena remanescente

Não ocorre a entrega do súdito estrangeiro a Estado-Parte do Mercosul para execução de sentença quando a pena ainda por cumprir no Estado requerente seja inferior a seis meses.

Assim prevê o acordo de extradição firmado entre os Estados-Partes do Mercosul (República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República do Uruguai), a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto 5.867/2006. Tal norma contempla cláusula (artigo 2, item 2)¹ que impede a extradição nessas condições.

Ademais, para o cálculo do restante da pena, deve-se levar em consideração o período em que o extraditando ficou detido no território brasileiro.^{2 e 3}

Ext 1.394, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 20-10-2015, acórdão publicado no DJE de 5-11-2015.

(Informativo 804, Segunda Turma)

- 1 “Artigo 2 (...) Item 2. Se a extradição for requerida para a execução de uma sentença exige-se, ademais, que a parte da pena ainda por cumprir não seja inferior a seis meses.”
- 2 Lei 6.815/1980: “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: (...) II – de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição.”
- 3 Acordo firmado entre os Estados-Partes do Mercosul: “Artigo 17. O período de detenção cumprido pela pessoa extraditada no Estado-Parte requerido, em virtude do processo de extradição, será computado na pena a ser cumprida no Estado-Parte requerente.”

Extradição executória e soberania estatal

A possibilidade da conversão da pena de multa em prisão devido ao seu descumprimento, prevista no ordenamento jurídico do Estado solicitante, não obsta a concessão da extradição, ainda que vedada no Brasil¹.

! A cognição na extradição é extremamente limitada, especialmente quando se pretende impor um instituto do ordenamento pátrio ao Estado requerente, cuja opção legislativa foi distinta.

A hipótese não é de prisão por dívida e sim de multa penal. A transmutação da pena de multa em pena privativa de liberdade ocorre no campo de uma pena acessória a uma sanção criminal. Se o Brasil fez a escolha de vedar a substituição de uma pela outra, isso não significa que se deva impor ao Estado requerente a mesma solução, porque os bens jurídicos foram afetados lá.

Além disso, no caso em tela, a conversão não foi feita no Brasil, mas na Espanha. Nesse ponto, a regra geral é que os atos praticados na origem, de acordo com a legislação da origem, são eficazes no Brasil, salvo se contrariarem a ordem pública brasileira, à luz do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)².

Tendo em vista que até 1996 vigia essa possibilidade de conversão no Direito brasileiro, não deve prevalecer o argumento de violação à ordem pública brasileira. Na situação, o legislador nacional apenas desfez essa opção normativa.

Logo, a impossibilidade da conversão da pena de multa em prisão em decorrência de seu descumprimento é questão não afeta à jurisdição brasileira, sob pena de afronta à soberania do Estado na regulação de seus institutos penais.^{3 e 4}

Ext 1.375, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 15-10-2015*.

(*Informativo 796, Primeira Turma*)

1 CP: “Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

2 “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

- 3 “Na espécie, tratava-se de pleito de extradição executória para que o extraditando cumprisse o restante da pena, que fora acrescida de cinco meses em razão do inadimplemento da pena de multa. A Turma esclareceu não se tratar de dívida, porém, de pena acessória a uma pena criminal, com característica de sanção penal. (...) **Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concluía não ser possível a entrega do extraditando. Lembrava que o Brasil subscrevera o Pacto de São José da Costa Rica e, com isso, fora revogada a prisão por dívida civil. Aduzia que não se coadunaria com nosso ordenamento jurídico a transformação de uma dívida em pena privativa de liberdade. Frisava que, em face do princípio da simetria, se o crime tivesse ocorrido no Brasil, os cinco meses que teriam sido acrescidos em razão do inadimplemento da pena de multa resultantes da transformação não seriam cumpridos.**” (Trecho do *Informativo 796* – sem grifos no original.)
- 4 “(...) conforme sustentado no parecer ministerial à luz do precedente firmado na *Ext 542*, rel. min. Celso de Mello, Plenário, julgamento em 13-2-1992, *DJ de 20-3-1992*, o qual se aplica, *mutatis mutandis*, ao presente caso, valendo destacar da ementa do julgado, *in verbis*: ‘A questão do reconhecimento, ou não, da ficção jurídica do crime continuado, traduz – enquanto expressão da benignidade estatal no tratamento jurídico-penal das infrações múltiplas cometidas pelo mesmo agente – opção legislativa peculiar ao ordenamento jurídico de cada Estado. Nesse contexto, não se pode impor, no plano das relações extradicionais entre Estados soberanos, a compulsória submissão da parte requerente ao modelo jurídico de aplicação das penas vigente no âmbito do sistema normativo do Estado a quem a extradição é solicitada. O Brasil, conseqüentemente, não pode, a pretexto de deferir o pedido extradição, impor, à observância necessária dos demais países o seu modelo legal que, consagrando o instituto da unidade fictícia do crime continuado, estipula regras concernentes à aplicação da pena. A impossibilidade de o Estado brasileiro impor, mediante ressalva, ao Estado requerente, a aceitação de institutos peculiares ao direito penal positivo do Brasil – tal como se dá em relação ao fenômeno jurídico da continuidade delitiva – deriva da circunstância de que, em assim agindo, estaria a afetar a própria integridade da soberania estatal da parte requerente. A força da importação de critérios ou de institutos penais não se legitima em face do Direito da Gentes e nem à luz de nosso próprio sistema jurídico. Cabe, assim, à Justiça do Estado requerente, reconhecer soberanamente – desde que o permita a sua própria legislação penal – a ocorrência, ou não, da continuidade delitiva, não competindo ao Brasil, em obséquio ao princípio fundamental da soberania dos Estados, que rege as relações internacionais, constranger o Governo requerente a aceitar um instituto que até mesmo o seu próprio ordenamento jurídico positivo possa rejeitar.’” (Trecho da ementa do presente julgado.)

Extradição e falsidade de registro civil de nascimento

O afastamento da presunção *juris tantum* de veracidade do ato registrário brasileiro, ainda que por decisão provisória, aliado à robustez das provas da condição de estrangeiro, não viola o princípio constitucional que veda a extradição de brasileiro nato. Logo, não há óbice ao exame do mérito da extradição.

! Embora o pleito extradicional não seja o meio próprio para a determinação da real nacionalidade do extraditando, é possível haver nos autos provas que reforcem a convicção de que um indivíduo seja efetivamente estrangeiro.

Esses elementos corroboraram decisão de 1º grau que cancelou o registro civil brasileiro de extraditando que efetivamente nasceu em solo estrangeiro. Assim, tornou-se inaplicável ao caso em comento o art. 5º, LI, da Constituição Federal.

Ext 1.393, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-9-2015*.

(*Informativo 796*, Segunda Turma)

Extradição e dupla tipicidade

É impossível ao pai que tem a guarda do filho, ainda que compartilhada, praticar o crime de subtração de incapazes.

! O delito, previsto no art. 249, § 1º, do CP¹ (subtração de incapazes), só pode ser cometido por pai ou tutor que tenha sido destituído, ou temporariamente privado, do poder familiar, da tutela, da curatela ou da guarda. Assim, ainda que em país estrangeiro a conduta de transportar menor sujeito à guarda compartilhada para fora do território de origem possa ser considerada típica, no Direito brasileiro o fato supostamente correspondente apenas poderia se consumar a partir da perda ou da suspensão do poder familiar².

O fato de o extraditando possuir a guarda compartilhada do filho no momento da vinda para o Brasil obsta a concessão da extradição, pois o ocorrido não é considerado crime no ordenamento pátrio (Lei 6.815/1980, art. 77, II). No momento da entrada no território nacional, o extraditando ainda possuía o exercício do poder familiar.

De igual modo ficaria vedada a extradição na hipótese de o crime ocorrer no Brasil (Lei 6.815/1980, art. 78, I), salvo se a guarda tivesse sido cassada quando a criança já estivesse no Brasil e o extraditando se recusasse a restituí-la.

Ressalve-se que o indeferimento da extradição não prejudica a ação de busca e apreensão da criança.

Ext 1.354, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 23-10-2015*.

(*Informativo 792, Segunda Turma*)

1 “Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena – detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. § 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.”

2 No caso, a Suécia prevê em seu Código Penal, art. 7º, § 4º, o crime de “conduta arbitrária com menor”.

Extradição e prescrição da pretensão punitiva

Para fins de extradição, é necessário o atendimento do requisito da dupla punibilidade, consistente na inexistência de qualquer causa legal que extinga a punibilidade, notadamente, a prescrição, seja nos termos da lei brasileira, seja nos do ordenamento positivo do Estado requerente¹.

! Por não atender ao requisito da dupla punibilidade, foi negada a extradição de estrangeiro condenado pela Justiça italiana por crimes de falência fraudulenta. Embora presente o requisito da dupla tipicidade (arts. 187 e 188 do Decreto-Lei 7.661/1945 e art. 168 da Lei 11.101/2005), os delitos praticados prescreveram, com base nos arts. 132, § 1º, e 199, ambos do Decreto-Lei 7.661/1945 (Lei de Falências), vigente no Brasil à época dos fatos².

Ext 1.324, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 7-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-5-2015*.

(*Informativo 780, Segunda Turma*)

¹ Ext 1.073, rel. min. Celso de Mello, P, j. 30-4-2008, *DJE de 29-8-2008*.

² Aplicável também o Enunciado 147 da Súmula do STF: “A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.”

Prisão para extradição e adaptação ao regime semiaberto

Em caso de cumulação de títulos de prisão, para execução penal e para extradição, é possível deferir-se a adaptação da prisão para extradição às condições do regime semiaberto alcançado pelo condenado no curso da execução penal.

É necessário buscar critérios para, na medida do possível, compatibilizar a individualização da pena¹ na execução penal com a extradição.

A prisão para extradição é uma prisão processual que, por via de regra, é executada em regime semelhante ao fechado. Se a prisão para a extradição persistir em todos os seus efeitos, o extraditando cumprirá em regime integralmente fechado a pena em execução no Brasil. Nesse sentido, o espaço para individualização da pena seria reduzido.

Por outro lado, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) alterar os termos da prisão para extradição e adaptá-la ao regime de execução da pena. Apesar disso, o juízo da execução penal não está impedido de deferir progressões de regime. Essa providência, no entanto, é ineficaz até que o STF delibere acerca das condições da prisão para extradição².

O que está em relevo, na verdade, não é a hierarquia entre o STF e o juiz da execução, mas sim a ocorrência de duas ordens de prisão simultâneas, situação na qual prevalece a mais rigorosa. Bastaria, portanto, um título de prisão para aplicar o regime mais gravoso.

O Supremo poderá, considerando o caso concreto, alterar os termos da prisão da extradição para adaptá-la ao regime de execução da pena. Esse ajuste, porém, não é automático; deve observar as balizas do art. 312 do CPP³.

A Corte deve, ainda, levar em conta a eventual necessidade da prisão para extradição em regime mais rigoroso que o da execução penal.

Portanto, é o STF, na qualidade de juízo da extradição, que tem condições de avaliar a necessidade da prisão para assegurar a entrega do extraditando e, durante a execução da pena, garantir a ordem pública e a ordem econômica.

Ext 893 QO, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-3-2015, acórdão publicado no DJE de 15-5-2015.

(*Informativo 777*, Segunda Turma)

- 1 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”
- 2 Diversamente, o juízo da execução estaria limitado pelos termos do título e pelo comportamento superveniente do executado. Não poderia, dessa maneira, inserir o executado em regime mais gravoso do que o da condenação, ou indeferir a progressão de regime àquele que satisfizesse as condições objetivas e subjetivas.
- 3 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

HABEAS CORPUS

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Habeas corpus e cabimento

O *habeas corpus* não é cabível para o reexame de pressupostos de admissibilidade de recursos¹.

! A finalidade do *writ* é a tutela da liberdade de locomoção. Dessa forma, não é viável a utilização para questionar o não conhecimento, por intempestividade, de recurso especial, uma vez que se trata de substitutivo de agravo regimental que poderia ter sido interposto.

Ademais, o *habeas corpus* é incabível caso não se depreenda da hipótese qualquer flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a excepcionalidade da concessão da ordem de ofício.

HC 114.293, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 1º-12-2015, acórdão publicado no *DJE de 18-2-2016*.

