



INFORMATIVOS  
**STF 2017**  
TESES E FUNDAMENTOS

*Organizado por matérias*

INFORMATIVOS  
**STF 2017**  
TESES E FUNDAMENTOS

*Organizado por matérias*

Brasília, 2018



## Secretaria-Geral da Presidência

Maria Cristina Petcov

## Secretaria de Documentação

Ana Valéria de Oliveira Teixeira

## Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados

Andreia Fernandes de Siqueira

## Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

Juliana Viana Cardoso

**Redação:** Alessandra Correia Marreta, Andreia Fernandes de Siqueira, Anna Daniela de Araújo Martins dos Santos, Diego Oliveira de Andrade Soares, Fernando Carneiro Rosa Fortes, Gisele Landim de Souza, Janaína Nicolau Delgado, Jean Francisco Corrêa Minuzzi, João de Souza Nascimento Neto, Luiz Carlos Gomes de Freitas Junior, Maria Beatriz Moura de Sá, Ricardo Henriques Pontes, Tays Renata Lemos Nogueira e Tiago Batista Cardoso

**Produção gráfica e editorial:** Juliana Viana Cardoso, Renan de Moura Sousa e Rochelle Quito

**Revisão:** Amélia Lopes Dias de Araújo, Daniela Pires Cardoso, Juliana Silva Pereira de Souza, Lilian de Lima Falcão Braga, Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy e Patrício Coelho Noronha

**Capa:** Roberto Hara Watanabe

**Projeto gráfico:** Eduardo Franco Dias

**Diagramação:** Camila Penha Soares

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

---

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Informativos STF 2017 [recurso eletrônico] : teses e fundamentos / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2018.

485 p.

Organizado por matérias.

Modo de acesso: <<http://www.stf.jus.br/livroinformativos2017>>.

ISBN: 978-85-54223-02-1

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

CDDir-341.4191

---

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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

Ministro José Antonio **Dias Toffoli** (23-10-2009), 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 Enrique **Ricardo Lewandowski** (16-3-2006)

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

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

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

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

Ministro **Alexandre de Moraes** (22-3-2017)

## 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 e, notadamente, 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.

A obra que ora se apresenta baseia-se exclusivamente nos acórdãos publicados ao longo de 2017, tendo por referência casos que foram noticiados no *Informativo STF*. 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.

É bom ressaltar que o leitor pode acompanhar mensalmente este trabalho ao acessar o *Boletim de Acórdãos Publicados* disponível no site do Tribunal (Portal do STF/Jurisprudência/Boletim de Acórdãos Publicados).

### 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 jurisprudên-

cia do Tribunal. Já o livro *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**<sup>1</sup> dos acórdãos e abstraídas das notícias de julgamento; e

**II – Analisar 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 caminho 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**<sup>2</sup> e **resumo da fundamentação**<sup>2</sup>. Pretende-se, com esse padrão, que o destaque dado aos dispositivos dos acórdãos seja complementado por seus respectivos fundamentos.

A edição de 2017 passou por reformulação do projeto gráfico. Os **dados do processo em análise**<sup>2</sup> foram movidos para o cabeçalho de cada resumo e, com o objetivo de garantir acesso rápido ao conteúdo de teses fixadas, no fim da obra foi incluída uma lista de todas as teses contidas no livro, organizadas por ramo do Direito.

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.

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**<sup>2</sup>, 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 **doutrina**<sup>3</sup>.

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**<sup>2</sup> 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.

### **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 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](mailto: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 8.
- 3 Informações entre colchetes não constam do texto original.

Direito Constitucional	ACO 362
» Organização do Estado	DJE de 3-10-2017
» União	ACO 366
» Bens da União	DJE de 1º-10-2018
	rel. min. Marco Aurélio
	Plenário
	Informativo STF 873

**Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.**

Nos termos do art. 20, XI, da Constituição Federal, são bens da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Além disso, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas, o mesmo ocorrendo na Constituição de 1988, por meio de expressa disposição contida no art. 26, IV<sup>1</sup>.

Nesse sentido, definido pelas provas carreadas aos autos que as terras que passaram a compor parque indígena eram ocupadas historicamente por índios, não há falar em titularidade do Estado-membro, tampouco em eventual dever de a União indenizá-lo por suposta desapropriação indireta.

<sup>1</sup> “Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados (...) IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.”

## INFOGRÁFICO

### Direito Constitucional

- » Organização do Estado
- » União
- » Bens da União

#### Assunto

ACO 362

DJE de 3-10-2017

ACO 366

DJE de 1º-10-2018

rel. min. Marco Aurélio

Plenário

Informativo STF 873

[Dados do processo em análise](#)

**Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.**

[Tese jurídica extraída do julgado](#)

Nos termos do art. 20, XI, da Constituição Federal, são bens da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Além disso, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas, o mesmo ocorrendo na Constituição de 1988, por meio de expressa disposição contida no art. 26, IV<sup>1</sup>.

Nesse sentido, definido pelas provas carreadas aos autos que as terras que passaram a compor parque indígena eram ocupadas historicamente por índios, não há falar em titularidade do Estado-membro, tampouco em eventual dever de a União indenizá-lo por suposta desapropriação indireta.

[Resumo da fundamentação](#)

- <sup>1</sup> “Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: (...) IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.”

[Nota de fim](#)

## SUMÁRIO

Siglas e abreviaturas .....	10
Siglas de classes e incidentes processuais .....	11
Direito Administrativo .....	12
Direito Ambiental .....	66
Direito Civil .....	70
Direito Constitucional .....	81
Direito Eleitoral .....	235
Direito Empresarial .....	243
Direito Financeiro .....	257
Direito Internacional .....	260
Direito Penal .....	269
Direito Previdenciário .....	307
Direito Processual Civil .....	319
Direito Processual Penal .....	351
Direito Tributário .....	396
Índice de teses .....	427

## SIGLAS E ABREVIATURAS

ac.	acórdão
1ª T	Primeira Turma
2ª T	Segunda Turma
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Cofins	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
j.	juízo
LC	Lei Complementar
LOA	Lei Orçamentária Anual
Loman	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
P	Plenário
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PIS	Programa de Integração Social
red. p/ o ac.	redator para o acórdão
rel. min.	relator o ministro
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
T	Turma
TJ	Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal

## SIGLAS DE CLASSES E INCIDENTES PROCESSUAIS

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

DIRITTO

AMMINISTRATIVO

DIRITTO  
AMMINISTRATIVO

# ATOS ADMINISTRATIVOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

## Direito Administrativo

- » Atos administrativos
  - » Mérito administrativo
    - » Controle do mérito

ADI 4.013

rel. min. **Cármen Lúcia**

Plenário

DJE de 19-4-2017

Informativo STF 819

### **É vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito de ato administrativo.**

O mérito do ato administrativo trata de “matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade”<sup>1</sup>.

### **Aumento de vencimento legalmente concedido, com data predeterminada para início de eficácia, caracteriza aquisição de direito.**

Posta a norma que conferiu aumentos dos valores remuneratórios, não se há cogitar de expectativa, mas de direito que não mais poderia vir a ser reduzido pelo legislador. A diminuição dos valores legalmente estatuídos configura redução de vencimentos, em sistema constitucional no qual a irredutibilidade é a regra a ser obedecida<sup>2</sup>.

Assim, aumento salarial legalmente concedido – e já incorporado ao patrimônio dos servidores, tendo prazo inicial definido para sua eficácia financeira – recai no termo prefixo a que se refere o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que caracteriza a aquisição do direito e a proteção jurídica que lhe concede a Constituição da República.

1 RMS 23.543, rel. min. Ilmar Galvão, 1ª T, DJ de 13-10-2000.

2 RE 298.694, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, DJ de 23-4-2004.

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

- » Contratos administrativos
  - » Execução dos contratos
    - » Responsabilidade subsidiária da Administração – **Repercussão Geral**

**O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993<sup>1</sup>.**

A responsabilização do poder público não pode ocorrer de maneira genérica ou automática. A imputação da culpa *in vigilando* ou *in elegendo* à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização.

A alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido. A Administração Pública não pode responder pelas dívidas trabalhistas da contratada a partir de mera presunção. Só é admissível que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha da fiscalização do contrato.

A Lei 9.032/1995, ao reformar o art. 71 da Lei 8.666/1993, criou um § 2º<sup>2</sup>, dizendo, no § 1º, que não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. A Administração Pública já cumpre, no momento da licitação, a observância da aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada. A constitucionalidade desse § 1º, declarada na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16<sup>3</sup>, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços.

Com relação à responsabilidade fiscal, inserida no § 2º, há responsabilidade solidária da Administração. Ademais, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, no sentido de evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993.

- 1 “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995.)
- 2 “Art. 71. (...) § 2º A Administração responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.” (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995.)
- 3 ADC 16, rel. min. Cezar Peluso, P, *DJE* de 24-11-2010.

# CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITO ADMINISTRATIVO

## Direito Administrativo

- » Controle da Administração Pública
  - » Controle judicial
    - » Mandado de segurança – Repercussão Geral

RE 553.710

RG – Tema 394<sup>1</sup>

rel. min. Dias Toffoli

Plenário

DJE de 31-8-2017

Informativo STF 847

**Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei 10.559/2002<sup>2</sup>, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo.**

Ao tratar do regime do anistiado político, a Lei 10.559/2002, além de reconhecer a condição de anistiado político, também reconheceu ao beneficiado o direito a reparação econômica de caráter indenizatório, que pode ser paga em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada.

A existência de dotação legal é suficiente para que haja o cumprimento integral da portaria que reconheceu a condição de anistiado político, conforme o art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002.

Demonstrada, portanto, a existência de dotação orçamentária, decorrente de presumida legítima programação financeira pela União, não se visualiza afronta ao princípio da legalidade da despesa pública ou às regras constitucionais que impõem limitações às despesas de pessoal e concessões de vantagens e benefícios pessoais.

Dessa forma, o descumprimento da obrigação de pagamento, “de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública”<sup>3</sup>.

Além disso, ao Poder Judiciário não compete a análise de forma detalhada da execução orçamentária para concluir pela suficiência ou insuficiência de recursos para o pagamento das indenizações aos anistiados políticos. Esse exame cabe ao administrador, em momento anterior à publicação da portaria que declara a condição de anistiado político e assegura as reparações econômicas correspondentes.

**Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de sessenta dias.**

Havendo ação específica para pagamento das reparações econômicas a anistiados políticos civis, bem como destinação da verba em montante expressivo em lei, não se pode acolher a alegação de ausência de previsão orçamentária para atendimento da pretensão<sup>4</sup>.

Ademais, não há que se aplicar o regime jurídico do art. 100 da Constituição Federal se a Administração Pública reconhece, administrativamente, que o anistiado possui direito ao valor decorrente da concessão da anistia. A dívida da Fazenda Pública não foi reconhecida por meio de decisão do Poder Judiciário. A discussão cinge-se ao momento do pagamento. O direito líquido e certo do impetrante já foi reconhecido pela portaria específica que declarou sua condição de anistiado, sendo, então, fixado o valor que lhe era devido, de cunho indenizatório. O que se tem, na espécie, é uma obrigação de fazer por parte da União que está sendo descumprida.

Por fim, não se admite o argumento de que o pagamento dos valores levará a uma situação de exaustão orçamentária, pois a inexistência de recursos deve ser real, demonstrada de forma esclarecedora. A exaustão já deve estar presente, ou seja, a indisponibilidade de caixa deve ser situação atual e não mera possibilidade futura.

<sup>4</sup> “Fixada a seguinte tese de repercussão geral, dividida em três pontos: 1) Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei 10.559/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias; 3) na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.”