(*Informativo 810*, Primeira Turma)

¹ HC 122.867, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 19-8-2014, *DJE de 3-9-2014*.

Habeas corpus e autorização para visitas

O habeas corpus não é meio idôneo para discutir a legalidade da proibição de a companheira visitar o paciente preso.^{1 e 2}

- ! A ação de *habeas corpus* destina-se, unicamente, a amparar a imediata liberdade
- de locomoção física das pessoas.

Revela-se estranha à sua específica finalidade jurídico-constitucional qualquer pretensão que vise a desconstituir atos que não se mostrem ofensivos, ainda que potencialmente, ao direito de ir, de vir e de permanecer.

HC 127.685, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 21-8-2015*.

(*Informativo 792, Segunda Turma*)

1 No mesmo sentido: RHC 121.046, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 14-4-2015, *DJE de 26-5-2015*.

2 Em sentido contrário: HC 107.701, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 13-9-2011, *DJE de 26-3-2012*.

Recurso ordinário e devolução da matéria veiculada¹

É desnecessária a prévia discussão acerca de matéria objeto de *habeas corpus* impetrado originariamente no Superior Tribunal de Justiça quando a coação ilegal ou o abuso de poder vierem de ato de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal no exercício de sua competência penal originária.

! Em *habeas corpus* originário, não se exige que a matéria tenha sido previamente discutida. Não cabe transportar para o exame do *habeas corpus* requisito da recorribilidade extraordinária, qual seja o debate e a decisão prévios do tema veiculado na petição inicial. O *writ* pode, inclusive, ser subscrito por qualquer pessoa.

O afastamento cautelar do cargo não pode ser questionado na via do *habeas corpus*.

! A situação não merece tutela pela via do *habeas corpus*, uma vez que o pano de fundo discutido nos autos consiste na permissão, ou não, do exercício de direito político, ante a suspensão em processo-crime. Não há, portanto, ameaça à liberdade de ir e vir.

O *habeas corpus* conta com um sistema específico e célere de tramitação justamente em razão do direito salvaguardado. Utilizá-lo em situações diversas seria barateamento dessa garantia, em total descompasso com o ordenamento pátrio.

Por fim, a prisão preventiva, por si só, não justifica a impetração de *habeas corpus*. Seria necessária a permanência da custódia ou da ameaça à liberdade de locomoção, situação que não ocorre na espécie.

RHC 125.477 AgR, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 9-6-2015, acórdão publicado no DJE de 14-9-2015.

(*Informativo 789*, Primeira Turma)

¹ O mesmo entendimento foi aplicado no RHC 118.622, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 17-3-2015, DJE de 9-4-2015 (v. *Informativo 778*).

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inquérito e acesso às provas

Carece de fundamento a pretensão do investigado de que lhe seja concedida a oportunidade de se manifestar previamente sobre requerimento formulado pelo *Parquet* à autoridade policial.

! Não há contraditório durante a fase da investigação criminal.

• O inquérito policial, peça meramente informativa, é um procedimento administrativo de natureza inquisitorial. Não se desenvolve em contraditório¹, uma vez que o investigado não é sujeito de relação jurídica processual.

Sua característica principal é a busca unilateral de prova da existência do crime e de indícios de autoria para que o titular da ação penal possa formar sua convicção sobre a ocorrência do delito.

Não cabe à defesa controlar, de forma prévia, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências, requeridas pelo Ministério Público, que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos.

O fato de as investigações do inquérito não se realizarem em contraditório não prejudica o exercício da ampla defesa.

! O Enunciado 14 da Súmula Vinculante² assegura ao defensor legalmente consti-

• tuído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório.

Assim, o direito que assiste ao investigado é o de ter acesso aos elementos de prova já documentados nos autos, e não o de acessar esses elementos no momento em que ainda estão sendo analisados internamente pelo *Parquet*.

Estão excluídas as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito.³

Inq 3.387 AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 15-12-2015, acórdão publicado no DJE de 26-2-2016.

(*Informativo 812*, Segunda Turma)

- 1 HC 83.233, rel. min. Nelson Jobim, 2ª T, j. 4-11-2013, *DJ de 19-3-2004*; HC 90.232, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 18-12-2006, *DJE de 2-3-2007*; e HC 99.936, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 24-11-2009, *DJE de 11-12-2009*.
- 2 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”
- 3 HC 93.767, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 21-9-2010, *DJE de 1º-4-2014*.

Arquivamento de inquérito policial e coisa julgada

É possível a reabertura do inquérito policial arquivado em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude.

! O arquivamento de inquérito policial por tal motivo não faz coisa julgada material.

Assim, inexistente impedimento legal para a reabertura do inquérito subsidiada pelo surgimento de novos elementos de prova, a teor do art. 18 do CPP e do Enunciado 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

HC 125.101, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 25-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 11-9-2015*.

(*Informativo 796*, Segunda Turma)

Ministério Público e investigação criminal

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.

Devem sempre ser observadas, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros da instituição¹.

! A legitimidade do poder investigatório do Ministério Público é extraída da Constituição, a partir de cláusula que dá ao órgão o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial.

Por sua vez, os arts. 5º, LIV e LV; 129, III e VIII; e 144, IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Entretanto, o *Parquet* não pode presidir inquérito, função precípua da autoridade policial.

Além disso, a função investigatória do Ministério Público não pode se converter em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial.

É assegurado ao Ministério Público dos Estados-Membros a prerrogativa de promover sustentação oral na tribuna do Supremo Tribunal Federal (STF).

! O Ministério Público de Estado-Membro não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do Ministério Público da União (MPU). Isso lhe confere ampla possibilidade de postular, auto-

mamente, perante o STF, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual.

Ademais, o procurador-geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual. Incumbe-lhe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a chefia do MPU.

RE 593.727, rel. orig. min. Cezar Peluso, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-9-2015*.

(*Informativo 785*, Repercussão Geral)

- 1 Entendimento aplicado também no HC 85.011, rel. orig. min. Luiz Fux, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, 1ª T, j. 26-5-2015, *DJE de 22-6-2015* (*Informativo 787*).

Arquivamento de inquérito e requerimento do PGR

A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28)¹ não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal².

! Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. Por isso, ainda que o Ministério Público seja o titular de ação penal, é possível o controle jurisdicional da instauração de procedimento formal de investigação.

Assim como se admite o trancamento de inquérito policial por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos de autoria e materialidade, há que se admitir a restrição, desde o seu nascedouro, de procedimento investigativo sem base empírica idônea ou indicação plausível do fato delituoso a ser apurado.

Inq 3.847 AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 7-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-6-2015*.

(*Informativo 780, Primeira Turma*)

- 1 “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar im procedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”
- 2 RISTF: “Art. 21. São atribuições do Relator: (...) XV – determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, bem como o seu arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República, ou quando verificar: (...) e) ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade.”

NULIDADES

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Interceptações telefônicas: compartilhamento e autuação

Não caracteriza ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal ato em que os fundamentos lançados na manifestação do Ministério Público são adotados como razões de decidir.

! “O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos fático-jurídicos expostos no parecer do Ministério Público – e ao invocá-los como expressa razão de decidir –, ajusta-se, com plena fidelidade, à exigência jurídico-constitucional de motivação a que estão sujeitos os atos decisórios emanados do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX).”^{1 e 2}

Nesse sentido, “não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão que adota, como razões de decidir, os fundamentos do parecer lançado pelo Ministério Público, ainda que em fase anterior ao recebimento da denúncia”³.

Os dados alusivos a interceptação telefônica para elucidar certa prática delituosa podem ser aproveitados em persecução criminal diversa, ainda que realizada em outra unidade da Federação.

! O fato de a escuta telefônica ter visado elucidar certa prática delituosa não impede a sua utilização em persecução criminal diversa (compartilhamento de provas).

A ausência de autuação da interceptação telefônica, em descompasso com o art. 8º, caput, da Lei 9.296/1996⁴, não permite considerar ilícita a prova.

! Trata-se de mera irregularidade, não violadora dos elementos essenciais à validade da medida cautelar.

HC 128.102, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 9-12-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 811*, Primeira Turma)

¹ HC 121.142 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 25-3-2014, *DJE de 15-5-2014*.

² Antônio Magalhães Gomes Filho, citando o jurista italiano Michele Taruffo, esclarece que ‘existe motivação *ad relationem* quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação au-

tônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão' (*A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 163)." (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)

- 3 AI 738.982 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 29-5-2012, *DJE de 19-6-2012*.
- 4 "Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas."

Convalidação de atos e nulidade

Uma vez declarada pelo STF a nulidade de certo ato processual, com repercussão nos subsequentes, descabe ao órgão reclamado convalidar estes últimos.

- ! Configura-se, nessa situação, descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal¹, razão pela qual se impõe a procedência da reclamação.

Rcl 8.823, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 20-10-2015, acórdão publicado no DJE de 28-4-2016.

(*Informativo 804*, Primeira Turma)

- 1 No caso, ao apreciar o *habeas corpus* do reclamante, a Primeira Turma anulou o que foi decidido por tribunal regional federal, uma vez demonstrada a impossibilidade de comparecimento do representante processual à sessão de apreciação de recurso em sentido estrito, com formal pedido de adiamento. Além disso, em embargos declaratórios, a Turma esclareceu que a nulidade alcança todos os atos posteriores ao exame do referido recurso, inclusive os alusivos à custódia e ao julgamento popular. Ocorre que, ao reapreciá-lo, a turma especializada do mencionado tribunal restabeleceu atos no processo-crime que teriam sido afastados pela Primeira Turma do STF no campo da automaticidade, a caracterizar ofensa ao decidido no *habeas corpus* paradigma (HC 89.387, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 18-9-2007, *DJE de 1º-2-2008*). Por consequência, a Primeira Turma julgou procedente pedido formulado em reclamação e determinou o afastamento da custódia que decorreu da prática dos atos implementados de forma automática.

Revogação tácita de mandato e cerceamento de defesa

É nula a intimação da sessão de julgamento da apelação criminal realizada sem a prévia intimação do defensor posteriormente constituído.

- ! A constituição de novo advogado para atuar na causa, sem ressalva ou reserva de poderes, representa revogação tácita do mandato anteriormente concedido.

Nesse sentido, a ausência de intimação do novo advogado constituído configura cerceamento de defesa.

RHC 127.258, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 19-5-2015, acórdão publicado no *DJE de 9-9-2015*.

(*Informativo 786*, Segunda Turma)

PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Reformatio in pejus e causa de diminuição de pena

Não pode a instância revisora, em sede de recurso exclusivo da defesa, inovar nos fundamentos¹ para afastar a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

! “Não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre
 • a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo.”²

RHC 117.756, rel. orig. min. Dias Toffoli, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 22-9-2015, acórdão publicado no *DJE* de 11-2-2016.

(*Informativo 800*, Primeira Turma)

1 Na espécie, o Tribunal *a quo*, embora tenha afastado a circunstância agravante da reincidência, obistou a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 por levar em consideração a quantidade da droga. Inovou, assim, em relação aos fundamentos proferidos pelo juízo de primeira instância.

2 GRINOVER, Ada Pelegrinni; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. In: *Recursos no processo penal*. 7. ed. Revista do Tribunais, 2011, p. 41; e os precedentes firmados no RHC 126.763, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 1º-9-2015, *DJE de 1º-2-2016*; HC 118.389, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 5-11-2013, *DJE de 21-11-2013*; e HC 99.888, rel. min. Eros Grau, 2ª T, j. 24-11-2009, *DJE de 12-2-2010*.

Recurso exclusivo da defesa e *reformatio in pejus*

O aumento da pena-base mediante reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis em recurso exclusivo da defesa – não previstas na sentença monocrática – gera *reformatio in pejus*. Aplica-se esse princípio ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada¹.

! O exame quantitativo da pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação. Para a verificação de existência de *reformatio in pejus*², devem ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta.

A vedação da *reformatio in pejus* não se restringe à quantidade final de pena. Afinal, não se trata de mero cálculo aritmético, mas sim de efetiva valoração da conduta do sentenciado.

Ainda que presentes todos os requisitos fáticos para sua aplicação, o tribunal de apelação não pode reconhecer a existência de circunstância qualificadora que não foi anteriormente aventada.