- 2 “Art. 12. Fica criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão de Anistia, com a finalidade de examinar os requerimentos referidos no art. 10 desta Lei e assessorar o respectivo Ministro de Estado em suas decisões. (...) § 4º As requisições e decisões proferidas pelo Ministro de Estado da Justiça nos processos de anistia política serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de sessenta dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam dirigidas, ressalvada a disponibilidade orçamentária. (...) Art. 18. Caberá ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão efetuar, com referência às anistias concedidas a civis, mediante comunicação do Ministério da Justiça, no prazo de sessenta dias a contar dessa comunicação, o pagamento das reparações econômicas, desde que atendida a ressalva do § 4º do art. 12 desta Lei.”
- 3 RMS 26.899, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 6-8-2010.
- 4 RMS 27.094, rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 2-8-2010.

- » Controle da Administração Pública
  - » Controle judicial
    - » Mandado de segurança

**A instauração de processo específico de anulação de anistia caracteriza ato impugnável, capaz de, por si só, viabilizar impugnação pela via mandamental.**

O tema relacionado à revisão das anistias deferidas a militares afastados por motivos políticos pode ser delimitado em, pelo menos, duas fases: a) publicação de portaria<sup>1</sup>, por meio da qual se determina a realização de amplo procedimento de revisão das portarias declaratórias da condição de anistiado político<sup>2</sup>; b) instauração de processos individuais de reanálise dos atos de anistia, etapa inaugurada por despacho do ministro da Justiça, no sentido da revisão, de ofício, das concessões de anistia, autorizada a abertura de processo de anulação de portaria declaratória da condição de anistiado político.

A mera instauração de processo geral de revisão de anistias, estágio inicial do procedimento de autotutela administrativa, não caracteriza ato lesivo a direito capaz de, por si só, viabilizar a impugnação pela via mandamental<sup>3</sup>. No entanto, as balizas são outras quando, ultrapassada a primeira fase procedimental, estrita a estudos preliminares sobre os atos concessivos de anistia, a Administração instaura processo tendente à anulação de portaria de anistia individualizada.

Nessa hipótese, a atuação estatal mostra-se ameaça real, objetiva e iminente à situação jurídica do anistiado. Assim, a cláusula constitucional de acesso ao Judiciário, porquanto assegura ao cidadão tutela contra lesão ou ameaça de lesão a direito, direciona à adequação do mandado de segurança, a fim de assegurar direito líquido e certo do impetrante.

Por fim, em ambas as fases, a ótica central sustentada pelos anistiados é a configuração da decadência da possibilidade de o poder público rever e anular os atos anistiadores. Nesse ponto, caberá à Administração demonstrar, junto ao Superior Tribunal de Justiça, a não ocorrência, presente o fato de a norma veiculada na parte final do art. 54 da Lei 9.784/1999<sup>4</sup> constituir exceção à regra que favorece o beneficiário do ato administrativo.

- 1 Portaria Interministerial 134/2011 do ministro de Estado da Justiça e do advogado-geral da União.
- 2 Editadas em decorrência dos afastamentos motivados pela Portaria 1.104-GM3/1964, da Força Aérea Brasileira.
- 3 Precedentes: RMS 30.973, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 29-3-2012; e RMS 30.993, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJE* de 4-5-2012.
- 4 “Art. 54. 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.”

# INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

DIREITO ADMINISTRATIVO

- » Intervenção do Estado na propriedade
  - » Expropriação
    - » Demonstração de culpa – Repercussão Geral

**A expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*.**

O instituto previsto no art. 243 da CF não se traduz em verdadeira espécie de desapropriação, mas em penalidade ou confisco imposto ao proprietário que praticou a atividade ilícita de cultivar plantas psicotrópicas sem autorização prévia do órgão sanitário do Ministério da Saúde<sup>2</sup>.

A nova redação, dada pela Emenda Constitucional 81/2014, além de incluir a exploração de trabalho escravo como nova hipótese de cabimento do confisco, suprimiu a previsão de que a expropriação seria imediata e inseriu a observância dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF, no que couber.

Ademais, a Constituição Federal em nenhum momento menciona a participação do proprietário no cultivo ilícito para ensejar a sanção. Porém, não se pode negar que a medida é sancionatória, exigindo-se algum grau de culpa para sua caracterização.

A nova redação do art. 243 da CF aclarou a necessidade de observância de nexo mínimo de imputação da atividade ilícita ao atingido pela sanção. A responsabilidade do proprietário, embora subjetiva, é bastante próxima da objetiva.

Se o proprietário agiu com culpa, mesmo não tendo participado diretamente, deverá ser expropriado. A função social da propriedade gera para o proprietário o dever de zelar pelo uso lícito do seu imóvel, ainda que não esteja na posse direta.

Porém, esse dever não é ilimitado. Somente se pode exigir do proprietário que evite o ilícito quando isso estiver razoavelmente ao seu alcance. O proprietário pode, portanto, afastar sua responsabilidade, demonstrando que não incorreu em culpa. Pode provar que foi esbulhado, ou até enganado por possuidor ou detentor.

Por fim, em caso de condomínio, havendo boa-fé de apenas alguns dos proprietários, a sanção deve ser aplicada. Restará ao proprietário inocente buscar reparação dos demais.

1 “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

2 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202.

# ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- » Organização da Administração Pública
- » Administração Indireta
- » Sociedades de economia mista

**É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial<sup>1</sup>.**

Ao atuar nessas condições, a sociedade de economia mista “presta serviço público primário e em regime de exclusividade, o qual corresponde à própria atuação do Estado, haja vista não visar à obtenção de lucro e deter capital social majoritariamente estatal”<sup>2</sup>.

Permitir ordens de bloqueio, penhora e liberação de valores da conta única do Estado de forma indiscriminada, fundadas em direitos subjetivos individuais, poderia significar retardo ou descontinuidade de políticas públicas ou, ainda, desvio da forma legalmente prevista para a utilização de recursos públicos<sup>3</sup>.

Por consequência, o uso indiscriminado desses procedimentos, além de desvirtuar a vontade do legislador estadual e violar os princípios constitucionais da atividade financeira estatal, em especial o da legalidade orçamentária (CF, art. 167, IV<sup>4</sup>), constituiria interferência indevida, em ofensa aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (CF, art. 2<sup>o</sup><sup>5</sup>).

1 Precedentes: RE 225.011, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, DJ de 19-12-2002; RE 393.032 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, DJE de 18-12-2009; e RE 852.527 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, DJE de 13-2-2015.

2 RE 852.302 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, DJE de 26-2-2016.

3 ADPF 114 MC, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ de 27-6-2007.

4 “Art. 167. São vedados: (...) IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, res-

pectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;”

- 5 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

## Direito Administrativo

- » Organização da Administração Pública
  - » Administração Indireta
    - » Autarquias – Repercussão Geral

RE 938.837
RG – Tema 877
red. p/ o ac. min. Marco Aurélio
Plenário
DJE de 25-9-2017
Informativo STF 861

### **Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos conselhos de fiscalização não se submetem ao regime de precatórios.**

O art. 100 da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, que cuida do sistema de precatórios, diz respeito a pagamentos a serem feitos não pelos conselhos, mas pelas Fazendas Públicas.

Os conselhos de fiscalização profissionais são autarquias especiais, possuem personalidade jurídica de direito público e estão submetidos às regras constitucionais, tais como a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e a submissão ao sistema de concurso público para arregimentação de pessoal.

Entretanto, esses conselhos não estão submetidos ao Capítulo II do Título VI da CF – que versa sobre finanças públicas (arts. 163 a 169) –, não são órgãos dotados de orçamentos e tampouco recebem aportes do Poder Central, que é a União.

Nesse sentido, se não é possível incluir os conselhos no grande todo representado pela Fazenda Pública, não é possível aplicar a eles o art. 100 da CF. Por conseguinte, o débito de conselho fiscalizador profissional não é executável como débito da Fazenda.

<sup>1</sup> “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.”

# PROCESSO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

## Direito Administrativo

- » Processo administrativo
  - » Comunicação dos atos
    - » Ciência do interessado

RMS 32.487

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 21-11-2017

Informativo STF 884

**O termo inicial para a formalização de mandado de segurança pressupõe a ciência do impetrante, quando o ato impugnado surgir no âmbito de processo administrativo do qual seja parte.**

No tocante aos parâmetros do ato de notificação, a Administração deve seguir o disposto nos arts. 3º<sup>1</sup> e 26<sup>2</sup> da Lei 9.784/1999. Tais dispositivos asseguram ao interessado tomar ciência da tramitação dos processos administrativos, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas, incumbindo ao órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinar a intimação do interessado para o conhecimento da decisão ou a efetivação de diligências.

Ante o quadro normativo, mostra-se despidienciada a circunstância de o ato impugnado ter sido publicado no Diário Oficial. Para que haja o curso do prazo de decadência, é indispensável não apenas o que se poderia tomar como intimação ficta, mas contar-se com a ciência inequívoca do titular do direito substancial em jogo.

**Instruído o processo com documentos suficientes ao exame da pretensão veiculada na petição inicial, descabe suscitar a inadequação da via mandamental.**

Inexiste óbice ao processamento do mandado de segurança quando o exame da pretensão não pressupõe produção de provas, a impetração não é utilizada como substitutiva de ação específica e os documentos trazidos ao processo revelam a existência de ato impugnável passível de análise.

<sup>1</sup> Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I – ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos

autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.”

- 2 “Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: I – identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II – finalidade da intimação; III – data, hora e local em que deve comparecer; IV – se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V – informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI – indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes. § 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento. § 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado. § 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial. § 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.”

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

DIREITO ADMINISTRATIVO

## Direito Administrativo

- » Responsabilidade civil do Estado
  - » Responsabilidade objetiva
    - » Estabelecimentos penitenciários –  
Repercussão Geral

RE 580.252

RG – Tema 365

red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**

Plenário

DJE de 11-9-2017

Informativo STF 854

**Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.**

A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional – CF<sup>2</sup>, Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura), Lei 12.847/2013 (Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura) –, mas também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; Convenção Americana de Direitos Humanos; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (Resolução 1/2008 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos); Convenção da ONU Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros.

O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ações e omissões dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da CF. Tal norma é autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização.

Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do art. 100 da CF.

O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, sendo seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões

de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. A responsabilidade estatal será objetiva, no que concerne à integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia<sup>3</sup>.

As violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências essas de atribuição legislativa e administrativa. Bem como não é possível invocar subterfúgios teóricos – tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos – para se afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições de carceragem no Brasil.

- 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. 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: (...) e) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”
- 3 Precedentes: ARE 662.563 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 2-4-2012; RE 466.322 AgR, rel. min. Eros Grau, 2ª T, DJE de 27-4-2007; e RE 272.839, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJ de 8-4-2005.

# SERVIDORES PÚBLICOS

DIREITO ADMINISTRATIVO

- » Servidores públicos
- » Concurso público
- » Regramento jurídico

**É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.**

Esses critérios, prescritos na Lei 12.990/2014<sup>1</sup>, estão em consonância com o ordenamento constitucional, que rejeita todas as formas de preconceito e discriminação e impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate ao racismo e na redução das desigualdades sociais (CF, arts. 3º, III<sup>2</sup>, e 5º, *caput* e XLII<sup>3</sup>).

A desequiparação promovida por essa política de ação afirmativa condiz com o princípio da isonomia e se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira. Além disso, a lei visa garantir a igualdade material entre os cidadãos por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. Dessa forma, a medida favoreceria a obtenção de postos de prestígio por um grupo historicamente alijado na distribuição de recursos e poder na sociedade, a superação dos estereótipos raciais, o aumento de autoestima da população negra, a redução dos preconceitos e da discriminação, a valorização do pluralismo e a promoção da diversidade na Administração Pública.