! A ausência de recurso da acusação veda esse procedimento, visto se tratar de elemento desfavorável à defesa.

RHC 126.763, rel. orig. min. Dias Toffoli, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 797*, Segunda Turma)

1 Esse entendimento prevaleceu ante o empate na votação, haja vista previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, disposta no art. 146, parágrafo único (“Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.”), que estabeleceu para a hipótese a proclamação da decisão mais favorável ao paciente em julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus*.

2 CPP: “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Desclassificação e aumento de pena imposta

É ilegal o julgamento do tribunal de apelação que agrava a situação processual do réu sem que a própria acusação a tenha almejado.

! Havendo impugnação do Ministério Público quanto à tipificação penal, mas não em relação à dosimetria, não cabe ao tribunal de apelação agravar, de ofício, o quantitativo da pena.

O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que o tribunal aprecie o recurso em exaustivo nível de profundidade.

O mesmo não ocorre, entretanto, quanto a sua extensão. O limite horizontal deve se restringir – sobretudo em se tratando de recurso da acusação – à matéria questionada e ao pedido formulado na petição recursal, ressalvada a possibilidade de concessão de ofício de ordem de *habeas corpus*¹.

HC 112.382, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 4-8-2015, acórdão publicado no DJE de 13-10-2015.

(Informativo 793, Segunda Turma)

¹ “O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* condiciona a atividade processual dos Tribunais em sede recursal. Sendo assim, não é lícito ao Tribunal, quando do julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público, ultrapassar os limites temáticos fixados na petição recursal subscrita pelo órgão da acusação penal. A reforma da sentença, em ponto que não havia sido impugnado pelo Ministério Público, e da qual resulte o agravamento do *status poenalis* do condenado, por constituir pronunciamento *ultra petita* não admitido pelo sistema processual, configura situação tipificadora de injusto constrangimento ao *status libertatis* do paciente.” (HC 71.822, rel. min. Celso de Mello, 1ª T, j. 20-9-1994, DJ de 4-11-1994.)

Habeas corpus e reformatio in pejus

A proibição da *reformatio in pejus* aplica-se ao *habeas corpus*, cujo manejo jamais poderá agravar a situação jurídica daquele a quem busca, exatamente, favorecer¹.

! Trata-se de princípio imanente ao processo penal.

• O art. 626 do CPP², ao disciplinar a revisão criminal, prevê que o tribunal, julgando-a procedente, poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Veda-se, porém, em qualquer hipótese, a *reformatio in pejus*, ou seja, que a pena imposta pela decisão revista seja agravada.

Esse impedimento também se aplica quando somente o réu houver apelado da sentença condenatória³.

Assim, por coerência lógica, não é admissível que, anulada a condenação em revisão criminal, a pena não pudesse vir a ser agravada, mas que, diferentemente, pudesse vir a sê-lo se a anulação se operasse em sede de *habeas corpus*. Afinal, ambas as ações têm em comum a finalidade precípua de tutelar a liberdade de locomoção.

HC 126.869, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 23-6-2015, acórdão publicado no DJE de 21-8-2015.

(*Informativo 791*, Segunda Turma)

1 HC 121.907, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 30-9-2014, DJE de 28-10-2014.

2 “Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.”

3 CPP: “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Recurso exclusivo da defesa: redução da pena e *reformatio in pejus*

Gera *reformatio in pejus*¹ o redimensionamento da pena-base pelo tribunal de apelação em patamar para além daquele fixado no juízo originário, embora reduza a reprimenda total em apelação exclusiva da defesa, reconhecendo vetoriais desfavoráveis não veiculadas na sentença (CP, art. 59²).

! A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação. Outras circunstâncias devem ser consideradas para verificar a existência de *reformatio in pejus*.

Ademais, é possível a *emendatio libelli* (CPP, art. 383³) em segunda instância, mediante recurso exclusivo da defesa, contanto que não gere *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617 do CPP⁴.

Esse entendimento prevaleceu ante o empate na votação⁵, situação na qual se observa o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 146, parágrafo único)⁶, a saber, em julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus*, na hipótese de empate, deve-se proclamar a decisão mais favorável ao paciente.

HC 103.310, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 8-5-2015*.

(*Informativo 776*, Segunda Turma)

1 Em sentido contrário: RHC 119.149, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 10-2-2015, *DJE de 7-4-2015* (*Informativo 774*).

2 “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

3 “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.”

4 “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

- 5 Os ministros Teori Zavascki (relator) e Cármen Lúcia indeferiram a ordem. Entendiam que, embora em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação permitiria a revisão de toda a matéria e, portanto, dos critérios de fixação da pena, respeitados os limites da acusação e da prova produzida. Se, ao final, a pena fosse reduzida, não haveria que se falar em *reformatio in pejus*.
- 6 “Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.”

PRISÃO PROCESSUAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Senador e prisão preventiva

A incoercibilidade pessoal dos congressistas (CF, art. 53, § 2º) é garantia de natureza relativa.

! O texto constitucional prestigia a disciplina das imunidades especificamente reconhecidas aos parlamentares federais.² Porém, admite a prisão em flagrante por crime inafiançável como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares.

Essa relativização opera especialmente nos casos em que o parlamentar, em tese e com suas supostas condutas criminosas, atentar diretamente contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal (STF)³.

Nessa hipótese, o parlamentar federal não pratica um crime sujeito a qualquer jurisdição. Pelo contrário: atua contra o único juízo competente constitucionalmente para a persecução penal que o envolva. Nesse cenário, seria um contrassenso o STF não poder agir para coibir a conduta do parlamentar.

Diante disso, deve ser acentuado que⁴:

- a) o princípio da imunidade parlamentar permanece íntegro e de aplicação obrigatória no sistema constitucional para assegurar a autonomia das instituições e a garantia dos cidadãos que proveem os seus cargos pela eleição dos seus representantes. Cuida-se de princípio essencial para asseverar a normalidade do Estado de Direito;
- b) a sua não incidência deve-se restringir a condição especial e excepcional, cuja aplicação afronta todos os princípios e regras constitucionais que se interligam para garantir a integridade e a unidade do sistema constitucional. Assim se deve proceder, quer porque acolher a regra, em sua singeleza, significa tornar um brasileiro imune a qualquer processamento judicial, faça o que fizer, quer porque dar aplicação direta e isolada à norma antes mencionada significa negar aplicação aos princípios fundantes do ordenamento;
- c) dessa forma, à excepcionalidade do quadro, há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional. Não se deve permitir que, para prestigiar uma regra – mais ainda, de exceção e de proibição e aplicada a pessoas para que atuem em benefício da sociedade –, se transmute pelo seu isolamento de todas as outras do sistema e, assim, produza efeitos opostos aos quais se dá e para o que foi criada e compreendida no ordenamento. Isso é o que aconteceria caso se pudesse aceitar que

a proibição constitucional de um representante eleito a ter de submeter-se ao processamento judicial e à prisão sem o respeito às suas prerrogativas seria álibi permanente e intocável dado pelo sistema àquele que pode sequer não estar sendo mais titular daquela condição, a não ser formalmente.

Assim, o que se põe, constitucionalmente, na norma do art. 53, §§ 2º e 3º, c/c o art. 27, § 1º, da **Constituição Federal** há de atender aos princípios constitucionais, fundamentalmente:

- a) ao da República, que garante a igualdade de todos e a moralidade das instituições estatais; e
- b) ao da democracia, que garante que as liberdades públicas, individuais e políticas (aí incluída a do cidadão que escolhe o seu representante) não podem jamais deixar de ser respeitadas. Especialmente pelos que criam o direito e o aplicam, sob pena de se esfacelarem as instituições e a confiança da sociedade no direito, além da descrença na justiça que por ele se pretende realizar.

O art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 12.850/2013⁵, que dispõe sobre organização criminosa, é apto a ensejar prisão de parlamentar nos termos do art. 53, § 2º, da **Constituição Federal.**

! Esse delito – tipificado anteriormente pela Lei 12.694/2013 – é pacificamente reconhecido como crime permanente⁶, característica atribuível também ao art. 2º, § 1º⁷.

Cabe destacar que contempla não só a possibilidade de flagrante a qualquer tempo⁸, mas, também, a chamada “ação controlada”, ou seja, “retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”⁹.

Presentes situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do CPP, é cabível a prisão cautelar de parlamentar federal.

! Para fins de aplicação do art. 53, § 2º, da **Constituição Federal**, consideram-se inafiançáveis todos os delitos praticados em circunstâncias que autorizem a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 324, IV, do CPP.^{10 e 11}

Nesse sentido, a aplicação conjunta dos arts. 324, IV, e 312, ambos do CPP, se impõe exatamente para resguardo do Estado de Direito e confere cumprimento tanto da Constituição, como da legislação processual penal.

A Constituição do Brasil, em seu § 3º do art. 55¹², prevê a imunidade do mandato para a garantia democrática e legítima daquilo que foi recebido do cidadão pelo representante. Mas, em nenhuma passagem, permite qualquer forma de impunidade a quem quer que seja.

Devem-se destacar algumas premissas fundamentais para um juízo seguro a respeito da decretação da prisão preventiva¹³:

Em qualquer situação, a prisão preventiva somente se legitima nas situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa proteger.

! Tratando-se da medida cautelar mais grave no processo penal, a prisão preventiva desafia o direito fundamental da liberdade e da presunção da inocência.

Representa, assim, antecipação da pena, sobretudo porque adianta a sanção para o acusado que, muitas vezes, sequer exerceu o direito constitucional de se defender¹⁴.

Cumpra demonstrar que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins.

Por essas razões, somente deve ser decretada quando absolutamente necessária¹⁵.

A prisão preventiva pressupõe – além da prova da existência do crime (materialidade) e dos indícios suficientes de autoria –, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar:

- a) a garantia da ordem pública;
- b) a garantia da ordem econômica;
- c) a conveniência da instrução criminal; ou
- d) a segurança da aplicação da lei penal.

! O devido processo penal obedece a fórmulas que propiciam tempos próprios para cada decisão. E o da prisão preventiva não é o momento de formular juízos condenatórios.

Decretar ou não a prisão preventiva não significa antecipar juízo de culpa ou de inocência. Portanto, não pode ser visto como antecipação da reprimenda ou como gesto de impunidade. Juízo a tal respeito será formulado em outro momento, na apreciação de procedência ou não de eventual denúncia oferecida, após oportunizar aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa.

É a sentença final, portanto, e não a decisão da preventiva, o momento adequado para, se for o caso, sopesar a gravidade do delito e aplicar as penas correspondentes.

Preenchidos os requisitos fáticos e jurídicos, a prisão de parlamentar federal possui natureza de prisão cautelar para fins de deliberação da casa legislativa respectiva.

! A prisão cautelar, da qual são espécies a prisão preventiva e a prisão temporária, tem por finalidade apenas aguardar, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal¹⁶, a deliberação da casa parlamentar sobre a prisão de seu membro.

A gravação ambiental de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação.^{17 e 18}

! “A gravação por um dos interlocutores da conversa mantida com outrem nada tem a ver com o art. 5º, XII¹⁹, que protege o sigilo de comunicações telefônicas, assim como protege o sigilo de correspondência escrita na troca de cartas.”²⁰

Assim, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu. Logo, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendent²¹.

AC 4.036 MC-REF e AC 4.039 MC-REF, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 25-11-2015, acórdão publicado no DJE de 29-2-2016 e acórdão pendente de publicação, respectivamente.

(*Informativo 809*, Segunda Turma)

- 1 “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.” (Sem grifos no original.)
- 2 “O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante prévia licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável.” (Inq 510, rel. min. Celso de Mello, P, j. 1º-2-1991, DJ de 19-4-1991 – Inquérito arquivado.)
- 3 Sobre a impossibilidade de se interpretar a norma do art. 53, § 2º, da CF/1988 isoladamente: “Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. (...) Aplicar, portanto, isoladamente a regra do art. 53, §§ 2º e 3º da Constituição da República, sem se considerar o contexto institucional e o sistema constitucional em sua inteireza seria elevar-se acima da realidade à qual ela se dá a incidir e para a qual ela se dá a efetivar. O resultado de tal comportamento do intérprete e aplicador do Direito Constitucional conduziria ao oposto do que se tem nos princípios e nos fins do ordenamento jurídico. A aplicação pura e simples de uma norma em situação que conduz ao resultado oposto àquele buscado pelo sistema jurídico fundamental – que se inspirou na necessidade inegável e salutar de proteger os parlamentares contra investidas indébitas de antidemocracias – é negar a Constituição em seus esteios mais firmes, em seus fundamentos mais profícuos, em suas garantias mais caras. É ignorar a cidadania (art. 1º, II) para enaltecer o representante que pode estar infringindo todas as normas que o deixam nessa legítima condição; é negar a submissão de todos, governantes e governados, ao direito, cuja possível afronta gera o devido processo legal, ao qual não há como fugir de maneira absoluta sob qualquer título ou argumento. (...) Tal é o que me parece ocorrer no caso ora apreciado. O que se põe, constitucionalmente, na norma do art. 53, §§ 2º e 3º, c/c o art. 27, § 1º, da Constituição da República há de atender aos princípios constitucionais, fundamentalmente, a) ao da

República, que garante a igualdade de todos e a moralidade das instituições estatais; b) ao da democracia, que garante que as liberdades públicas, individuais e políticas (aí incluída a do cidadão que escolhe o seu representante) não podem jamais deixar de ser respeitadas, especialmente pelos que criam o direito e o aplicam, sob pena de se esfalçarem as instituições e a confiança da sociedade no direito e a descrença na justiça que por ele se pretende realizar. (...) Deve ser acentuado, entretanto, que (...) c) o caso apresentado nos autos é situação anormal, excepcional e não cogitada, ao que parece, em qualquer circunstância pelo constituinte. Não se imagina que um órgão legislativo, atuando numa situação de absoluta normalidade institucional do País e num período de democracia praticada, possa ter 23 dos 24 de seus membros sujeitos a inquéritos e processos, levados adiante pelos órgãos policiais e pelo Ministério Público; d) (...) Tal como a quimioterapia impõe que se agridam células boas para atingir e exterminar células más, a fim de salvar o corpo do doente, assim também, repito o quanto antes afirmei: haverá de haver remédio jurídico, sempre, a garantir que o corpo normativo fundamental não se deixe abater pela ação de uma doença que contraria a saúde ética e jurídica das instituições e que pode pôr a perder todo sistema constitucional.” (HC 89.417, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, *DJ de 15-12-2006*.)

- 4 HC 89.417, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, *DJ de 15-12-2006*.
- 5 “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.”
- 6 HC 112.454, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 19-3-2013, *DJE de 11-4-2013*.
- 7 **Lei 12.850/2013**: “Art. 2º (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.”
- 8 HC 101.095, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 31-8-2010, *DJE de 24-9-2010*.
- 9 **Lei 12.850/2013**: “Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.”
- 10 “Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (...) IV – **quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva** (art. 312).” (Sem grifos no original.)
- 11 “Pois bem, como bem demonstrou, em sua substanciosa decisão, o eminente Ministro Teori Zavascki, o delito de organização criminosa é um delito permanente, cujo momento consumativo – como todos sabemos – se protraí no tempo. E, enquanto subsistir o estado de permanência delinquencial, enquanto subsistir a situação de permanência criminosa, o agente estará permanentemente em situação de flagrância. E, considerados os elementos fáticos revelados nos autos, também se acham presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Menciono prisão preventiva, porque aludo à hipótese mencionada já pelo eminente Ministro Teori Zavascki, fundada no inciso IV do art. 324 do Código Penal, que torna inafiançável o delito quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. O eminente Ministro Relator demonstrou que, além dos pressupostos necessários à decretação dessa prisão cautelar – materialidade do delito, de um lado, e indícios reveladores de suposta autoria, de outro – associados aos fundamentos que legitimam essa medida excepcional, e que são aqueles elencados de maneira muito clara no art. 312

do Código de Processo Penal, isso tudo compõe um quadro que nos permite reconhecer que este Senador da República, líder do Governo no Senado Federal, achava-se em situação de flagrância de um delito inafiançável, conformando-se essa situação à cláusula da Constituição inscrita no § 2º do art. 53 de nossa Lei Fundamental.” (Trecho do voto do ministro Celso de Mello, no presente julgamento – sem grifos no original.)

- 12 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”
- 13 Como destacado em recentes julgados desta Corte: HC 127.186, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 28-4-2015, *DJE de 3-8-2015*; e HC 128.278, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 18-8-2015, *DJE de 4-2-2016*.
- 14 HC 122.072, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 2-9-2014, *DJE de 29-9-2014*; e HC 105.556, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 7-12-2010, *DJE de 30-8-2013*.
- 15 HC 80.282, rel. min. Nelson Jobim, 2ª T, j. 3-10-2000, *DJ de 2-2-2001*.
- 16 “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.” (Sem grifos no original.)
- 17 “Como longamente já sustentei alhures (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ag. Inst. n. 257.223), não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova. A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita. Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há ideia de subtração (< *interceptus* < *intercipere* < *inter* + *capere*), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor. A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão, que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como *proprium* dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade. Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prende, na origem, à vulnerabilidade material relativa de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restrito ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em tais condutos comunicativos, certa promessa de privacidade das interlocuções, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (*privacy*) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta, esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o orde-

namento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia.” (Trecho do voto do ministro Cezar Peluso no RE 583.937 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, *DJE de 18-12-2009*.)

- 18** HC 91.613, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 15-5-2012, *DJE de 17-9-2012*. O tema, aliás, acha-se vencido em repercussão geral (RE 583.937 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, *DJE de 18-12-2009*).
- 19** CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”
- 20** Trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence no mencionado RE 583.937 QO-RG.
- 21** RE 583.937 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, *DJE de 18-12-2009*.

Tráfico de drogas e liberdade provisória

A prestação de assistência pela Defensoria Pública¹ permite pressupor a hipossuficiência do paciente. Caso ele não possua condições financeiras de arcar com o valor da fiança, nada justifica a imposição da prisão cautelar por esse único motivo.

! É injusto e desproporcional condicionar a expedição do respectivo alvará de soltura ao recolhimento da fiança quando, em virtude do não pagamento – e exclusivamente por essa razão –, o paciente permanecer preso.

HC 129.474, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 22-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 13-10-2015*.

(*Informativo 800, Primeira Turma*)

1 CF/1988: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Sem grifos no original.)

Gravidez e prisão preventiva

Presidiárias em estágio avançado de gravidez têm direito a prisão domiciliar.

! O texto constitucional¹ e o CPP² asseguram às presidiárias condições para que
 • possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação. Além disso, a Constituição Federal enfatiza a proteção à maternidade e à infância.

Deve ser rechaçada a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação³.

! A decretação dessa modalidade de prisão cautelar pressupõe que os seus requisitos estejam preenchidos à luz dos critérios legais ou jurisprudenciais que a autorizam, em conformidade com os fatos.

Conforme assevera o subprocurador-geral da República em seu parecer: “O apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com o caráter excepcional da medida de restrição da liberdade, que exige fundamentação consistente.”

Meras ilações, elucubrações, sem qualquer lastro probatório, não servem de base para a prisão preventiva (CPP, art. 312), excepcional no sistema pátrio. Nesse sentido, a quantidade de droga, bem como o suposto destino do produto, por si sós, não recomendam a prisão preventiva.

HC 128.381, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-6-2015, acórdão publicado no DJE de 1º-7-2015.

(*Informativo 789, Segunda Turma*)

1 “Art. 5º (...) L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;” e “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

- 2 “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.” (Redação vigente à época do julgamento, posteriormente alterada pela Lei 13.257, de 8-3-2016.)
- 3 Precedentes: HC 125.957, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 24-2-2015, *DJE de 13-3-2015*; RE 217.631, rel. min. Sepúlveda Pertence, 2ª T, j. 9-9-1997, *DJ de 24-10-1997*; e HC 98.006, rel. min. Ayres Britto, 1ª T, j. 24-11-2009, *DJE de 5-2-2010*.

Prisão cautelar: requisitos e medidas alternativas

Para a legítima decretação de prisão preventiva, é indispensável demonstrar que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 do CPP¹ tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins².

! No processo penal, a prisão é a medida acauteladora mais grave a desafiar o direito fundamental da presunção de inocência. Por isso, deve ser decretada apenas quando absolutamente necessária.

É legítima em situações nas quais for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa proteger, segundo o art. 312 do CPP³. Fora dessas hipóteses excepcionais, representaria mera antecipação de pena, inadmissível pela jurisprudência da Corte.

Nesse sentido, a prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria. Todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar:

- a) garantia da ordem pública;
- b) garantia da ordem econômica;
- c) conveniência da instrução criminal; ou
- d) segurança da aplicação da lei penal.

Dessa forma, a mera presunção de que o paciente, por poder fugir, o faria não justifica a decretação da prisão.

Quanto à garantia da instrução criminal, tendo sido colhida toda prova acusatória e faltando apenas a tomada de alguns depoimentos da defesa, a finalidade da prisão preventiva, quanto a esse ponto, já teria se esgotado.

De igual modo, é insustentável o fundamento prisional referente à necessidade de resguardo da ordem pública, ante a suposta gravidade dos crimes imputados.

Por fim, não é legítima a decretação de prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas. Ainda que a sociedade esteja justificadamente indignada com a notícia de um crime e exija resposta adequada do Estado, deve compreender que a credibilidade das instituições se fortalece na exata

medida em que há o cumprimento da lei, seja na apuração e julgamento dos delitos, seja na preservação de princípios constitucionais.

HC 127.186, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 28-4-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 783, Segunda Turma*)

- 1 “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica.”
- 2 CPP: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”
- 3 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Investigação criminal promovida pelo Ministério Público¹ e aditamento da denúncia

A fim de justificar a decretação de prisão preventiva, não é aceitável invocar abstratamente a possível perturbação da ordem pública ou a repercussão negativa na comunidade. Tampouco se pode inferir a possível periculosidade do réu a partir da gravidade abstrata do delito.

- ! A prisão preventiva deve ser justificada por meio de fatos concretos a fim de
- preencher os requisitos autorizadores descritos no art. 312 do CPP².

HC 84.548, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 10-4-2015*.

(*Informativo 776, Plenário*)

- 1 Sobre a possibilidade de investigação do Ministério Público: RE 593.727, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 14-5-2015, *DJE de 8-9-2015*.
- 2 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

Prisão cautelar e Lei de Drogas

Diante de situação de flagrante ilegalidade, admite-se (i) o afastamento excepcional do óbice inscrito no Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF)¹ e (ii) a impetração de *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional.

- ! A jurisprudência do STF tem acolhido o abrandamento do referido enunciado
 - sumular nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.
- Assim, na hipótese de flagrante constrangimento ilegal, nada impede que o STF analise a questão de ofício quando houver manejo inadequado do *writ* como substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Configura constrangimento ilegal a ausência de fundamentação apta a justificar a necessidade da custódia cautelar (CPP, art. 312).

- ! Segundo consolidada jurisprudência do STF, para que o decreto de custódia cautelar (assim como a sua manutenção) seja idôneo, é necessário que o ato judicial construtivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida².

As considerações a respeito da gravidade em abstrato do delito não dão azo à manutenção da segregação nem lhe servem de justificativa³.

- ! A Corte possui o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente.

O indeferimento de liberdade provisória, nos casos de prisão em flagrante pelo delito de tráfico de entorpecentes, com fundamento unicamente no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)⁴, constitui situação flagrante de constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

- ! O Plenário do STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006⁵, que vedava a concessão de liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, a manutenção de constrição cautelar, no tocante aos delitos previstos na *Lei 11.343/2006*, pressupõe a demonstração da existência de elementos concretos e individualizados aptos a justificar a decretação ou a manutenção da medida, nos termos do art. 312 do *CPP*⁶.

HC 119.934, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 3-2-2015, acórdão publicado no *DJE* de 7-4-2015.