Nesse contexto, inexistente violação ao princípio do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não isenta os beneficiários da aprovação no certame para que sejam considerados aptos a exercer, de forma adequada e eficiente, um cargo público. Assim, mantém-se a livre concorrência no acesso ao serviço público, com igualdade de oportunidades para todos os candidatos, e a impessoalidade no processo seletivo.

A incorporação da raça como critério de seleção potencializa o princípio da eficiência ao criar um serviço público representativo, capaz de garantir que as opiniões e os interesses de toda a população sejam considerados nas decisões estatais, além de refletir a realidade da população brasileira.

A existência de uma política de cotas para ingresso de negros em universidades públicas não afeta a reserva de cargos disponíveis nos concursos públicos, tampouco gera vantagem dupla para seus beneficiários. Isso porque nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior e não necessariamente o beneficiário da ação afirmativa no serviço público utilizou-se de cotas para acesso à educação superior. Ademais, outros fatores impedem os negros de competir igualmente nos concursos públicos, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios, para dedicar-se exclusivamente ao estudo, além da persistência de preconceitos.

A medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: é adequada para a promoção do objetivo a que se destina; é necessária, pois não há medida alternativa menos gravosa e igualmente idônea à promoção dos objetivos da Lei 12.990/2014; e é proporcional em sentido estrito, pois o percentual de reserva de 20% das vagas para negros é razoável, visto que uma parcela relevante das vagas ainda continuará destinada à livre concorrência, tendo a lei previsto que a reserva somente será aplicada quando o número de vagas em disputa for igual ou superior a três<sup>4</sup>. Além disso, a política instituída possui caráter transitório (dez anos), institui modelo de monitoramento anual dos resultados e emprega métodos de identificação do componente étnico-racial compatíveis com o princípio da dignidade humana.

Nesse cenário, é legítima a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação como mecanismos de controle de fraudes e de combate a abusos na autodeclaração, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. Seriam aplicáveis, portanto, a autodeclaração presencial perante a comissão do concurso, a exigência de fotos e a formação de comissões com composição plural para entrevista dos candidatos.

Com o objetivo de garantir a efetividade dessa política de ação afirmativa, a Administração Pública deverá aplicar os percentuais de reserva para todas as fases e vagas oferecidas nos concursos (não apenas para as previstas no edital de abertura). Os cargos disponíveis não poderão ser fracionados de acordo com a especialização exigida com o intuito de burlar a ação afirmativa, que só se aplica quando houver mais de duas vagas. Por fim, a ordem classificatória obtida a partir dos critérios de alternância

e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deverá produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas, influenciando promoções e remoções.

- 1 “Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”
- 2 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”
- 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: (...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”
- 4 Lei 12.990/2014: “Art. 1º (...) § 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).”

- » Servidores públicos
- » Concurso público
- » Regramento jurídico – Repercussão Geral

**Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.**

É inconstitucional a restrição elencada em edital de concurso para ocupação de cargo, emprego ou para o desempenho de função pública, sem expressa previsão legal<sup>1</sup>, em observância ao princípio da legalidade e em conformidade com o art. 37, I, da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>.

O legislador não pode escudar-se em pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, dos melhores candidatos. Por sua vez, os requisitos e impedimentos previstos em lei para o exercício de função pública devem ser compatíveis com a natureza e as atribuições das atividades a serem desempenhadas<sup>3</sup>. Assim, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, que violem o princípio da proporcionalidade ou sejam impróprias para o exercício da função pública, são inconstitucionais.

É certo que as tatuagens perderam, há algum tempo, o estigma de caráter marginal. Atualmente, são vistas como obra artística e alcançam os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais variadas idades. Considerando que é direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, o Estado não pode desestimular a inserção voluntária de tatuagens no corpo, pois estaria se opondo à livre manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 5º, IV<sup>4</sup> e IX<sup>5</sup>).

Incumbe ao Estado estimular o livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias, indispensável para a formação da opinião pública, e assegurar que minorias possam se manifestar livremente no meio social, o que inclui a não intromissão e o respeito ao direito de escolha. Por sua vez, a Administração Pública deve exercer a discricionariedade entrincheirada não apenas pela avaliação unilateral a respeito da

conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em ambiente de perene diálogo com a sociedade.

Ademais, com base nos princípios da liberdade e da igualdade, não há justificativa para que a Administração Pública e a sociedade visualizem, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade, inidoneidade ou inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público. Portanto, o Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o simples fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não. Afinal, isso não macula, por si, a honra pessoal, o profissionalismo e o respeito às instituições, tampouco lhe diminui a competência.

No ordenamento jurídico pátrio, vale destacar a existência de diversas leis sobre o tema no âmbito das Forças Armadas, direcionadas especificamente para a Marinha<sup>6</sup>, a Aeronáutica<sup>7</sup> e o Exército<sup>8</sup> e que proíbem, apenas, tatuagens ofensivas a determinados valores institucionais ou que representem ofensa à ordem pública. Quanto à lei específica do Exército, Lei 12.705/2012, nota-se a existência de veto da Presidência da República ao critério proposto de restrição ao ingresso de candidatos portadores de tatuagens que, “pelas suas dimensões ou natureza, prejudiquem a camuflagem e comprometam as operações militares” (art. 2º, VIII, *b*). A justificativa para o veto amparou-se na hodierna orientação de que o *discrímén* só se explica quando acompanhado de parâmetros razoáveis ou de critérios consistentes para sua aplicação.

Nesse contexto, cláusula editalícia que prevê impedimento à participação de candidato em concurso público em análise meramente estética, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse seu afastamento do certame, mercê de não possuir fundamento de validade em lei, revela-se preconceituosa, discriminatória e desprovida de razoabilidade. Além de não encontrar amparo na realidade, essa restrição afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado no art. 3º, IV, da CF<sup>9</sup>, o que impede que as tatuagens sejam inseridas no rol dos critérios para o reconhecimento de uma inaptidão.

Eventual restrição só se justifica excepcionalmente, caso seja necessária à finalidade de que ela pretende alcançar e à natureza do cargo público. Destarte, a tatuagem que viole valores institucionais ou constitucionais, ofenda a dignidade humana (como as de incentivo ao ódio), represente obscenidades, expresse ideologias terroristas, extremistas e contrárias às instituições democráticas, incite a violência, a ameaça e a criminalidade, ou incentive a discriminação ou preconceitos de raça e sexo, ou qual-

quer outra força de intolerância, é incompatível com o exercício de qualquer cargo público.

- 1 Precedentes: RE 593.198 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 1º-10-2013; ARE 715.061 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJE* de 19-6-2013; RE 558.833 AgR, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, *DJE* de 25-9-2009; RE 398.567 AgR, rel. min. Eros Grau, 1ª T, *DJ* de 24-3-2006; e MS 20.973, rel. min. Paulo Brossard, P, *DJ* de 24-4-1992.
- 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: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.”
- 3 Precedente: ARE 678.112 RG, rel. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 17-5-2013.
- 4 “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: (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”
- 5 “Art. 5º (...) IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”
- 6 Lei 11.279/2006: “Art. 11-A. (...) XII – não apresentar tatuagem que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando da Marinha, faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas.”
- 7 Lei 12.464/2011: “Art. 20. (...) XVII – não apresentar tatuagem no corpo com símbolo ou inscrição que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das Forças Armadas que faça alusão a: a) ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas ou que pregue a violência ou a criminalidade; b) discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem; c) ideia ou ato libidinoso; e d) ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas ou à sociedade.”
- 8 Lei 12.705/2012: “Art. 2º (...) VIII – não apresentar tatuagens que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando do Exército: a) faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas;”
- 9 “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.”

- » Servidores públicos
- » Direitos e deveres
- » Direito de greve – Repercussão Geral

**A Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do poder público.**

No julgamento dos MI 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, até a edição da lei regulamentadora do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal<sup>1</sup>, as Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 poderiam ser aplicadas provisoriamente para possibilitar o exercício desse direito pelos servidores públicos, em especial os arts. 1<sup>o</sup><sup>2</sup> ao 9<sup>o</sup><sup>3</sup>, 14<sup>4</sup>, 15<sup>5</sup> e 17<sup>6</sup> da Lei 7.783/1989.

Entretanto, esse direito não é absoluto. Conquanto a paralisação seja possível, porque é um direito constitucional, ela tem consequências. O STF já assentou o entendimento de que o desconto dos dias de paralisação é ônus inerente à greve, assim como a paralisação parcial dos serviços públicos imposta à sociedade é consequência natural do movimento.

A aplicação do art. 7<sup>o</sup> da Lei 7.783/1989<sup>7</sup> induz ao entendimento de que, em princípio, a deflagração de greve corresponde à suspensão do contrato de trabalho, na qual não há falar em prestação de serviços, tampouco em pagamento de sua contra-prestação.

Os grevistas assumem os riscos da empregada, pois, do contrário, estar-se-ia diante de caso de enriquecimento sem causa, a violar, inclusive, o princípio da indisponibilidade dos bens e do interesse público.

Cabe esclarecer que a ausência de regulamentação do direito de greve não transforma os dias de paralisação do movimento grevista em faltas injustificadas, razão pela qual esse desconto não tem o efeito disciplinar punitivo.<sup>8, 9 e 10</sup>

Por fim, o desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou por outras situações excepcio-

nais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, tais como aquelas em que o ente da Administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos.

- 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: (...) VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”
- 2 “Art. 1º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.”
- 3 “Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.”
- 4 “Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II – seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisível que modifique substancialmente a relação de trabalho.”
- 5 “Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal. Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.”
- 6 “Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (*lockout*). Parágrafo único. A prática referida no *caput* assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.”
- 7 “Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.”

- 8 ADI 3.235, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 12-3-2010.
- 9 RE 226.966, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 21-8-2009.
- 10 RE 222.532, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, *DJ* de 1º-9-2000.

- » Servidores públicos
- » Regime jurídico
- » Jornada de trabalho

**A jornada de trabalho dos ocupantes de cargos públicos do Poder Judiciário federal das áreas de medicina e odontologia é, respectivamente, de quatro (vinte horas semanais) e seis (trinta horas semanais) horas diárias.**

A Lei 11.416/2006 é silente a respeito da jornada de trabalho dos servidores do Poder Judiciário. Porém, existindo legislação específica que discipline a jornada de médicos e odontólogos, ocupantes de cargos públicos, aplica-se a norma de caráter especial em detrimento da regra geral inserta no *caput* do art. 19 da Lei 8.112/1990<sup>1</sup>.

Nos termos da Lei 12.702/2012 e do Decreto-Lei 2.140/1984, a jornada de trabalho dos servidores das áreas de medicina e odontologia é, respectivamente, de vinte horas semanais (no caso dos médicos) e trinta horas semanais (para os odontólogos).

As leis acima mencionadas não contemplam servidores analistas judiciários – especialidades medicina ou odontologia – ocupantes de cargo em comissão e função comissionada. Neste caso, terão que cumprir a jornada integral de trabalho.

<sup>1</sup> “Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.”

## Direito Administrativo

- » Servidores públicos
  - » Regime próprio de previdência social
    - » Aposentadoria compulsória – Repercussão Geral

RE 786.540

RG – Tema 763

rel. min. **Dias Toffoli**

Plenário

DJE de 15-12-2017

Informativo STF 851

**Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão.**

O referido dispositivo apresenta um nítido recorte: o regramento previdenciário nele previsto aplica-se, via de regra, aos servidores efetivos<sup>2</sup>, os quais, embora tão servidores públicos quanto os comissionados<sup>3</sup>, com eles não se confundem. Tivesse o dispositivo em questão o intuito de referir-se aos servidores genericamente considerados, não traria na letra da norma delimitação expressa.

A lógica que rege as nomeações para cargos comissionados é distinta daquela que rege as nomeações para os efetivos. Os últimos ingressam no serviço público mediante concurso. Há, ademais, o adicional de possuírem estabilidade e tenderem a manter com o Estado um longo e sólido vínculo, o que torna admissível a expulsória como forma de oxigenação e renovação. Os primeiros, por sua vez, adentram a estrutura estatal para o desempenho de cargos de chefia, direção ou assessoramento, pressupondo-se, como substrato de sua designação, a existência de uma relação de confiança pessoal e de especialidade incomum. O comissionado adentra o serviço público, entre outros motivos, para agregar a esse último uma habilidade não facilmente encontrada, uma formação técnica especializada. Exerce, ao menos na teoria, atribuições diferenciadas, tanto do ponto de vista da rotina e das responsabilidades no local de trabalho como da própria atividade intelectual. Sendo esse o fundamento da nomeação, não há razão para submeter o indivíduo à compulsória quando, além de persistirem a relação de confiança e a especialização técnica e intelectual, o servidor é exonerável a qualquer momento, independentemente, inclusive, de motivação.

Por sua vez, o art. 40, § 13, da CF<sup>4</sup>, ao determinar a aplicação do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), evidencia o tratamento dissonante a ser conferido aos

ocupantes de cargo em comissão. Dessa previsão constitucional decorre que a passagem para a inatividade observará o art. 201 da CF<sup>5</sup> e a Lei 8.213/1990, que arrolam as seguintes espécies de aposentadoria: por invalidez, por idade, por tempo de serviço e especial. Portanto, inexistente, para os indivíduos vinculados ao RGPS, qualquer previsão de compulsoriedade de aposentação, a qual será sempre facultativa.

Além disso, cabe destacar que, se não há idade limite para a inativação e se a legislação de regência não cuidou do tema, também não há idade limite para o ingresso em cargo comissionado. Os motivos que justificam a não incidência da norma do art. 40, § 1º, II, da CF amparam também a impossibilidade de se proibir que o maior de 75 anos seja nomeado para o exercício de cargo de confiança na Administração Pública. Enquanto não houver alteração constitucional ou edição de lei estabelecendo idade máxima – justificada sempre pela natureza das atribuições do cargo –, não há falar em observância do marco de 75 anos de idade ou de qualquer outro para fins de escolha e designação para a espécie de função em comento.

**Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional, inexistente óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para outro cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração.**

Nessas situações, verifica-se a coexistência de vínculo funcional efetivo e de cargo em comissão sem vínculo efetivo, para o que não se vislumbra vedação, inclusive sob o ponto de vista previdenciário.

O servidor efetivo aposentado compulsoriamente, embora mantenha esse vínculo com a Administração mesmo após sua passagem para a inatividade, ao tomar posse em função de provimento em comissão, inaugura, com essa última, uma segunda e nova relação, agora relativa ao cargo comissionado. Não se trata de forma irregular de continuidade do vínculo efetivo, uma vez que comissionados e efetivos são espécies díspares do gênero servidor público.

<sup>1</sup> “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. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;”

- 2 Os cargos de provimento efetivo são aqueles “destinados ao provimento em caráter definitivo. A permanência é que identifica a forma de ocupação. ‘É o cargo ocupado por alguém sem transitividade ou adequado a uma ocupação permanente’, no preciso dizer de Diógenes Gasparini. Eles devem ser exercidos, obrigatoriamente, por funcionários concursados e de forma permanente, ressalvada a titularidade provisória do funcionário ainda em período probatório”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48.)
- 3 Os cargos de provimento em comissão, por sua vez, consubstanciam aqueles “destinados a livre provimento e exoneração. O sentido literal de ‘comissão’ pode ser expresso como um encargo ou incumbência temporária oferecida pelo comitente. Nesse mesmo sentido, o cargo em comissão pode ser cargo isolado ou permanente, criado por lei, de ocupação transitória e livremente preenchido pelo chefe do Executivo, segundo seu exclusivo critério de confiança. Transitória, portanto, é a permanência do servidor escolhido, não o cargo, que é criado por lei”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 38.)
- 4 “Art. 40. (...) § 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.”
- 5 “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: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

- » Servidores públicos
  - » Regime próprio de previdência social
    - » Aposentadoria

**O cômputo do tempo de serviço como aluno-aprendiz exige a demonstração da efetiva execução do ofício para o qual recebia instrução, mediante encomendas de terceiros.**

A exigência consta da Lei 3.552/1959 e do Enunciado Sumular 96<sup>1</sup> do Tribunal de Contas da União. O elemento essencial à caracterização do tempo de serviço como aluno-aprendiz não seria a percepção de vantagem direta ou indireta, mas a efetiva execução do ofício para o qual recebia instrução, mediante encomendas de terceiros. Como consequência, a declaração emitida por instituição de ensino profissionalizante somente serviria a comprovar o período de trabalho caso registrasse expressamente a participação do educando nas atividades laborativas desenvolvidas para atender aos pedidos feitos às escolas.

Da certidão lavrada pelo centro de ensino, deve constar a declaração da frequência em curso técnico profissionalizante por certo período e referência à participação na produção de quaisquer bens ou serviços solicitados por terceiros. É indispensável a demonstração de retribuição pecuniária à conta do orçamento, salvo casos em que haja situação já consolidada em entendimento anterior<sup>2</sup>.

A ausência de prova do desempenho concreto de atividades como aluno-aprendiz justifica a glosa da aposentadoria pelo Tribunal de Contas<sup>3</sup>.

1 “Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.”

2 MS 21.185, rel. min. Cármen Lúcia, P, DJE de 12-2-2010.

3 MS 32.859, rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJE de 23-5-2014.

- » Servidores públicos
  - » Regime próprio de previdência social
    - » Abono de permanência

**A ocupação de novo cargo da magistratura dentro da estrutura do Poder Judiciário, pelo titular do abono de permanência, não implica a cessação do benefício.**

“(…) a jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo senão por metáforas e metonímias, ‘Judiciários estaduais’ ao lado de um ‘Judiciário federal’. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equivocada denominação, em Justiças, é só resultado da repartição nacional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais.”<sup>1</sup> Essa linha de raciocínio direciona a concessão do abono de permanência na magistratura, conforme estabelece o art. 40, § 19, da Constituição Federal (CF) de 1988 (incluído pela Emenda Constitucional 41/2003)<sup>2</sup>.

A interpretação do preceito constitucional que rege a concessão do abono não dispensa esse elemento informador, indicativo da ocupação de novo cargo na magistratura, também contido na estrutura do Poder Judiciário. Assim, o respectivo deslocamento não pode resultar em prejuízo para o beneficiado, valendo notar a natureza do abono – incentivo à permanência em atividade por aqueles que já preencheram as condições para a aposentadoria<sup>3</sup> previstas no art. 40, § 1º, III, da CF<sup>4</sup>.

1 ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, P, DJ de 13-7-2006.

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. (...) § 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, *a*, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.”

3 MS 33.456, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, *DJE* de 17-4-2017.

4 “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. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

**Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.**

A regra do teto constitucional expressa duplo objetivo. De um lado, há nítido intuito ético, de modo a impedir a consolidação de “supersalários”, incompatíveis com o princípio republicano, indissociável do regime remuneratório dos cargos públicos, no que veda a apropriação ilimitada e individualizada de recursos escassos. De outro, é evidente a finalidade protetiva do erário, visando estancar o dispêndio indevido de verbas públicas. Nessa medida, o teto remuneratório previsto no texto constitucional, quando devidamente observado, bem como aliado aos limites globais com despesas de pessoal, assume a relevante função de obstar gastos inconciliáveis com a prudência no emprego dos recursos da coletividade.

Entretanto, a percepção somada de remunerações relativas a cargos acumuláveis, ainda que acima, no cômputo global, do patamar máximo, não interfere nos objetivos que inspiram o texto constitucional.

Por um lado, isso ocorre porque as situações alcançadas pelo art. 37, XI, da Carta Federal são aquelas nas quais o servidor obtém ganhos desproporcionais, observadas as atribuições dos cargos públicos ocupados. Admitida a incidência do limitador em cada uma das matrículas, descabe declarar prejuízo à dimensão ética da norma, porquanto mantida a compatibilidade exigida entre trabalho e remuneração.

Por outro lado, há que se observar uma necessária interação entre os incisos XI e XVI<sup>2</sup> do art. 37 do texto constitucional, em observância ao princípio da unidade da Constituição, a demandar esforço interpretativo que não esvazie o sentido da regra que autoriza a acumulação.

Outrossim, a incidência do limitador, tendo em vista o somatório dos ganhos, mesmo que acumuláveis os cargos públicos ocupados, viabiliza retribuição pecuniária.

ria inferior ao que se tem como razoável, consideradas as atribuições específicas dos vínculos e as respectivas remunerações, a ensejar enriquecimento sem causa do poder público.

Não se deve extrair do texto constitucional conclusão a possibilitar tratamento desigual entre servidores públicos que exerçam idênticas funções. O preceito concernente à acumulação preconiza que ela é remunerada, não admitindo a gratuidade, ainda que parcial, dos serviços prestados, observado o art. 1º da CF, no que evidencia, como fundamento da República, a proteção dos valores sociais do trabalho.

- 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: (...) 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. (...) XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;”

- » Servidores públicos
  - » Remuneração
    - » Acumulação de proventos e pensões

**É legítima a acumulação de proventos civis e militares quando a reforma se deu sob a égide da Constituição Federal (CF) de 1967, e a aposentadoria ocorreu antes da vigência da Emenda Constitucional 20/1998.**

A Emenda Constitucional 20/1998 assegura aos inativos que tiverem reingressado ao serviço público antes de sua vigência a acumulação de vencimentos do novo cargo exercido com os proventos da aposentadoria já recebida.

O art. 11<sup>1</sup> da referida emenda, por sua vez, em sua segunda parte, vedou expressamente a concessão de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência dos servidores civis previsto no art. 40 da CF<sup>2</sup>. No entanto, não há qualquer referência à concessão de proventos militares, estes previstos nos arts. 42<sup>3</sup> e 142<sup>4</sup> da CF.

Segundo o texto constitucional, a percepção de dois proventos públicos, um civil e um militar, ambos concedidos antes da Emenda Constitucional 20/1998, é situação não alcançada pela proibição da referida emenda. Portanto, é legítima sua cumulação<sup>5</sup>.

1 “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.”

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.”

3 “Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º,

cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. § 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.”

- 4 “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. § 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.”
- 5 Precedentes: MS 25.192, rel. min. Eros Grau, P, *DJ* de 6-5-2005; MS 24.958, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 1º-4-2005; e AI 801.096 AgR-EDv, rel. min. Teori Zavascki, P, *DJE* de 30-6-2015.

**O pedido de desligamento, uma vez completado o período de Escola Naval, gera para o Estado o direito à indenização, nos termos da Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares).**

Em que pese a expressa referência ao oficialato, a disciplina do inciso II do art. 116<sup>1</sup> do Estatuto dos Militares não impede o reconhecimento da ocorrência de enriquecimento ilícito, sem que isso represente ofensa ao art. 206, IV, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Não cabe extrair do Estatuto dos Militares preceitos a liberar os praças especiais do ressarcimento à Fazenda Pública, o que implicaria indesejado incentivo à evasão. O art. 116, II, da Lei 6.880/1980 disciplina a contagem do prazo dentro do qual a indenização deverá ser exigida daqueles que, após o término da graduação militar, procurem outros rumos profissionais.

A segurança jurídica, um dos pilares axiológicos do Estado Democrático de Direito, obriga não só a Administração Pública mas também aqueles que com ela travem relações jurídicas a atuar com lealdade e a não frustrar as legítimas expectativas criadas a partir de condutas.

1 “Art. 116. A demissão a pedido será concedida mediante requerimento do interessado: (...) II – com indenização das despesas feitas pela União, com a sua preparação e formação, quando contar menos de 5 (cinco) anos de oficialato.”