(*Informativo 773*, Primeira Turma)

- 1 “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”
- 2 Nesse sentido: HC 98.673, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 6-10-2009, *DJE* de 29-10-2009; HC 99.043, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 24-8-2010, *DJE* de 10-9-2010; e HC 100.184, rel. min. Ayres Britto, 1ª T, *DJE* de 1ª-10-2010; entre outros.
- 3 Vide: HC 108.345, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 26-6-2012, *DJE* de 26-10-2012; HC 103.536, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 19-10-2010, *DJE* de 22-3-2011; HC 93.296, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 20-4-2010, *DJE* de 18-6-2010; entre outros.
- 4 “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”
- 5 Vide: HC 104.339, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2012, *DJE* de 6-12-2012.
- 6 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

PROVAS

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Produção antecipada de prova e necessidade de fundamentação

É incabível a produção antecipada de prova testemunhal (CPP, art. 366¹) fundamentada na simples possibilidade de esquecimento dos fatos.

! A decisão que determina a produção antecipada de prova testemunhal deve demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 225 do CPP². Portanto, fórmulas de estilo genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que possam autorizar a medida, são insuficientes para justificá-la. Não basta a justificativa de que as testemunhas são policiais responsáveis pela prisão, cuja própria atividade contribui, por si só, para o esquecimento das circunstâncias que cercam a apuração da suposta autoria de cada infração penal.

Assim sendo, ausente a indicação de circunstância excepcional que justifique a antecipação da produção da prova testemunhal, há que se reconhecer a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame. Deve-se, ainda, determinar o desentranhamento dos respectivos termos de depoimento dos autos.

HC 130.038, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 3-11-2015, acórdão publicado no DJE de 14-12-2015.

(*Informativo 806, Segunda Turma*)

- 1 “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”
- 2 “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.”

Cabimento de *habeas corpus* em face de decisão de ministro do STF e colaboração premiada

É admissível a impetração de *habeas corpus* em face de decisão de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Obstar o uso do *writ* na hipótese significaria dificultar a garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como do próprio ideário de proteção do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII). Além disso, o art. 102, I, i, da Constituição Federal prevê a possibilidade de impetração de *habeas corpus* contra atos do próprio STF.

Se é cabível o recurso de agravo interno em face de decisão monocrática – via de envergadura menor –, não se pode falar em empecilho para o uso do remédio constitucional.

O acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova² destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constitui meio de prova³ propriamente dito, portanto.

Assim dispõe o art. 3º, I, da Lei 12.850/2013⁴. Cabe destacar que, “com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, que distingue meios de prova (*mezzi di prova*) dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, *per se*, fonte de convencimento judicial, destinando-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória’, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo”.⁵

O acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador.

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos do colaborador constituem meio de prova. Estes somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.^{6 e 7}

A esse respeito cabe destacar que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação⁸” e que “a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento anelar da decisão.^{9 e 10}”

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual¹¹.

Embora tenha repercussão no direito penal material – ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação –, a colaboração premiada se destina principalmente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Assim, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal. Trata-se de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial de direito material concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Nesse sentido, para que surta os efeitos legais¹², o acordo de colaboração premiada deve obedecer ao exame do negócio jurídico em três planos sucessivos¹³, quais sejam:

I. da existência, tal qual previsto no art. 6º, da *Lei 12.850/2013*. Para isso, o acordo deverá ser feito por escrito e conter:

- a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- e) e, eventualmente, “a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família”, prevista no inciso V do referido dispositivo legal, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas “quando necessário”.

II. da validade, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável). O acordo de colaboração somente será válido se:

- a) a declaração de vontade do colaborador for
 - i. resultante de um processo volitivo;
 - ii. querida com plena consciência da realidade;
 - iii. escolhida com liberdade;
 - iv. deliberada sem má-fé; e

b) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

III. **da eficácia:** o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (*Lei 12.850/2013*, art. 4º, § 7º). Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo¹⁴.

Ainda cabe considerar que, havendo acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da *Lei 12.850/2013*, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados:

- a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, estará caracterizado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador. Logo, não se produzirá a consequência por ele almejada, qual seja, a aplicação da sanção premial.

O juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.

! A homologação judicial do acordo de colaboração consiste em exercício de atividade de deliberação. Assim, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo.

Nesse sentido, conforme destaca o ministro Teori Zavascki, “o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do

acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, nem pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribuiu escassa confiança e limitado valor probatório”¹⁵.

A homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Constitui, em verdade, simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes não serão produzidos.

O acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados”¹⁶.

! O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo¹⁷, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica. Trata-se de *res inter alios acta*¹⁸. Esse negócio jurídico processual tem por finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trazer para a investigação e o processo criminal.

A homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado. Não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas. Situação que, aliás, pode ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração.

Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença¹⁹, suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas²⁰, poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa.

Por outro lado, negar ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses.

A Lei 12.850/2013 estabelece que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Além disso, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial²¹, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas.

A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

! Pretender que o Estado confie no delator, além da indesejável subjetividade que permeia esse juízo de valor, contraria a própria essência da colaboração premiada. Tal instituto é voltado a integrantes de organização criminosa, os quais não se qualificam exatamente como cidadãos de ilibada reputação ou paradigmas do *bonus pater familias*²². O § 1º do art. 4º da Lei 12.850/2013²³ não estabelece requisitos para o acordo de colaboração, pois dispõe apenas sobre a sanção premial a ser atribuída ao colaborador.

A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas desse tipo de acordo, notadamente a escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz, na sentença²⁴.

O acordo de colaboração pode dispor sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados.

! Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, a interpretação teleológica das expressões “redução de pena²⁵” e “mitigação de pena²⁶” permite que elas compreendam, enquanto abran-

damento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também o efeito extrapenal da condenação.

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido de abrandamento das consequências do crime), parece lícito que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador entre as “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia²⁷”, possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa.

Além disso, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), *a fortiori*, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, *b*), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/1998, art. 7º, I).

Se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, é plausível que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de sentença condenatória.

Registre-se que, nos termos do art. 5º, I, da [Lei 12.850/2013](#), é direito do colaborador “usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica²⁸”.

Se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.

De qualquer forma, essa cláusula patrimonial somente produzirá efeitos se o agente colaborador cumprir integralmente a obrigação por ele assumida no acordo, quando, então, terá direito subjetivo a sua aplicação.

Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo²⁹ do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.

Os princípios da segurança jurídica³⁰ e da proteção da confiança³¹ tornam incluído o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

“No Estado Constitucional de Direito, não se pode permitir a atuação da potestade punitiva contra ou fora de suas próprias regras³²”.

Nesse sentido, o “acordo não pode gerar obrigações somente para o acusado colaborador. O Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz. Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário. Aliás, a homologação judicial tem a finalidade de garantir futuramente o cumprimento do acordo pelo Estado-juiz se alcançar os resultados³³”.

Tendo o colaborador auxiliado as autoridades e revelado os fatos de que tinha conhecimento, a incidência do benefício estipulado não constitui mero exercício de discricionariedade judicial. Cuida-se de direito subjetivo a seu recebimento.

“A extensão e profundidade dos elementos revelados pelo agente colaborador deverão influenciar de forma relevante a extensão do benefício ajustado³⁴, mas, para sua aferição, “(...) haverá de se considerar também o que constou do compromisso prévio firmado entre o órgão da acusação e o colaborador, pois o compromisso serve de referência importante da conduta do colaborador e na definição da dimensão do favor, e o momento para o juiz recusar ou adequar os termos do acordo e a dimensão do benefício previsto é no momento de sua homologação, conforme §§ 7º e 8º da Lei 12.850, eventual alteração posterior apenas poderia se fundamentar em descumprimento total ou parcial dos compromissos assumidos pelo colaborador, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo; ou ainda com base na previsão do § 2º, de concessão do perdão judicial em consideração à relevância da colaboração prestada, verificada após a definição do acordo originário³⁵”.

Por fim, caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente. Pode, inclusive, recorrer da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la

em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 26 e 27-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-2-2016*.

(*Informativo 796, Plenário*)

- 1 Esse entendimento prevaleceu ante o empate na votação, haja vista a previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, disposta no art. 146, parágrafo único, que estabeleceu para a hipótese a proclamação da decisão mais favorável ao paciente, em julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* (“Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente”).
- 2 “No mesmo sentido, aduz Gustavo Badaró que, “enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex.: o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário (documento) encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Campus-Elsevier*. 2012. p. 270).” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento – grifos do original.)
- 3 “Há que se distinguir, ainda, ‘elemento de prova’ de ‘resultado da prova’. Antônio Magalhães Gomes Filho, após assentar a natureza polissêmica do vocábulo ‘prova’, aduz que, ‘na terminologia do processo, a palavra *prova* serve também para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc. (...) Sob outro aspecto, a palavra *prova* pode significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato: é o *resultado da prova* (*proof*, em inglês), que é obtido não apenas pela soma daqueles *elementos*, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não’ (Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento – grifos do original.)
- 4 “Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação am-

- biental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.” (Sem grifos no original.)
- 5 CHIAVARI, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353.
- 6 Lei 12.850/2013: “Art. 4º (...) § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”
- 7 “Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que ‘a delação, de forma isolada, não respalda condenação’ (HC 75.226, rel. min. Marco Aurélio, Segunda Turma, *DJ de 19-9-1997*), e de que ‘a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação’, mas tão somente ‘como elemento ancilar da decisão’ (HC 90.708, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ de 13-4-2007*). Mais recentemente, na AP 465, rel. min. Cármen Lúcia, Plenário, *DJE de 30-10-2014*, o Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar que a delação de corrêu não pode servir como elemento decisivo para a condenação.” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)
- 8 HC 75.226, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, j. 12-8-1997, *DJ de 19-9-1997*.
- 9 HC 90.708, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 20-3-2007, *DJ de 13-4-2007*.
- 10 AP 465, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 24-4-2014, *DJE de 30-10-2014*.
- 11 “Antônio Junqueira de Azevedo, após criticar as definições de negócio jurídico pela gênese (‘como ato de vontade’) e pela função (‘como norma jurídica concreta’), prefere defini-lo por sua estrutura: ‘O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (...). *In concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide’. (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16).” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento – grifos do original.)
- 12 “Dentre os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração, destacam-se os previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013: i) ‘o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional’

- (§ 3º); ii) ‘o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração’ (§ 4º); e iii) ‘nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade’ (§ 14). Além disso, nos termos do art. 5º da *Lei 12.850/2013*, o acordo de colaboração judicialmente homologado confere ao colaborador o direito de: i) ‘usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica’; ii) ‘ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados’; iii) ‘ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes’; e iv) ‘participar das audiências sem contato visual com os outros acusados’.” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)
- 13** AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (*Lei n. 10.406*, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23-64.
- 14** A homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.
- 15** *Lei 12.850/2013*: “Art. 4º (...) § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”
- 16** *Lei 12.850/2013*: “Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: (...) I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;”
- 17** RHC 124.192, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 28-4-2015, *DJE de 8-4-2015*.
- 18** Coisa feita entre outros. (Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm#R>> *apud* <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=dicionariojuridico>>.)
- 19** *Lei 12.850/2013*: “Art. 4º (...) § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.”
- 20** *Lei 12.850/2013*: “Art. 4º (...) § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”
- 21** “Na lapidar síntese de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ‘o contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los’ (*A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: [s.n.], 1937, item 81, p. 110). O contraditório se expressa no binômio ‘informação necessária + reação possível’, ressaltando-se que ‘esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverte em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal’. No processo penal, dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade, a reação não pode ser meramente possível. O contraditório ‘há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual’ (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18). Note-se que, na arguta observação de Ada Pellegrini Grinover, o objetivo principal da garantia do contraditório não é a defesa, no sentido negativo de mera oposição ou resistência, mas sim a influência, tomada ‘como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do

- processo' (op. cit., p. 19). Não basta, portanto, a mera ciência, sem a possibilidade de reação, sob pena de tornar-se inócua a garantia do contraditório." (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)
- 22 Bom pai de família. Homem cumpridor de seus deveres. (Disponível em: <http://www.central-juridica.com/dicionario/g/2/1/b/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>.) Ver ainda: <<http://muriaturidico.no.sapo.pt/eBonusPater.htm>>.
- 23 "Art. 4º (...) § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração."
- 24 "Art. 4º (...) § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia."
- 25 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), incorporada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, art. 26.2: "Artigo 26. (...) 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção."
- 26 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), incorporada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, art. 37.2: "Artigo 37. (...) 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção."
- 27 Lei 12.850/2013: "Art. 6º (...) II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia."
- 28 Neste particular, dispõe o art. 7º da Lei 9.807/1999.
- 29 "Para Martin Borowski, a justiciabilidade, ou seja, sua exigibilidade judicial, é a nota característica do direito subjetivo (*La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 40-47 e 119-120). Assim, caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança." (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no presente julgamento.)
- 30 "O objeto da segurança jurídica normalmente é qualificado como abrangendo as consequências jurídicas de atos ou de fatos: há segurança jurídica quando o cidadão tem a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos. Essa é a constatação geral. Como o princípio da segurança jurídica se dirige aos três Poderes, a sua aplicação pode dizer respeito a uma norma geral, legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial. Nesse sentido, os ideais de confiabilidade e de calculabilidade, baseados na sua cognoscibilidade, vertem sobre cada um desses objetos." (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 144.)