2 “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;”

- » Servidores públicos
  - » Servidores temporários
    - » Regras para admissão – Repercussão Geral

**É compatível com a Constituição Federal (CF) a previsão legal que exija o transcurso de 24 meses, contados do término do contrato, antes de nova admissão de professor temporário anteriormente contratado.**

Embora não se apliquem integralmente as regras do concurso público para as contratações por necessidade temporária, deve a seleção, ainda que simplificada, observar os princípios da impessoalidade e da moralidade, inscritos no art. 37, *caput*, da CF<sup>1</sup>. São eles que justificam a limitação constante do art. 9º, III, da Lei 8.745/1993.<sup>2 e 3</sup>

Nesse contexto, o art. 9º, III, da Lei 8.745/1993, que dispõe sobre contratação temporária, evita que função temporária, cuja característica é a transitoriedade, seja transformada em algo ordinário. Dessa forma, o dispositivo legal é necessário e adequado para preservar o princípio da impessoalidade do concurso público.

“É bem verdade que a impossibilidade de recontração dos mesmos profissionais não assegura a observância do art. 37, IX, da CF<sup>4</sup>, pois o preenchimento desses postos de trabalho por meio de contratos temporários, ainda que com pessoas antes não contratadas pela Administração, também frustra o ideal de temporalidade e transitoriedade desse tipo de contratação<sup>5</sup>.”

Dessa forma, “a descontinuidade do vínculo temporário provocada pela vedação do art. 9º, III, da Lei 8.745/1993 evita que se instale na Administração interesse contrário ao provimento efetivo de cargos públicos mediante concurso e retira o administrador público da situação cômoda de reutilizar a mesma mão de obra já recrutada por processo seletivo simplificado”<sup>6</sup>.

Assim, não configura ofensa à isonomia a previsão legal de proibição, por prazo determinado, de nova contratação de candidato já anteriormente admitido em processo seletivo simplificado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

- 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:”
- 2 “Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá: (...) III – ser novamente contratado, com fundamento nesta lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.”
- 3 ADI 3.210, rel. min. Carlos Velloso, P, *DJ* de 3-12-2004; e ADI 890, rel. min. Maurício Corrêa, P, *DJ* de 6-2-2004.
- 4 “Art. 37. (...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”
- 5 Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no presente julgamento.
- 6 *Idem*.

- » Servidores públicos
  - » Servidores temporários
    - » Regras para admissão

**São inconstitucionais dispositivos de lei estadual de iniciativa parlamentar<sup>1</sup> que asseguraram a permanência dos servidores públicos admitidos em caráter temporário sem a prévia aprovação em concurso público.**

Os arts. 1º e 2º da Lei 6.697/1994 do Estado do Rio Grande do Norte revelam flagrante vício formal. A Assembleia Legislativa usurpou a prerrogativa constitucionalmente conferida ao chefe do Poder Executivo quanto às matérias afetas ao regime jurídico dos servidores públicos<sup>2</sup>, nos termos do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

Essa hipótese configura, ainda, burla ao princípio do concurso público (CF, art. 37, II<sup>4</sup>), haja vista a estabilização de servidores contratados apenas temporariamente sem o prévio certame público<sup>5</sup>.

Ademais, o fato de a lei impugnada abranger temporalmente os servidores cuja admissão operou-se em período pré-constitucional não elide, quanto a esses, a declaração de inconstitucionalidade, em razão da flagrante violação do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>6</sup>, que concedeu estabilidade excepcional somente aos servidores que, ao tempo da promulgação do texto, estavam em exercício havia mais de cinco anos.

Diante disso, foi declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º<sup>7</sup> e 2º<sup>8</sup> da Lei 6.697/1994 do Estado do Rio Grande do Norte. A norma assegurava a permanência dos servidores da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte (URRN) admitidos em caráter temporário entre o período de 8 de janeiro de 1987 a 17 de junho de 1993, sem a prévia aprovação em concurso público, e tornava sem efeitos os atos de direção da Universidade que, de qualquer forma, importassem em exclusão desses servidores do quadro de pessoal.

Todavia, ante a vigência prolongada da referida lei estadual e a necessidade de resguardar a segurança jurídica<sup>9</sup>, foi aplicada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999<sup>10</sup>, de modo a dar efei-

tos prospectivos à decisão, a qual somente produzirá efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento. Esse período foi considerado hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação do serviço público de ensino superior na URRN.

Por fim, foram ressalvados dos efeitos desta decisão os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata do julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria<sup>11</sup>.

- 1 Lei 6.697/1994 do Estado do Rio Grande do Norte.
- 2 Precedentes: ADI 4.433 MC, rel. min. Ellen Gracie, P, *DJE* de 10-11-2010; ADI 4.154, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 18-6-2010; ADI 2.904, rel. min. Menezes Direito, P, *DJE* de 25-9-2009; ADI 2.113, rel. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 21-8-2009; ADI 1.594, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 22-8-2008; e ADI 3.167, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 6-9-2007.
- 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 – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;”
- 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: (...) 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;”
- 5 Precedentes: ADI 2.687, rel. min. Nelson Jobim, P, *DJ* de 6-6-2003; ADI 3.609, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 30-10-2014; e ADI 4.876, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 1º-7-2014.
- 6 “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.”
- 7 “Art. 1º Aos servidores da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte, admitidos entre o termo inicial da vigência da Lei n. 5.546, de 8 de janeiro de 1987, que a incorporou à Administração Pública Estadual, e o da Portaria n. 874, de 17 de junho de 1993, do Ministro da Educação e do Desporto, que a reconheceu, e originalmente incluídos no Quadro Suplementar, integrante da

estrutura geral de pessoal daquela instituição de ensino superior, é assegurado permanecerem no referido Quadro.”

- 8 “Art. 2º São declarados de nenhum efeito em relação aos servidores na situação de que trata o artigo anterior os atos de direção da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte que, de qualquer forma, importem sua exclusão do Quadro a que se refere a presente Lei.”
- 9 Precedentes: ADI 3.609, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 30-10-2014; ADI 3.819, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 28-3-2008; ADI 4.125, rel. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 15-2-2011; e ADI 4.876, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 1º-7-2014.
- 10 “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.”
- 11 ADI 4.876, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 1º-7-2014.

- » Servidores públicos
  - » Particulares colaboradores
    - » Forma de provimento

**É ilegítimo o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de permuta.**

O art. 236, *caput* e § 3º, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> é autoaplicável, produzindo efeitos mesmo antes da publicação da Lei 8.935/1994<sup>2</sup>. Assim, desde a promulgação da CF, é aplicável a exigência constitucional de prévia realização de concurso público para as hipóteses de ingresso ou remoção na delegação de serventias extrajudiciais. Isso exclui a própria possibilidade de permuta, ainda que os envolvidos tenham ingressado por meio de concurso público.

Essa autoaplicação independe da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual com base na qual foi praticado o ato. Nesses casos, descabe invocar o princípio da segurança jurídica, que não se sobrepõe à determinação constitucional expressa.

Ademais, o prazo decadencial quinquenal do art. 54 da Lei 9.784/1999<sup>3</sup> não se aplica em casos de inconstitucionalidade. Em tais hipóteses, não há confiança legítima a ser tutelada, uma vez que se trata de ato que evidencia violação direta ao preceituado pela ordem constitucional.

Logo, o prazo decadencial é inaplicável à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais realizados após a Constituição de 1988 em desconformidade com as exigências prescritas no art. 236, *caput* e § 3º, da CF, pois o concurso público é providência necessária tanto para o ingresso nas serventias extrajudiciais quanto para a remoção e para a permuta<sup>4</sup>.

Nesse sentido, inexistente ofensa à segurança jurídica e ao direito adquirido, tampouco afronta ao art. 54 da Lei 9.784/1999, em ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, valendo-se de informações fornecidas pelo Tribunal de Justiça estadual e citando a Resolução CNJ 80/2009<sup>5</sup>, declarou a vacância de serventia extrajudicial provida por permuta realizada sem prévio concurso público, por se tratar de ato nulo.

Por fim, do mesmo modo que é ilícito alguém ocupar determinado cargo por força de titularização inconstitucional, também é ilícito perder o direito ao cargo de

origem, para o qual havia ingressado mediante concurso público. Logo, apesar de a permuta descrita ter se realizado sem o anterior certame, há o direito de retorno ao cargo para o qual houve a nomeação original após aprovação em concurso público.

- 1 Precedentes: MS 28.371 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, P, *DJE* de 27-2-2013; e MS 28.279, rel. min. Ellen Gracie, P, *DJE* de 29-4-2011.
- 2 “Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios).”
- 3 “Art. 54. 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.”
- 4 Precedentes: MS 29.265 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, *DJE* de 23-2-2017; MS 28.279, rel. min. Ellen Gracie, P, *DJE* de 29-4-2011; MS 28.371 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, P, *DJE* de 27-2-2013; e MS 28.273, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 21-2-2013.
- 5 “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.”

DIRITTO

AMBIENTALE

DIRITTO  
AMBIENTALE

# POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

DIREITO AMBIENTAL

- » Política nacional do meio ambiente
  - » Princípios
    - » Princípio da precaução – **Repercussão Geral**

RE 627.189

RG – Tema 479

rel. min. **Dias Toffoli**

Plenário

DJE de 3-4-2017

Informativo STF 829

**No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009<sup>1</sup>.**

Embora o princípio da precaução seja um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, ele não pode ser interpretado exacerbadamente, a ponto de produzir paralisia estatal ou engessar o progresso da sociedade, tampouco gerar temores infundados.

Essas características exigem que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações e medidas acautelatórias necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

Impor à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, com base apenas em padrões estrangeiros de segurança, desprezando-se os limites previstos na legislação infraconstitucional adotada no País, bem como a adequação do sistema de transmissão, a curto prazo, acarretaria custo desproporcional às empresas de energia – que repassariam esse ônus ao consumidor –, comprometeria o fornecimento de energia elétrica à população de baixa renda, em função dos preços mais elevados, e prejudicaria sobremaneira o já combalido desenvolvimento econômico do País.

Por outro lado, os estudos desenvolvidos pela OMS demonstram não haver evidências científicas convincentes de que a exposição humana a campos eletromagnéticos acima dos limites estabelecidos na lei brasileira cause efeitos nocivos à saúde.

A caracterização do que é seguro ou não depende do avanço do conhecimento científico sobre a matéria. Entretanto, não existem provas ou mesmo indícios que comprovem que o avanço científico na Suíça, ou em outros países que não adotam os padrões da OMS e da Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante (ICNIRP), esteja além do conhecimento científico daqueles que os adotam.

Nesse sentido, diante das incertezas que reinam no campo científico, o eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação do princípio da precaução há de ser realizado com extrema prudência, com um controle mínimo, privilegiando a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública.

No futuro, caso surjam efetivas e reais razões científicas e/ou políticas para a revisão do que se deliberou no âmbito normativo, deverão ocorrer novos debates e atualização de definições.

- 1 “Art. 4º Para garantir a proteção da saúde e do meio ambiente em todo o território brasileiro, serão adotados os limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde – OMS para a exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, por terminais de usuário e por sistemas de energia elétrica que operam na faixa até 300 GHz. Parágrafo único. Enquanto não forem estabelecidas novas recomendações pela Organização Mundial de Saúde, serão adotados os limites da Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante – ICNIRP, recomendados pela Organização Mundial de Saúde.”

DIRITTO  
CIVILE

DIRITTO  
CIVIL

# PESSOAS

DIREITO CIVIL

**O art. 59 do Código Civil<sup>1</sup> é compatível com a autonomia das entidades desportivas prevista no art. 217, I, da Constituição Federal<sup>2</sup>.**

A autonomia das entidades desportivas não é absoluta<sup>3</sup>. Essas agremiações devem obediência às normas de caráter geral, que impõem limitações válidas à sua autonomia relativa, sem que importe lesão a direitos e garantias individuais<sup>4</sup>.

1 “Art. 59. Compete privativamente à assembleia geral: I – destituir os administradores; II – alterar o estatuto. Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembleia especialmente convocada para esse fim, cujo quórum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.”

2 “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento.”

3 “O legislador constituinte brasileiro, por isso mesmo – pretendendo assegurar e incentivar a participação efetiva das referidas associações no âmbito do desporto nacional – conferiu-lhes um grau de autonomia que propicia, a tais entes, especial prerrogativa jurídica consistente no prevalecimento de sua própria vontade, em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento, embora tais entidades estejam sujeitas às normas gerais fundadas na legislação emanada do Estado, eis que a noção de autonomia, ainda que de extração constitucional, não se revela absoluta, nem tem a extensão e o conteúdo inerentes ao conceito de soberania e de independência.” (Trecho do voto do ministro Celso de Mello na ADI 3.045, rel. min. Celso de Mello, P, DJE de 1º-6-2007.)

4 ADI 2.937, rel. min. Cezar Peluso, P, DJE de 29-5-2012.

# DIREITO DE FAMÍLIA

DIREITO CIVIL

## Direito Civil

- » Direito de família
- » Direito pessoal
- » Relações de parentesco – **Repercussão Geral**

RE 898.060

RG – Tema 622

rel. min. **Luiz Fux**

Plenário

DJE de 24-8-2017

Informativo STF 840

**A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.**

A não previsão dos diversos arranjos familiares na regulação estatal, por omissão do legislador, não justifica a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade<sup>1</sup>. É, portanto, juridicamente admitida a cumulação de vínculos de filiação derivados da afetividade e da consanguinidade, para todos os fins de direito. A concessão de tutela jurídica concomitante a tais vínculos visa prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, com base no sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade – Constituição Federal (CF), art. 1º, III<sup>2</sup> –; e no princípio da paternidade responsável – CF, art. 226, § 7º<sup>3</sup>.

A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador<sup>4</sup>. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

O direito à busca da felicidade, ao mesmo tempo em que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes<sup>5</sup>, por isso esse direito protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a realidade familiar em modelos preconcebidos pela lei.

A paternidade responsável, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação constituídos pela relação socioafetiva entre os envolvidos quanto daqueles originados da ascendência consanguínea, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Ademais, a ideia de família, à luz dos preceitos introduzidos pela Constituição Federal de 1988, apartou-se definitivamente da ultrapassada hierarquização entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos prevista no Código Civil de 1916. Nesta norma, o paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o fator biológico quanto o afetivo, embora a doutrina e a jurisprudência já previssessem a afetividade enquanto critério para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

Nessa linha, a Constituição, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (CF, art. 226, § 3<sup>o</sup>) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (CF, art. 226, § 4<sup>o</sup>). Além disso, enfatiza que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (CF, art. 227, § 6<sup>o</sup>). As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil<sup>9</sup>.

Assim, a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica, ou (iii) pela afetividade.

A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para a concretização do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

- 1 “A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade.” (Trecho da ementa do presente julgamento.)
- 2 “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;”
- 3 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”
- 4 Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.
- 5 Precedentes: RE 477.554 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJE* de 26-8-2011; e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 14-10-2011.
- 6 “Art. 226. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”
- 7 “Art. 226. (...) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”
- 8 “Art. 227. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”
- 9 Precedente: ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 14-10-2011.

**O direito de ter reconhecida a filiação biológica prevalece sobre a presunção legal de paternidade.**

A observância como dogma sacrossanto da regra inscrita no art. 344 do Código Civil<sup>1</sup> de 1916, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, devendo fazê-lo no prazo de dois meses contados do nascimento, sob pena de incidir a prescrição, deve ser afastada. Tal preceito distancia-se da realidade, das noções próprias à dignidade do homem, além de não considerar o direito de o filho saber e ter como pai quem o gerou, e não permanecer como filho presumido<sup>2</sup>.

O fato de não ter o marido, na constância do casamento, contestado a paternidade de filho adulterino de sua esposa, o qual fora por ele registrado como sendo seu filho legítimo, não impede que o filho busque ver reconhecida legalmente a relação de filiação com seu verdadeiro pai biológico por meio de ação de investigação de paternidade.

A hipótese é de tombamento da presunção de paternidade do marido da mãe. A existência de prova inequívoca do vínculo de filiação entre investigador e investigado, consubstanciada em documento oficial idôneo, mostra-se suficiente para afastar a presunção.

Ademais, o reconhecimento da filiação declarada pelo próprio investigado deve sobressair, a fim de serem concedidas ao investigador todas as consequências legais do fato, inclusive o direito de herança.

1 “Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.”

2 “Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.” (RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, P, DJE de 16-12-2011.)

# DIREITO DAS SUCESSÕES

DIREITO CIVIL

## Direito Civil

- » Direito das sucessões
  - » Sucessão legítima
    - » Ordem da vocação hereditária – **Repercussão Geral**

RE 646.721

RG – Tema 498

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

Plenário

DJE de 11-9-2017

Informativo STF 864

**No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002<sup>1</sup>.**

A Constituição Federal (CF) não se limitou ao tratamento jurídico tradicional da família, que instituía o casamento como única condição para a formação de uma entidade familiar “legítima”. Pelo contrário, o texto constitucional contempla diferentes formas de família, como aquelas constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparental) e aquelas decorrentes de união estável.

Ao reconhecer demais formações familiares caracterizadas pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, a Constituição passou a proteger a família não como um “bem em si”, mas como meio para que as pessoas possam se realizar, independentemente da configuração adotada, tratando todas as famílias com o mesmo respeito e consideração. O Supremo Tribunal Federal, por oportuno, já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e consequências da união estável heteroaferiva<sup>2</sup>.

Após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equiparavam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável: Lei 8.971/1994<sup>3</sup> e Lei 9.278/1996<sup>4</sup>. No entanto, o art. 1.790 do Código Civil de 2002<sup>5</sup> revogou as referidas normas e passou a discriminar o(a) companheiro(a), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos ao(à) esposo(a). Desse modo, o dispositivo violou a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226, § 3º, da CF<sup>6</sup> e afrontou os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. Afinal, cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios;

pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva dignamente.

Tendo em vista que no sistema constitucional vigente a hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição Federal, não sendo legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Assim, deve ser aplicado, em ambos os casos, o mesmo procedimento para sucessão legítima de bens, previsto no art. 1.829 da referida lei.

Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

- 1 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.”
- 2 Precedentes: ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 14-10-2011; e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 14-10-2011.
- 3 “Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.”
- 4 “Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.”
- 5 “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”
- 6 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

DIRETTO

DIRITTO  
CONSTITUZIONALE

# DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DIREITO CONSTITUCIONAL

- » Direitos e garantias fundamentais
  - » Direitos e deveres individuais e coletivos
    - » Direito de resposta

**Inexiste decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade<sup>1 e 2</sup> sobre a regulamentação adequada para o exercício do direito de resposta hábil a justificar o cabimento da reclamação<sup>3</sup>.**

A discussão travada sobre o direito de resposta no julgamento da ADPF 130 (DJE de 26-2-2010) circunscreveu-se sobre o impacto do juízo de não recepção integral da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) sobre a eficácia do art. 5º, V, da Constituição Federal (CF)<sup>4</sup>.

Naquela ocasião, o Plenário do STF decidiu que o direito de resposta assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, V) pode ser diretamente tutelado independentemente de legislação específica regulamentando-o. Isso não significa, porém, que o STF tenha adotado interpretação pela desnecessidade de comprovação do “agravo” a que alude o próprio dispositivo constitucional ao tratar do direito de resposta (CF, art. 5º, V) ou a uma impossibilidade de sua densificação, à luz da liberdade de imprensa (e das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional), quer sob o prisma legiferante-nomotético, quer jurisprudencial.

Logo, não versou a ADPF 130 sobre o marco normativo infraconstitucional. A utilização da Lei 13.188/2015 como fundamento por decisão de primeira instância não permite, *per saltum* e se distanciando do sistema recursal esquadrinhado pelo legislador, proceder-se à substituição da reconstrução fática adotada por sentença impugnada pela via da reclamação, realizada sob o crivo do contraditório, para, então, atribuir-lhe distinta consequência jurídica.

1 CF/1988: “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 CPC/2015: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;”
- 3 “De início consigno que a Reclamação se caracteriza como uma demanda de fundamentação vinculada, vale dizer, cabível somente quando se fizer presente alguma das hipóteses para ela estritamente previstas. Partindo de construção jurisprudencial a instrumento com expresse assento constitucional, trata-se de ação vocacionada, precipuamente, a duas diferentes finalidades. De um lado, visa a Reclamação à (i) tutela da autoridade das decisões proferidas por esta Corte e das súmulas vinculantes por ela editadas. De outro, à (ii) proteção do importante rol de competências atribuídas ao STF. É o que se vê nos arts. 102, I, l, e 103-A, § 3º, da Constituição da República. No que se refere à primeira hipótese, tem a Reclamação especial guarida para garantir a observância das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade dotadas de efeito vinculante, como também se colhe do art. 988, III, do CPC. É preciso, no entanto, vagar com o andor a fim de que não se convole esse importante instrumento processual em verdadeiro algoz da Corte, impedindo que esta legitimamente desempenhe o papel de Guardiã da Constituição. Recorde-se que a própria razão de ser do efeito vinculante está assentada ao papel timoneiro do STF enquanto Corte Constitucional e órgão máximo do Poder Judiciário. Isso não significa, nem pode significar, um amesquinhar do relevante papel a ser desempenhado pelas instâncias ordinárias no respeito à cultura dos precedentes, permitindo um acesso *per saltum* à Corte Suprema.” (Trecho da decisão monocrática proferida pelo ministro Edson Fachin na Rcl 24.459, publicada no DJE de 6-10-2016.)
- 4 “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: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

- » Direitos e garantias fundamentais
- » Direitos e deveres individuais e coletivos
- » Liberdade de expressão religiosa

**Não se revela ilícita, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas.**

Quanto à liberdade de expressão religiosa<sup>1</sup>, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza.

Discursos que evidenciem diferenças ou até mesmo juízos de superioridade não consubstanciam, automaticamente, preconceito ou discriminação, sob pena de esvaziamento do núcleo essencial das manifestações religiosas, compreendidas em sua inteireza.

O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que se atesta a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos. Outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles. E, por fim, uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior<sup>2</sup>.

A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontra-se em situação desfavorável.

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: (...) VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

2 BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade*. São Paulo: Unesp, 2000. p. 108.

- » Direitos e garantias fundamentais
  - » Direitos e deveres individuais e coletivos
    - » Liberdade de exercício profissional

**É constitucional a expressão “privativas”, contida no *caput* do art. 3º da Lei 8.234/1991<sup>1</sup>, que regulamenta a profissão de nutricionista, respeitado o âmbito de atuação profissional das demais profissões regulamentadas.**

Apesar de a regra constitucional ser a liberdade no exercício profissional<sup>2</sup>, a Constituição Federal (CF) admite a limitação ao exercício das profissões (CF, art. 5º, XIII<sup>3</sup>).

No entanto, essa reserva legal qualificada estabelecida pela CF não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. Essas restrições legais precisam ser proporcionais e necessárias e estão limitadas às “qualificações profissionais”, ou seja, formação técnico/científica indispensável para o bom desempenho da atividade<sup>4</sup>.

A profissão de nutricionista requer conhecimentos técnicos e científicos específicos para o desempenho de suas funções. Dessa forma, é razoável que, para o exercício das atividades profissionais de nutricionista, a lei exija qualificações especiais e registro profissional, reservando, em razão dessas “qualificações especiais”, tais atividades de forma privativa a essa categoria profissional.