- 31 “[E]m geral, a **segurança jurídica** está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250 – grifo nosso.)
- 32 IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 191.
- 33 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da *Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 283-284.
- 34 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 140.
- 35 Idem.

Prova ilícita: desvinculação causal e condenação

Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º)¹.

! Não sendo perceptível *prima facie* a derivação da prova declarada ilícita, torna-se inviável, ao menos na via do *habeas corpus*, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão do juízo sentenciante.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, a extinção prematura da ação penal pela via do *habeas corpus* ocorre apenas em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente:

- a) a atipicidade da conduta;
- b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou
- c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade.

HC 116.931, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 3-3-2015, acórdão publicado no DJE de 8-5-2015.

(*Informativo 776, Segunda Turma*)

¹ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

RECURSOS

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Recurso exclusivo da defesa e circunstância fática não reconhecida em primeiro grau

Não caracteriza *reformatio in pejus* a decisão de tribunal de justiça que, ao julgar recurso de apelação exclusivo da defesa, mantenha a reprimenda aplicada pelo magistrado de primeiro grau, porém, com fundamentos diversos daqueles adotados na sentença.

- ! A apelação examina o tema colocado pela defesa – dosimetria da pena – e, nesse
- ponto, o tribunal pode concluir e reexaminar a matéria¹.

Não se admite a rejeição de *habeas corpus* pelo simples fato de ser cabível interposição de recurso especial².

- ! O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de
- *habeas corpus*, desde que verificada violação ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente³.

RHC 119.149, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 10-2-2015, acórdão publicado no DJE de 7-4-2015.

(*Informativo 774*, Primeira Turma)

1 Na espécie, a defesa alegou que o Tribunal *a quo* teria promovido indevida inovação de fundamentação ao agregar motivo – personalidade voltada para o crime – que não fora invocado pelo juízo de origem para exasperar a pena-base em dez meses. A Turma asseverou que o Tribunal local apenas procedera à correta qualificação de elemento equivocadamente considerado pelo magistrado de primeira instância, na fixação da pena-base, como resultante da conduta social do agente, que deveria ter sido inserida na avaliação de sua personalidade. Observou, ainda, que o fato de o juízo de primeiro grau haver afirmado não existirem elementos que permitissem a avaliação negativa da personalidade do agente, e, ainda assim, analisá-los sob prisma diverso, não impediria que se reconhecesse o equívoco dessa mensuração. Dessa forma, proceder à correta classificação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não significaria suplementar a fundamentação adotada.

2 HC 115.715, rel. orig. min. Rosa Weber, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 11-6-2013, DJE de 12-9-2013.

3 HC 110.118, rel. orig. min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 22-11-2011, DJE de 8-8-2012.

REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Denúncia e prazo em dobro para resposta à acusação¹

O denunciado tem prazo em dobro para apresentar sua resposta nos processos de competência originária dos tribunais regulados em lei especial.

! Em face da importância da fase pré-processual da denúncia e do princípio da ampla defesa, é cabível a aplicação analógica do art. 191 do *CPC/1973*² ao prazo previsto no art. 4º da *Lei 8.038/1990*³.

Deve-se prestigiar o direito de defesa, ainda antes da instauração da relação processual em sentido próprio.

Nessa fase processual, a amplitude material da defesa permite que o denunciado ofereça resposta às imputações penais que contra ele tenham sido deduzidas pelo Ministério Público. Alcança, assim, não apenas preliminares ou questões formais, mas também o próprio mérito da imputação penal.

Nesse sentido, o art. 4º da *Lei 8.038/1990* abarca a possibilidade de o tribunal, após o oferecimento da denúncia, exercer o controle de admissibilidade da acusação penal ao acolher, receber ou rejeitar a denúncia e mesmo julgar improcedente o pedido e, em consequência, proferir juízo de absolvição penal, nos termos da *Lei 8.038/1990*⁴.

É possível, nessa fase, o reconhecimento da inépcia da denúncia, ainda que pelo próprio reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal.

Inq 4.112, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-9-2015, acórdão publicado no *DJE* de 31-3-2016.

(*Informativo 797*, Segunda Turma)

- 1 Entendimento aplicado também no Inq 3.983 QO, rel. orig. min. Teori Zavascki, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, j. 3-9-2015, *DJE de 5-2-2016* (*Informativo 797*). A Corte reiterou, desse modo, o que foi decidido na AP 470 AgR-vigésimo segundo e vigésimo quinto (*DJE de 24-9-2013* e de *17-2-2014*, respectivamente).
- 2 “Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.”
- 3 “Art. 4º Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.”
- 4 “Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.”

SENTENÇA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tribunal do júri e novo enquadramento fático-jurídico

Havendo incorreto enquadramento fático-jurídico na capitulação penal – que repercute na competência do órgão jurisdicional –, deve-se conferir ao magistrado a possibilidade de desclassificar o tipo em qualquer momento da fase judicial da persecução penal e encaminhar ao órgão competente¹.

! Trata-se de aferir a competência, matéria cognoscível de ofício, por estar ligada ao postulado do juiz natural. Isso não afeta a imparcialidade do magistrado em proceder à análise da tipificação.

O princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) “representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do poder público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem por titular qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. É irrecusável, em nosso sistema de Direito Constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’.”²

Embora, em regra, a sentença seja o momento adequado de análise da tipificação descrita na denúncia³, admite-se, excepcionalmente, a possibilidade de o magistrado, em caso de alteração de competência, proceder ao reenquadramento jurídico dos fatos descritos na denúncia e desclassificar para outro tipo penal antes da fase processual decisória final.

Deve-se destacar que, no tribunal do júri, para ocorrer a desclassificação, é necessário ao magistrado visualizar, de plano, a ausência do *animus necandi*.^{4 e 5}

Em qualquer das hipóteses, ainda que possa ter ocorrido equívoco na capitulação (erro de direito), esta não leva à inépcia da denúncia⁶, uma vez que o acusado se defende dos fatos, e não da classificação que faz dele o órgão de acusação⁷.

HC 113.598, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-12-2015, acórdão pendente de publicação.

(*Informativo 812*, Segunda Turma)

- 1 HC 115.831, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 22-10-2013, *DJE* de 19-11-2013; HC 89.686, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 12-6-2007, *DJ de 17-8-2007*; HC 84.653, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 2-8-2005, *DJ de 14-10-2005*; e HC 94.226, rel. min. Ayres Britto, 2ª T, j. 28-6-2011, *DJE de 29-11-2011*.
- 2 HC 110.185, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 14-5-2013, *DJE de 30-10-2014*.
- 3 CPP: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008).”
- 4 Termo em latim que significa dolo, vontade. É a intenção de matar, ou seja, de tirar a vida de outra pessoa. (Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1043/Animus-necandi>>.)
- 5 RHC 129.989 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 17-11-2015, *DJE de 2-12-2015*.
- 6 Inq 2.952, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 11-11-2014, *DJE de 12-12-2014*; e RHC 56.909, rel. min. Cordeiro Guerra, 2ª T, j. 19-6-1979, *DJ de 3-7-1979*.
- 7 OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 154.

TRIBUNAL DO JÚRI

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Pronúncia e envelopamento por excesso de linguagem

Constatado o excesso de linguagem na pronúncia, tem-se a sua anulação ou a do acórdão que incorreu no mencionado vício.

! O abandono da linguagem comedida conduz principalmente o leigo a entender o ato não como mero juízo de admissibilidade da acusação, mas como título condenatório.

Reconhecida a insubsistência da sentença de pronúncia ou do acórdão confirmatório dela, por excesso de linguagem, a única solução contemplada no ordenamento jurídico é sua anulação, com a prolação de outra decisão.

! É garantido ao jurado, na qualidade de juiz de fato, o acesso irrestrito ao caderno processual¹.

O mero desentranhamento da decisão que incorreu em excesso de linguagem, mediante substituição por certidão de pronúncia, limita, indevidamente, o acesso do jurado aos autos. Por decorrência, acarreta violação implícita à soberania dos veredictos do júri, consagrada em âmbito constitucional². Nesse sentido, o simples envelopamento da decisão³ de pronúncia não é suficiente.

RHC 127.522, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 18-8-2015, acórdão publicado no *DJE de 27-10-2015*.

(*Informativo 795, Primeira Turma*)

- 1 CPP: “Art. 472. (...) Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.”
- 2 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”
- 3 “Consoante ressaltai no HC 103.037, relatora ministra Cármen Lúcia, julgado pela Primeira Turma em 22 de março de 2011, com publicação do acórdão no Diário de Justiça de 31 de maio subsequente, ‘o Código é um sistema, e, nesse sistema, tem-se a problemática do que aponte como decisão oculta, que o sistema não agasalha, e a regra segundo a qual os jurados devem receber cópia da sentença de pronúncia.’” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no presente julgamento.)

PSV: tribunal do júri e foro por prerrogativa de função

“A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 45 da Súmula Vinculante. Assim, o conteúdo do Verbete 721 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 105, julgamento em 8-4-2015, verbete publicado no *DJE de 17-4-2015*.

(Informativo 780, Plenário)

Tribunal do júri: leitura de peça em plenário e nulidade

Não cabe a anulação de julgamento realizado por tribunal do júri em razão da leitura em plenário, por membro do Ministério Público, de trecho da decisão proferida em recurso em sentido estrito interposto pelo réu contra a decisão de pronúncia.

! A lei¹ não veda toda e qualquer referência às peças. Apenas sua utilização como argumento de autoridade é vedada. No caso da pronúncia, é proibida sua utilização como forma de persuadir o júri a concluir que, se o juiz pronunciou o réu, logo este é culpado.

RHC 120.598, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 3-8-2015*.

(*Informativo 779*, Segunda Turma)

¹ CPP: “Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;”

Art. 478, I, do CPP e leitura de sentença prolatada em desfavor de corréu

A leitura de sentença condenatória de corréu proferida em julgamento anterior não caracteriza argumento de autoridade (CPP, art. 478, I¹) e não gera a nulidade da sessão de julgamento pelo conselho de sentença.

! O art. 478, I, do CPP veda que as partes, nos debates, façam referência, como
 • argumento de autoridade para prejudicar ou beneficiar o acusado: (i) a decisões de pronúncia; (ii) a decisões posteriores, em que se tenha julgado admissível a acusação; e (iii) a determinações do uso de algemas.

A vedação legal, contudo, não se estende à leitura de sentença condenatória de corréu proferida em julgamento anterior.

Afinal, o art. 480, *caput*, do CPP² possibilita a leitura de peças processuais pelas partes, permitindo que a acusação, a defesa e os jurados, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, peçam ao orador que indique a folha dos autos em que se encontra a peça lida ou citada.

RHC 118.006, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 10-2-2015, acórdão publicado no DJE de 7-4-2015.

(*Informativo 774*, Primeira Turma)

- 1 “Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;”
- 2 “Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.”

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

COMPETÊNCIA

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Praça: aplicação de pena acessória de perda do cargo e tribunal competente

A imposição de pena acessória de perda do cargo aplicada a praças da polícia militar dispensa processo específico, ao contrário do que ocorre no caso de oficiais da corporação.

Do cotejo entre o § 4º do art. 125¹ e o art. 142, § 3º², ambos da Constituição Federal, extrai-se que há tratamento diferenciado da matéria na hipótese de condenação de praça ou oficial pela Justiça Militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos.