Cabe destacar que a norma impugnada elencou como privativas dos nutricionistas atividades eminentemente técnicas que não se confundem com aquelas desempenhadas por outros profissionais de nível médio.

Não há, portanto, inconstitucionalidade na exigência de nível superior em nutrição para atividades eminentemente acadêmicas, a exemplo da direção, coordenação e supervisão de cursos de graduação; planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de estudos dietéticos; ensino das matérias profissionais dos cursos de graduação em nutrição; e ensino das disciplinas de nutrição e alimentação nos cursos de graduação da área de saúde e outras afins.

Também não há vício na lei no tocante às disposições relativas às atividades de planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de serviços pertinentes à alimentação e nutrição, consultório de nutrição e dietética, e de assistência dieto-

terápica hospitalar, ambulatorial e em consultório de nutrição. O exercício dessas atividades não impede nem prejudica o exercício daquelas pertinentes a outras áreas de nível superior, notadamente referentes a bioquímicos e médicos nutrólogos. Isso porque esses profissionais, “mesmo que pertencentes à área da saúde, sujeitam-se a formação profissional específica, particular, o que conduz, conseqüentemente, à reserva das atividades a serem privativamente executadas dentro do campo de atuação respectivo”<sup>5</sup>.

- 1 “Art. 3º São atividades privativas dos nutricionistas: I – direção, coordenação e supervisão de cursos de graduação em nutrição; II – planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de serviços de alimentação e nutrição; III – planejamento, coordenação, supervisão e avaliação de estudos dietéticos; IV – ensino das matérias profissionais dos cursos de graduação em nutrição; V – ensino das disciplinas de nutrição e alimentação nos cursos de graduação da área de saúde e outras afins; VI – auditoria, consultoria e assessoria em nutrição e dietética; VII – assistência e educação nutricional e coletividades ou indivíduos, sadios ou enfermos, em instituições públicas e privadas e em consultório de nutrição e dietética; VIII – assistência dietoterápica hospitalar, ambulatorial e a nível de consultórios de nutrição e dietética, prescrevendo, planejando, analisando, supervisionando e avaliando dietas para enfermos.”
- 2 MI 6.113 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 13-6-2014.
- 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: (...) XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”
- 4 Rp 930, red. p/ o ac. min. Rodrigues Alckmin, P, *DJ* de 2-9-1977; e RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 13-11-2009.
- 5 Trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República adotado como razões de decidir pelo relator.

- » Direitos e garantias fundamentais
  - » Direitos e deveres individuais e coletivos
    - » Direito à informação

**É garantido o amplo acesso a registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento do Superior Tribunal Militar (STM), públicas ou secretas, ocorridas na década de 1970.**

O direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave e contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício<sup>1</sup>.

A plena atividade desse direito foi resguardada no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.036<sup>2</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu aos interessados o acesso aos documentos e arquivos fonográficos relacionados às sessões de julgamentos do STM ocorridas na década de 1970. Essa decisão não restringiu o acesso aos registros relacionados apenas às sessões públicas, tendo garantido a liberação integral das gravações de áudios, seja no que se refere às sustentações orais realizadas pelos advogados, seja no que pertine aos debates e votos proferidos pelos componentes do STM em sessões secretas.

A decisão paradigma de controle é explícita ao dispor sobre a ilegitimidade da exceção imposta quanto à matéria discutida e votada em sessão secreta pelo Plenário do STM, prevista em ato normativo interno, e sobre a ausência de plausibilidade jurídica da justificativa apresentada, segundo a qual “o material de que se pleiteou cópia apenas serviria para o controle interno do Tribunal ou para o exame dos ministros da Corte”<sup>3</sup>.

Afinal, não há espaço para a discricionariedade da Administração em restringir o amplo acesso aos documentos gerados a partir dos julgamentos ocorridos no período mencionado, conferindo indubitosa amplitude àquela decisão.

Nesse contexto, é injustificável a resistência que o STM tenta opor ao cumprimento da decisão do STF, que taxativamente afastou os obstáculos erigidos para impedir que fossem trazidos à lume a integralidade dos atos processuais praticados no STM,

oralmente ou por escrito, cujo conhecimento cidadãos brasileiros requereram, para fins de pesquisa histórica e resguardo da memória nacional. O ato pelo qual foi indeferido o acesso está em evidente descompasso com a ordem constitucional vigente, que erigiu o direito à informação à natureza de direito fundamental.

Ressalva-se, no entanto, o acesso aos documentos indispensáveis à defesa da intimidade e àqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado. Nesses casos, deve haver motivação de forma explícita e pormenorizada pelo Tribunal, a fim de sujeitar a alegação a eventual controle judicial.

- 1 ADPF 153, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 6-8-2010.
- 2 RMS 23.036, red. p/ o ac. min. Nelson Jobim, 2ª T, *DJ* de 25-8-2006.
- 3 Inciso I do Provimento 54/STM.

- » Direitos e garantias fundamentais
  - » Direitos e deveres individuais e coletivos
    - » Devido processo legal

**É necessária a observância da garantia do devido processo legal, em especial do contraditório e da ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência.**

“A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), 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<sup>1</sup>), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. (...) Enfatizo, neste ponto, no que se refere à questão da titularidade dos direitos e garantias fundamentais, que essas prerrogativas constitucionais são acessíveis às pessoas jurídicas de direito público, desde que compatíveis com a condição de estatalidade de que estas se revestem, notadamente nos casos de imposição, contra referidas entidades estatais de medidas restritivas de direitos, pois tais entes públicos também estão amparados por garantias constitucionais de caráter procedimental.”<sup>2</sup>

**A inscrição do nome do Estado-membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência.**

Consoante o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal<sup>3</sup>, a relação jurídica envolve a União e o ente federal, e não a União e certo governador ou outro agente.

Além disso, o governo se alterna periodicamente nos termos da soberania popular, mas o Estado é permanente. Por isso, a mudança de comando político não exonera o Estado das obrigações assumidas<sup>4</sup>.

- 1 “Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”
- 2 Fundamentos extraídos do voto do ministro Celso de Mello na AC 2.032 QO (DJE de 20-3-2009), precedente citado pelo relator.
- 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:”
- 4 Fundamento extraído do voto do ministro Edson Fachin no presente julgamento.

- » Direitos e garantias fundamentais
  - » Direitos e deveres individuais e coletivos
    - » Prisão civil por dívida

**É inconstitucional dispositivo de lei federal<sup>1</sup> que admite seja erigido à condição de “depositário infiel” aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor designado, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária<sup>2</sup>.**

A Lei 8.866/1994<sup>3</sup> contraria os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, bem como os subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, postulados previstos no art. 5º, LIV<sup>4</sup> e LV<sup>5</sup>, da Constituição Federal (CF)<sup>6</sup>. Para o fim de coagir o depositário a pagar a dívida tributária ou previdenciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, cria situação mais onerosa do que a prevista no ordenamento jurídico até então vigente, consistente nas garantias constitucionais e nas disposições do Código Tributário Nacional, em seus arts. 142<sup>7</sup>, 201<sup>8</sup> e 204<sup>9</sup>.

Ademais, se o incremento da arrecadação era o resultado almejado, o ordenamento jurídico já contém modos e formas de chegar a resultado semelhante. Afinal, na época da edição da Medida Provisória 427/1994 (reeditada pela Medida Provisória 449/1994 e convertida na Lei 8.866/1994), já existia a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e a medida cautelar fiscal (Lei 8.397/1992), as quais são instrumentos suficientes, adequados e proporcionais ao fim de cobrança tributária. Ambos os diplomas estipulam ritos e privilégios para tutela da arrecadação ao erário, resguardando, por outro lado, garantias ao contribuinte.

Em outro aspecto, é certo que ao contribuinte é facultado ajuizar ação de depósito em face do Fisco federal, a fim de obter certidão negativa de débito (ou positiva com efeito de negativa). Porém, não pode ser coagido a assim agir, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade, além do contraditório e da ampla defesa.

O fato de o manejo da ação de depósito fiscal encontrar-se em franco desuso, ante a existência de outros meios de cobrança de créditos disponíveis ao Fisco, não afasta a acoimada inconstitucionalidade<sup>10</sup>.

**É inconstitucional o ajuizamento de demanda que coage ao depósito da quantia devida com ou sem apresentação de contestação, sob pena de decretação de revelia (arts. 3º<sup>11</sup> e 4º<sup>12</sup> da Lei 8.866/1994).**

Determinar que a contestação seja apresentada com o depósito do numerário equivale, *mutatis mutandis*, a exigir depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial. Tal situação é manifestamente proibida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do Enunciado 28<sup>13</sup> da Súmula Vinculante.

Há afronta ao *due process of law* ao admitir o ajuizamento de demanda judicial apenas com base em “declaração feita pela pessoa física ou jurídica, do valor descontado ou recebido de terceiro, constante em folha de pagamento ou em qualquer outro documento fixado na legislação tributária ou previdenciária, e não recolhido aos cofres públicos” (Lei 8.866/1994, art. 2º, I)<sup>14</sup>, sem que ocorra a finalização do processo administrativo-fiscal.

É ainda cediço que há o dever fundamental de pagar tributos. Entretanto, os meios escolhidos pelo poder público devem estar jungidos à necessidade da medida, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não se encontram presentes na apreciação da legislação ora questionada.

O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais, deve oferecer ao Estado instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos<sup>15</sup>. Esse dever está expresso no § 1º do art. 145 da CF<sup>16</sup>.

Há inegável conflito entre cidadãos e agentes privados no sentido de transferir aos demais concidadãos o ônus da tributação, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e ao operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado presta verdadeiramente aos cidadãos a função de árbitro de um conflito ineliminável entre agentes privados.

Nesse cenário, o instrumento de agir em juízo, estabelecido no inciso LIV do art. 5º da CF, restringe o cumprimento da obrigação pelo devedor tributário, estabelecendo como única forma de pagamento o depósito da quantia devida no prazo de 24 horas, em claro desrespeito ao direito de propriedade como limite do limite

(*Schranken-Schranke*). Isso porque o diploma normativo em questão suprime, parcial ou totalmente, posições jurídicas individuais e concretas do devedor vinculadas ao pagamento da dívida tributária, que repercutem em sua propriedade, ante a existência de rol normativo-legal que já disciplina a questão com completude. Tal restrição conflita com a existência da ação de execução fiscal, na qual coincide tal possibilidade, aliada a outras, bem como limita o direito de defesa do devedor, situação flagrantemente inconstitucional.

Ademais, a revogação da prisão civil por dívida pela ratificação do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito positivo interno do Brasil como estatuto revestido de hierarquia supralegal – acaba com o escopo da legislação em comento, não existindo plausibilidade à manutenção da tutela jurisdicional díspar com o ordenamento jurídico, no qual cria situação desproporcional e, portanto, inconstitucional para o fim de otimizar a arrecadação tributária.

Por fim, tendo em vista o alargamento da declaração de inconstitucionalidade e o interesse em se evitar a insegurança jurídica ou qualquer prejuízo ao erário em relação aos prazos prescricionais, as ações de depósito fiscal em curso deverão ser transformadas em ações de cobrança, de rito ordinário, sendo oportunizado ao poder público sua adequação ou sua extinção.