A referência à competência do tribunal (CF, art. 125, § 4º) remete, consideradas as praças, à Justiça Militar. Imposta pena que se enquadre no art. 102 do CPM, não é necessário processo específico para exclusão. Relativamente aos oficiais, a regência seria diversa (CF, art. 142, § 3º). Nesse sentido, a Constituição prevê que, somente quanto aos oficiais, há o pronunciamento em processo específico para chegar-se à perda do posto e da patente.

Reconheceu-se, assim, a constitucionalidade do art. 102 do CPM³, consentâneo com a concentração do exame da matéria, a dispensar, com base na Constituição, a abertura de um novo processo.

RE 447.859, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 21-5-2015, acórdão publicado no DJE de 20-8-2015.

(Informativo 786, Plenário)

- 1 “Art. 125. (...) § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”
- 2 “Art. 142. (...) § 3º (...) VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; VII – o oficial condenado na Justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;”
- 3 “Art. 102. A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas.”

Crime praticado por militar e competência

A mera condição da vítima e do agressor não tem a virtude de acionar a competência da Justiça Militar¹.

! O cometimento de delito por agente militar contra vítima militar somente desafia a competência da Justiça Castrense nos casos em que houver vínculo direto com o desempenho da atividade militar.

Portanto, a subtração – no interior da caserna, durante o serviço de guarda da organização militar² – do cartão magnético e da senha bancária da vítima pelo paciente, ambos militares, enseja a aplicação do art. 9º, II, *a*, do CPM³ e desperta a competência da Justiça Castrense para processar e julgar o crime de furto (CPM, art. 240⁴). HC 125.326, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 17-3-2015, acórdão publicado no *DJE de 21-5-2015*.

(*Informativo 778, Primeira Turma*)

- 1 HC 103.812, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 29-11-2011, *DJE de 17-2-2012*; HC 122.302, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 20-5-2014, *DJE de 5-6-2014*; e HC 121.778, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 6-5-2014, *DJE de 1º-7-2014*.
- 2 Considerou-se indiferente, para a configuração da competência da Justiça Militar, o fato de o saque ter sido realizado fora da organização militar. O que importa é o delito ter ocorrido no interior do quartel.
- 3 “Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz (...) II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;”
- 4 “Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, até seis anos.”

CORREIÇÃO PARCIAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Correção parcial e extinção da punibilidade

A correção parcial¹ não pode ser usada como substituta de ação rescisória².

! A correção de processos findos só é possível para verificar eventuais irregularidades ou falhas administrativas a serem corrigidas pela Justiça Militar.

Nesse sentido, não cabe usá-la, por representação de juiz-auditor corregedor, para rever decisão – coberta pelo manto da coisa julgada – extintiva de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ou executória estatal.

“A coisa julgada, seja formal ou material conforme o fundamento da decisão, impede que a inércia da parte, no caso, o MPM, seja suprida pelo órgão judiciário legitimado para proceder à correção parcial”³.

HC 112.530, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 30-6-2015, acórdão publicado no *DJE de 4-2-2016*.

(*Informativo 792, Segunda Turma*)

1 CPPM: “Casos de correção parcial: Art 498. O Superior Tribunal Militar poderá proceder à correção parcial: a) a requerimento das partes, para o fim de ser corrigido erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por juiz, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto neste Código; b) mediante representação do Ministro Corregedor-Geral, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo. (*Redação dada pela Lei n. 7.040, de 11-10-1982*) (Vide Resolução Senado Federal n. 27, de 1996).” E ainda: “No julgamento do MS 20.382, rel. min. Moreira Alves (*DJ de 9-11-1990*), o Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade, por vício formal, da *Lei 7.040/1982* e, por consequência, da alínea *b* do art. 498 do CPPM, dispositivo que também teve sua execução suspensa pela Resolução 27, de 7-5-1996, do Senado Federal. Não obstante, é importante registrar que normas semelhantes podem ser encontradas em dispositivos da *Lei 8.457/1992*, que, inclusive, é objeto de questionamento na ADI 4.153, de minha relatoria. Desse modo, essa específica questão constitucional será mais bem examinada por meio do controle abstrato, sobretudo se considerado que o acolhimento da tese defensiva, no caso, não demanda, necessariamente, juízo acerca da matéria.” (Trecho do voto do ministro Teori Zavascki, no presente julgamento.)

2 HC 74.581, rel. min. Nelson Jobim, P, j. 1º-4-1998, *DJ de 4-12-1998*.

3 HC 116.364, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE de 8-8-2013*.

PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Procedimento investigatório criminal e arquivamento

É ilegal ato de juiz-auditor militar que deixa de receber, distribuir e apreciar pedido de arquivamento de procedimento investigatório criminal instaurado por Procuradoria de Justiça Militar.

Essa conduta, ainda que baseada em portaria da própria auditoria, viola o art. 397 do CPPM¹, o qual versa sobre a possibilidade de submissão da decisão de arquivamento ao crivo do Poder Judiciário. Em observância ao princípio da legalidade, não subsiste portaria de teor contrário à norma contida no CPPM.

Diante de pedido de arquivamento, cabe ao juiz-auditor a adoção de duas possíveis condutas: anuir com o arquivamento proposto ou, discordando da fundamentação apresentada, remeter o processo ao procurador-geral.

A recusa em dar andamento ao pleito de trancamento consagra inaceitável abandono do controle jurisdicional a ser exercido no tocante ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Não se pode admitir que argumentos pragmáticos, como aqueles ligados ao volume de trabalho, afastem o devido processo legal.

RMS 28.428, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 8-9-2015, acórdão publicado no *DJE de 16-11-2015*.

(*Informativo 798, Primeira Turma*)

¹ “Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n. I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral. 1º Se o procurador-geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo. § 2º A mesma designação poderá fazer, avocando o processo, sempre que tiver conhecimento de que, existindo em determinado caso elementos para a ação penal, esta não foi promovida.”

Lei processual e retroação

Não se aplica a Lei 11.719/2008¹ ao interrogatório ocorrido em data anterior à sua publicação (20-6-2008).

! Em observância ao princípio do *tempus regit actum* (CPP, art. 2^o), a nova legislação não pode ser aplicada aos atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor.

Nesse sentido, ainda que o interrogatório do acusado tenha ocorrido antes da oitiva das testemunhas, não é possível cogitar de constrangimento ou ilegalidade porque realizado um ano antes da vigência da Lei 11.719/2008.

HC 123.228, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2015, acórdão publicado no DJE de 28-9-2015.

(Informativo 791, Plenário)

- 1 A lei em questão, entre outras modificações, alterou o rito da instrução criminal e estabeleceu o interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas. Sobre o tema, confira o CPP, art. 400: “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes”.
- 2 “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

RECURSOS

DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Ministério Público Militar e ausência de contrarrazões

Não implica nulidade a atuação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM) quando houver “renúncia expressa” do Ministério Público em contrarrazoar apelação da Defensoria Pública.

! O Ministério Público Militar, ao apresentar a “renúncia ao direito de contrarrazoar” em primeira instância, atua como parte. Por sua vez, a PGJM, órgão que oficia perante o Superior Tribunal Militar, ao se manifestar, atua como fiscal da lei.

Nesse sentido, a renúncia a contrarrazoar – levada a efeito pelo órgão do *Parquet* de primeira instância – não impede o órgão superior de se manifestar, tampouco gera nulidade.

Essa conclusão é especialmente válida se não houver a demonstração de efetivo prejuízo.

Conforme o art. 563 do CPP¹, a demonstração de prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela absoluta², seja relativa³. Não se declara “*nulidade por mera presunção*”⁴, portanto.

“Segundo o art. 501 do CPPM⁵, as nulidades somente podem ser arguidas pela parte a quem interesse. As contrarrazões ao recurso de apelação constituem ônus processual da parte recorrida, na medida em que é instrumento com aptidão de influir na tomada de decisão. O não exercício desse direito é opção exclusiva sua, podendo significar, inclusive, algum tipo de estratégia que não pode ser obstado pela recorrente.”⁶

HC 131.077, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-12-2015, acórdão publicado no *DJE de 1º-2-2016*.

(*Informativo 812, Segunda Turma*)

1 “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

2 HC 81.510, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 11-12-2001, *DJ de 12-4-2002*; e HC 74.671, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, j. 4-2-1997, *DJ de 11-4-1997*.

3 HC 74.356, rel. min. Octavio Gallotti, 1ª T, j. 10-12-1996, *DJ de 25-4-1997*; e HC 73.099, rel. min. Moreira Alves, 1ª T, j. 3-10-1995, *DJ de 17-5-1996*.

4 RHC 99.779, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 16-8-2011, *DJ de 13-9-2011*.

- 5 “Art. 501. Nenhuma das partes poderá arguir a nulidade a que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa.”
- 6 Trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Embargos infringentes e requisito de admissibilidade previsto em regimento interno

Os tribunais não têm competência para criar requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei (CF, art. 96, I, *a*), ainda que tenham poderes para instituir recursos internos e para disciplinar o procedimento dos que devam julgar.

! Assim como o legislador não pode interferir em matéria reservada ao regimento interno dos tribunais, a esses é vedado ir além de seus poderes normativos e dispor sobre matéria de competência privativa da União (CF, art. 22, I).

Os artigos 538 e 539 do CPPM não exigem, para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, número mínimo de votos vencidos.

Diante disso, é inconstitucional o art. 119, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, na redação dada pela Emenda Regimental 24¹, ao exigir no mínimo quatro votos divergentes minoritários para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade. A norma regimental, além de dispor sobre matéria de competência privativa da União, viola o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), por impor requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei.

Ademais, não cabe analogia com o art. 333, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), que exige no mínimo quatro votos vencidos para o cabimento dos embargos infringentes. Essa regra foi editada à época em que a Constituição de 1969, no art. 119, § 3º, *c*, outorgava poderes normativos ao STF para dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

HC 125.768, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 24-6-2015, acórdão publicado no *DJE* de 29-9-2015.

(*Informativo* 791, Plenário)

¹ Publicada no *DJE* de 10-6-2014.

DIRETTO SANITÁRIO

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

DIREITO SANITÁRIO

SUS e atendimento por diferença de classe

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

! Admitir que paciente internado pelo SUS tenha acesso a melhores condições de internação ou a médico de sua confiança mediante pagamento subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro.

Além disso, afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Viola, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana¹.

A implementação de um sistema de saúde equânime é missão do Estado, que deve buscá-la sempre que chamado a atuar. Dessa forma, deve haver esforços no sentido da promoção da igualdade de acesso, e não em sentido oposto, em clara ofensa à Constituição.

Os atendimentos realizados pela rede pública não devem se submeter à lógica do lucro, por não ser essa a finalidade do sistema. Ainda que os supostos custos extras corram por conta do interessado, a questão econômica ocupa papel secundário dentre os objetivos impostos ao ente estatal.

Há de se ressaltar que o SUS, conforme instituído pela Lei 8.080/1990, estabelece a prestação de serviços públicos de saúde e uma gama de ações de saúde, conforme o art. 200² da Constituição Federal. É regido pelos princípios da:

- a) universalidade, como garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da Federação;
- b) equidade, a assegurar que serviços de todos os níveis sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica, nas situações similares; e
- c) integralidade, reconhecendo cada indivíduo como um todo indivisível e integrante de uma comunidade.

Embora os serviços de saúde devam obedecer a esses princípios, estão limitados pelos elementos técnico-científicos e pela capacidade econômica do Estado.

Além disso, a Constituição não veda o atendimento personalizado de saúde, pois admite o sistema privado. Assim, não há se falar em ferimento ao direito à saúde, tampouco à autonomia profissional do médico.

De igual modo, a diferença de classes dentro do sistema não levaria a maior disponibilidade de vagas na enfermaria, porque há um limite de admissão de pessoas para cada estabelecimento. Assim, todo paciente, mesmo em acomodações superiores, é contabilizado dentro do mesmo sistema público.

Por fim, embora não se olvide que haja precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados ao tema em sentido contrário, destaque-se que os julgados dizem respeito a casos individuais, baseados na situação clínica de pacientes específicos, e grande parte deles se deu na fase de implementação do SUS. Portanto, são circunstâncias diversas da presente situação.

RE 581.488, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 3-12-2015, acórdão publicado no DJE de 8-4-2016.