- 1 Lei federal 8.866/1994, que dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e dá outras providências.
- 2 “Art. 1º É depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283 do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social. (...) § 2º É depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária.”
- 3 A Lei 8.866/1994 prevê, entre outros temas: a) a criação da ação de depósito fiscal, com o escopo primordial de coagir, sob pena de prisão, o devedor a depositar o valor referente à dívida na contestação, ou após a sentença, no prazo de 24 horas; b) a possibilidade de submeter o devedor a sofrer processo judicial de depósito, sem que tenha ocorrido a finalização do processo administrativo fiscal; e c) a proibição de, em se tratando de coisas fungíveis, seguir-se o disposto sobre o mútuo, com a submissão do devedor a regime mais gravoso de pagamento, em face dos postulados da proporcionalidade, do limite do direito de propriedade e do devido processo legal.
- 4 “Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

- 5 “Art. 5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”
- 6 A questão atinente à possibilidade de prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico já foi apreciada pelo STF, em julgamento firmado em sede de repercussão geral, nos autos do RE 466.343 (rel. min. Cezar Peluso, P, *DJE* de 5-6-2009), oportunidade em que foi considerada ilícita, independentemente da modalidade do depósito.
- 7 “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”
- 8 “Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”
- 9 “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”
- 10 Precedentes: TRF5, Apelação Cível 200405000163759, desembargador federal Manuel Maia, 2ª T, *DJ* de 29-7-2009; TRF3, Apelação Cível 00068049520004036100, desembargador federal Cotrim Guimarães, 2ª T, *DJE* de 31-10-2012; e TRF4, Apelação Cível 200071000054980, desembargador federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, 2ª T, *DJ* de 4-10-2006.
- 11 “Art. 3º Caracterizada a situação de depositário infiel, o Secretário da Receita Federal comunicará ao representante judicial da Fazenda Nacional para que ajuíze ação civil a fim de exigir o recolhimento do valor do imposto, taxa ou contribuição descontado, com os correspondentes acréscimos legais. Parágrafo único. A comunicação de que trata este artigo, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, caberá às autoridades definidas na legislação específica dessas unidades federadas, feita aos respectivos representantes judiciais competentes; no caso do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), a iniciativa caberá ao seu presidente, competindo ao representante judicial da autarquia processual de que trata este artigo.”
- 12 “Art. 4º Na petição inicial, instruída com a cópia autenticada, pela repartição, da prova literal do depósito de que trata o art. 2º, o representante judicial da Fazenda Nacional ou, conforme o caso, o representante judicial dos Estados, Distrito Federal ou do INSS requererá ao juízo a citação do depositário para, em dez dias: I – recolher ou depositar a importância correspondente ao valor do imposto, taxa ou contribuição descontado ou recebido de terceiro, com os respectivos acréscimos legais; II – contestar a ação.”
- 13 “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”
- 14 “Art. 2º Constituem prova literal para se caracterizar a situação de depositário infiel, dentre outras: I – a declaração feita pela pessoa física ou jurídica, do valor descontado ou recebido de terceiro,

constante em folha de pagamento ou em qualquer outro documento fixado na legislação tributária ou previdenciária, e não recolhido aos cofres públicos;”

- 15 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- 16 “Art. 145. (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

- » Direitos e garantias fundamentais
- » Direitos sociais
- » Direito ao trabalho

## É constitucional a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso dos bombeiros civis.

Não há violação direta e literal do art. 7º, XIII, da Constituição Federal<sup>1</sup> pelo art. 5º da Lei 11.901/2009<sup>2</sup>. A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso encontra-se respaldada na faculdade conferida pelo legislador constituinte de serem estabelecidas hipóteses de compensação de jornada.

Embora não exista a previsão de reserva legal expressa para a compensação de jornada no referido dispositivo constitucional, a possibilidade de negociação coletiva permite inferir que a exceção estabelecida na legislação para os bombeiros civis garante-lhes, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, bem como jornada semanal de trabalho não superior a 36 horas<sup>3</sup>.

Em idêntico sentido, também não há violação do direito à saúde do trabalhador (CF, art. 196<sup>4</sup>) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF, art. 7º, XXII<sup>5</sup>). Essas prerrogativas não são *ipso facto* desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que, para cada 12 horas trabalhadas, há 36 horas de descanso e que prevalece o limite de 36 horas de jornada semanal.

1 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;”

2 “Art. 5º A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais.”

3 RE 425.975, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, DJ de 16-12-2005.

- 4 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”
- 5 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

- » Direitos e garantias fundamentais
- » Nacionalidade
- » Perda da nacionalidade originária

**Aquele que não ostenta mais a nacionalidade brasileira, por ter adquirido outra nacionalidade em situação que não se subsume às exceções previstas no art. 12, § 4º, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, pode ser extraditado pelo Brasil<sup>2</sup>.**

A Constituição, ao cuidar da perda da nacionalidade brasileira, estabeleceu duas hipóteses: (i) o cancelamento judicial da naturalização, em virtude de prática de ato nocivo ao interesse nacional, o que só alcançaria brasileiros naturalizados (CF, art. 12, § 4º, I); e (ii) a aquisição voluntária de outra nacionalidade secundária, o que alcançaria, indistintamente, brasileiros natos e naturalizados.

Nesta última hipótese – de aquisição de outra nacionalidade –, a nacionalidade brasileira só não será perdida em duas situações que constituem exceção à regra: (i) reconhecimento de outra nacionalidade originária (CF, art. 12, § 4º, II, *a*); e (ii) ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (CF, art. 12, § 4º, II, *b*).

Nesse contexto, caso o brasileiro possua visto permanente de imigração que o autorize a trabalhar e gozar de direitos civis no Estado estrangeiro, torna-se desnecessária a obtenção da nacionalidade secundária para os fins que compõem exceção à regra da perda da nacionalidade brasileira (CF, art. 12, § 4º, II, *a* e *b*). Dessa forma, sua obtenção somente poderia destinar-se à integração do brasileiro àquela comunidade nacional estrangeira, o que é justamente a razão central do critério adotado pelo constituinte originário para a perda da nacionalidade brasileira.

<sup>1</sup> “Art. 12. São brasileiros: (...) § 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;”

<sup>2</sup> MS 33.864, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, DJE de 19-4-2016.

# ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

DIREITO CONSTITUCIONAL

## Direito Constitucional

- » Organização do Estado
  - » União
    - » Bens da União

ACO 362

DJE de 3-10-2017

ACO 366

DJE de 1º-10-2018

rel. min. **Marco Aurélio**

Plenário

Informativo STF 873

### **Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.**

Nos termos do art. 20, XI, da Constituição Federal, são bens da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Além disso, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas, o mesmo ocorrendo na Constituição de 1988, por meio de expressa disposição contida no art. 26, IV<sup>1</sup>.

Nesse sentido, definido pelas provas carreadas aos autos que as terras que passaram a compor parque indígena eram ocupadas historicamente por índios, não há falar em titularidade do Estado-membro, tampouco em eventual dever de a União indenizá-lo por suposta desapropriação indireta.

<sup>1</sup> “Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: (...) IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.”

**A Emenda Constitucional 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios.**

A alteração introduzida pela Emenda Constitucional 46/2005 criou, no ordenamento jurídico, exceção à regra geral então vigente sobre a propriedade das ilhas costeiras. Com a redação conferida ao art. 20, IV, da CF<sup>2</sup>, deixaram de pertencer à União as ilhas costeiras em que estão sediados entes municipais, expressamente ressalvadas as “áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II”<sup>3</sup>, bens que, não obstante situados em território municipal, remanesceram como patrimônio federal. Assim, não mais constitui título hábil a ensejar a presunção do domínio da União o simples fato de determinada área estar situada em ilha costeira, se nela estiver sediado Município.

A interpretação sistemática do texto constitucional conduz à conclusão de que a alteração introduzida no inciso IV do art. 20 pela Emenda Constitucional 46/2005 não teve o condão de alterar o regime patrimonial dos bens referidos no inciso VII, como, aliás, de nenhum outro bem arrolado nesse artigo. Entender que os terrenos de marinha e acrescidos teriam sido transferidos ao ente municipal levaria à conclusão de que todos os demais bens constitucionalmente atribuídos à dominialidade da União – potenciais de energia elétrica, recursos minerais, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, etc. –, se situados nas ilhas municipais, estariam, após a edição da emenda, igualmente excluídos do patrimônio federal. Assim, as ressalvas constantes da parte final do dispositivo alterado, referentes às “áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal”, devem ser compreendidas como adendos aos demais bens integrantes do acervo patrimonial da União.

Com a emenda, o constituinte derivado, em observância ao princípio da isonomia, buscou prestigiar a autonomia municipal e equiparou o regime jurídico-patrimonial das ilhas costeiras em que estão sediados Municípios às porções continentais

do território brasileiro, favorecendo a promoção dos interesses locais e o desenvolvimento da região. No entanto, ausente fator de discrimen a legitimar a geração de efeitos desuniformes, no tocante ao regramento dos terrenos de marinha e acrescidos, entre Municípios insulares e continentais, incide sobre ambos, sem distinção, o art. 20, VII, da CF.

Errôneo supor, do ponto de vista lógico, que, no afã de estabelecer tratamento isonômico entre Municípios continentais e insulares, se devesse adotar, entre duas interpretações possíveis, aquela que elastecesse o comando constitucional ao ponto de, sem motivo justificado, conceder-lhes tratamento diferenciado.

Ademais, do ponto de vista histórico, os terrenos de marinha e seus acrescidos já integravam o rol de bens da União, mesmo antes de as ilhas costeiras passarem a compor o patrimônio federal. Isso reforça o rechaço à tese de que se alterou o tratamento jurídico a eles conferido em razão da modificação introduzida pela Emenda Constitucional 46/2005 na propriedade das ilhas marítimas.

O domínio da União sobre as terras situadas nas ilhas litorâneas já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Cível Originária 317<sup>4</sup>, resguardada a legitimidade de eventual transferência da titularidade para os Estados, pelos meios regulares de direito.

Também destoa do sistema de distribuição de bens entre as entidades da Federação assumir que os Municípios sediados em ilhas sejam proprietários dos terrenos de marinha, mas não o sejam os Municípios costeiros. Não haveria motivo consistente para justificar a incoerência sistemática que daí resultaria. Tal interpretação da Emenda Constitucional 46/2005 ficaria desautorizada pela dissimetria a que conduziria.

Por todo o exposto, é inviável acolher a interpretação que inclui as áreas correspondentes aos terrenos de marinha e acrescidos – situadas em ilha costeira – no patrimônio do ente municipal nela sediado. Afinal, constituem bens federais, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional 46/2005.

A análise da conveniência na manutenção do instituto no bojo do ordenamento jurídico pátrio demanda discussão própria à esfera política. Com efeito, porquanto de jaez constitucional, a extinção do instituto depende de processo legislativo especial.

<sup>1</sup> “Art. 20. São bens da União: (...) VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;”

- 2 “Art. 20. São bens da União: (...) IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;”
- 3 “Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: (...) II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;”
- 4 ACO 317, rel. min. Ilmar Galvão, P, DJ de 20-11-1992.

- » Organização do Estado
  - » União
    - » Competência legislativa privativa

**É inconstitucional a instituição, por meio de lei estadual, de Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor como requisito para contratação com a Administração Pública.**

A conformação legal mais imediata, primária ou de primeiro grau, do direito de participar de licitações foi confiada pela Constituição Federal (CF) tão somente à União (CF, art. 22, XXVII<sup>1</sup>), que a materializou com a aprovação do art. 27 da Lei 8.666/1993. Este dispositivo exige dos interessados, “exclusivamente, documentação relativa a: I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; e V – cumprimento do disposto no inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal”.

Somente a União pode limitar, em caráter geral, a amplitude da liberdade de acesso às licitações, pois requisitos desta natureza podem induzir a uma significativa restrição da competitividade dos procedimentos licitatórios.

A competitividade é a pedra de toque desses procedimentos. Ao valorizá-la, fomentando a disputa entre os interessados em contratar com o poder público, o ordenamento atende simultaneamente a dois outros interesses públicos de alta carga de relevância. De um lado, viabiliza que o Estado obtenha a melhor oferta possível, enquanto, de outro, garante