(Informativo 810, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 Inteligência dos arts. 1º, III; 5º, I; e 196 da [Constituição Federal](#).
- 2 “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

DIREITO TRIBUTÁRIO

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

DIREITO TRIBUTÁRIO

PSV: imunidade tributária e imóvel alugado (Enunciado 52 da Súmula Vinculante)

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 52 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 724 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 107, julgamento em 18-6-2015, verbete publicado no *DJE de 5-8-2015*.

(*Informativo 790*, Plenário)

PRINCÍPIOS E GARANTIAS TRIBUTÁRIAS

DIREITO TRIBUTÁRIO

PSV: anterioridade tributária e alteração do prazo para recolhimento do tributo (Enunciado 50 da Súmula Vinculante)

“Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 50 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 669 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 97, julgamento em 17-6-2015, verbete publicado no *DJE de 5-8-2015*.

(*Informativo 790*, Plenário)

TRIBUTOS

DIREITO TRIBUTÁRIO

IR: aumento de alíquota e irretroatividade¹

É inconstitucional a aplicação retroativa de lei que majora a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que publicadas no mesmo ano-base, para pagamento do tributo com relação ao exercício seguinte.

! O fato gerador se consolida no momento em que ocorre cada operação de exportação incentivada pela redução da alíquota do imposto de renda, à luz da extrafiscalidade da tributação na espécie.

Nesse sentido, é inconstitucional, com os efeitos da repercussão geral, o art. 1º, I, da *Lei 7.988/1989*².

A majoração de alíquota de 6% para 18% – a qual se reflete na base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica incidente sobre o lucro das operações incentivadas no ano-base de 1989 – ofende os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

RE 592.396, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 3-12-2015, acórdão publicado no *DJE* de 28-3-2016.

(*Informativo 810*, Plenário, Repercussão Geral)

1 Sobre o tema: “IR de pessoa jurídica: fato gerador – Não é legítima a aplicação retroativa do art. 1º, I, da *Lei 7.988/1989*, que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo exercício. A legislação havia conferido tratamento fiscal destacado e mais favorável a operações incentivadas ocorridas no passado, justamente para incrementar a sua exportação, razão pela qual a função extrafiscal da tributação das referidas operações afasta a aplicação, quanto a elas, do Enunciado 584 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF). A União, por meio do *Decreto-Lei 2.413/1988*, reduziu a alíquota do imposto cobrada sobre a renda auferida de certos negócios e atividades, a fim de estimular as exportações, como forma de determinar o comportamento do agente econômico. Essas operações tiveram, portanto, tributação diferenciada das demais e foram tratadas como unidades contábeis distintas. Nessa situação, utilizou-se o imposto de renda em seu caráter extrafiscal. Entretanto, a União, em 28-12-1989, editou a *Lei 7.988/1989*, que, em seu art. 1º, I, elevou de 6% para 18% a alíquota do imposto de renda aplicável ao lucro decorrente daquelas exportações incentivadas, apurado no ano-base de 1989. Assim, uma vez alcançado o objetivo extrafiscal, não é possível modificar as regras de incentivo, sob pena de quebra do vínculo de confiança entre o poder público e a pessoa privada e de diminuição da própria eficácia de políticas de incentivo fiscal. No caso de o imposto de renda ser utilizado em caráter extrafiscal, a configuração do fato gerador se dá no momento da realização da operação, para, então, ser tributado com alíquota reduzida. Dessa forma, depois da realização do comportamento

estimulado, a [Lei 7.988/1989](#) apenas pode ter eficácia para novas possibilidades de comportamentos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei em matéria de extrafiscalidade. Ademais, o Enunciado 584 da Súmula do STF continua sendo adotado para fins de interpretação do fato gerador do imposto de renda, de modo a corroborar orientação no sentido de que, em razão de o fato gerador do imposto de renda ocorrer somente em 31 de dezembro, caso a lei seja editada antes dessa data, sua aplicação a fatos ocorridos no mesmo ano da edição não viola o princípio da irretroatividade. RE 183.130/PR, rel. orig. min. Carlos Velloso, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 25-9-2014, *DJE de 17-11-2014*. (*Informativo 760*, Plenário).” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Informativos STF 2014*: teses e fundamentos. Brasília, DF, 2015 – sem grifos no original.)

- 2 “Art. 1º A partir do exercício financeiro de 1990, correspondente ao período-base de 1989: I – passará a ser 18% (dezoito por cento) a alíquota aplicável ao lucro decorrente de exportações incentivadas, de que trata o art. 1º do [Decreto-Lei n. 2.413](#), de 10 de fevereiro de 1988.”

Correção monetária, demonstrações financeiras, imposto de renda e Lei 8.200/1991

É constitucional o art. 3º, I, da Lei 8.200/1991¹, que dispõe sobre a correção monetária das demonstrações financeiras para efeitos fiscais e societários.

! O dispositivo, posteriormente modificado pelo art. 11 da Lei 8.682/1993, não
 • representa ilegítima e disfarçada espécie de empréstimo, mas sim favor fiscal criado pelo legislador².

RE 201.512, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, julgamento em 5-11-2015, acórdão publicado no DJE de 11-4-2016.

(*Informativo 806*, Plenário)

1 “Art. 3º A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entra a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal: I – Poderá ser deduzida, na determinação do lucro real, em seis anos-calendário, a partir de 1993, à razão de 25% em 1993 e de 15% ao ano, de 1994 a 1998, quando se tratar de saldo devedor.”

2 RE 201.465, rel. min. Luiz Fux, P, j. 2-5-2002, DJ de 17-10-2003.

IPTU e progressividade

Declarada inconstitucional a progressividade de alíquota tributária do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)¹ no que se refere a fato gerador ocorrido em período anterior à Emenda Constitucional 29/2000, é devido o tributo calculado pela alíquota mínima² correspondente, de acordo com a destinação do imóvel e a legislação municipal de instituição do tributo em vigor à época.

! De acordo com a teoria da divisibilidade da lei, deve-se proferir apenas a inconstitucionalidade das partes viciadas da norma, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei.

Se a lei é inconstitucional apenas no tocante à progressividade das alíquotas, a solução adequada é manter a exigibilidade do tributo com redução da gravosidade ao patrimônio do contribuinte ao nível mínimo. Deve-se, portanto, adotar a alíquota mínima como mandamento da norma tributária.

Essa é a única solução possível para compatibilizar a competência tributária do ente federativo e a exação menos gravosa possível ao contribuinte.

Assim, é constitucional a cobrança de IPTU – em sua alíquota mínima –, referente a período anterior à Emenda Constitucional 29/2000, mesmo que a progressividade das alíquotas tenha sido declarada inconstitucional, em sede de representação de inconstitucionalidade em tribunal de justiça local.

Ademais, cabe destacar que a progressividade deve incidir sobre todas as espécies tributárias, à luz da capacidade contributiva do contribuinte.

Nesse sentido, igualmente se admitiu a progressividade de alíquota relativa ao Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e Direitos (ITCMD), imposto de caráter real e de competência tributária estadual, pois está em jogo a concretização constitucional da igualdade material tributária³.

RE 602.347, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 4-11-2015, acórdão publicado no DJE de 12-4-2016.

(*Informativo 806*, Plenário, Repercussão Geral)

1 Enunciado 668 da Súmula do STF: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

- 2 No caso, a inconstitucionalidade da progressividade de alíquotas não inviabiliza a cobrança do IPTU durante o lapso temporal anterior à reforma constitucional promovida pela [Emenda Constitucional 29/2000](#). Tal desfecho não incorre em inconstitucionalidade, pois o IPTU é cobrado de forma proporcional.
- 3 RE 562.045, rel. orig. min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, j. 6-2-2013, *DJE de 27-11-2013*.

ICMS: decreto regulamentar e ofensa ao princípio da legalidade tributária

Somente lei em sentido formal pode instituir o regime de recolhimento do ICMS por estimativa¹.

! O poder regulamentador do Executivo não é apto a instituir tal regime, pois
 • somente lei em sentido formal pode criar nova maneira de recolhimento do tributo.

Além disso, a *Lei Complementar 87/1996*² e ³ exige a edição de lei estadual que trate especificamente da nova sistemática de apuração. Inexistente esse diploma no Estado⁴, os decretos impugnados configuram excesso de poder regulamentar.

Posto isso, a autorização genérica conferida pela lei estadual, segundo a qual “o imposto é pago na forma e no prazo fixados pelo Poder Executivo”⁵, não serve de fundamento para os decretos que criam a nova modalidade de recolhimento.

A determinação de que o imposto devido seja antecipado, valendo-se de base de cálculo ficta, com posterior ajuste, ignora que apenas lei em sentido formal pode disciplinar forma e prazo de pagamento.

No caso, o Poder Executivo, mediante decreto, criou nova maneira de recolhimento do tributo, com respaldo em estimativas do mês anterior. Assim, extrapolou o poder regulamentar do qual é investido o governador do Estado⁶.

! Em virtude disso, são inconstitucionais os *Decretos 31.632/2002* e *35.219/2004*,
 • ambos do Estado do Rio de Janeiro, que dispõem sobre o pagamento do ICMS no âmbito do referido Estado-Membro. Os decretos impugnados, ao modificar o modo de apuração do ICMS, afrontaram o princípio constitucional da legalidade estrita.

Por fim, o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, embora o recurso extraordinário não tenha sido interposto sob

tal sistemática. Reafirmou-se a possibilidade de o Plenário, em sessão presencial, declará-la.

RE 632.265, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 18-6-2015, acórdão publicado no DJE de 5-10-2015.

(Informativo 790, Plenário, Repercussão Geral)

- 1 No caso, discutia-se a possibilidade de se disciplinar, mediante decreto, forma de recolhimento de tributo diferentemente do que foi previsto na *Lei Complementar 87/1996*.
- 2 “Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo.”
- 3 “Art. 26. Em substituição ao regime de apuração mencionado nos arts. 24 e 25, a lei estadual poderá estabelecer: (...) III – que, em função do porte ou da atividade do estabelecimento, o imposto seja pago em parcelas periódicas e calculado por estimativa, para um determinado período, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório. § 1º Na hipótese do inciso III, ao fim do período, será feito o ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva; caso contrário, a diferença será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes.”
- 4 Com efeito, apesar de o fato gerador do ICMS acontecer no momento da saída do estabelecimento, a circunstância de ser um imposto não cumulativo (CF, art. 155, § 2º, I) impede a cobrança após cada operação, salvo excepcionalmente, conforme estatuído na *Lei Complementar 87/1996*. Ocorre que, mesmo quando essa norma admite exceção à regra, pressupõe-se a edição de lei estadual específica, por configurar excepcionalidade.
- 5 *Lei fluminense 2.657/1996*: “Art. 39. O imposto é pago na forma e no prazo fixados pelo Poder Executivo.”
- 6 *Idem*.

PSV: cobrança de ICMS e desembaraço aduaneiro (Enunciado 48 da Súmula Vinculante)

“Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 48 da Súmula Vinculante. Assim, o conteúdo do Verbete 661 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 94, julgamento em 27-5-2015, verbete publicado no *DJE de 2-6-2015*.

(*Informativo 787*, Plenário)

PSV: imunidade tributária e instituições de assistência social

O entendimento do Plenário relativo ao alcance do art. 150, VI, c, da Constituição Federal¹ não está pacificado a ponto de tornar vinculante o Enunciado 730 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF).

! Diz o enunciado 730 da Súmula do STF que a “imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, c, da Constituição somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários”.

A divergência coloca-se sobre o alcance do dispositivo, uma vez que ele não distingue as entidades de assistência social, ou seja, se apenas seriam beneficiárias da imunidade: todas as entidades ou apenas aquelas que não contassem com a contribuição dos beneficiários.

Nesse sentido, o Enunciado 730 da Súmula do STF teve seu teor preservado, mas não foi convertido em súmula vinculante.

PSV 109, julgamento em 9-4-2015, verbete publicado no *DJE de 10-6-2015*.

(Informativo 780, Plenário)

¹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”

PSV: remuneração do serviço de iluminação pública (Enunciado 41 da Súmula Vinculante)

“O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

! Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 41 da Súmula Vinculante. Assim, o Verbete 670 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de mesma redação, tornou-se vinculante.

PSV 98, julgamento em 11-3-2015, verbete publicado no *DJE de 20-3-2015*.

(*Informativo 777*, Plenário)

Este livro foi concluído em 6 de maio de 2016.
Impressão: Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal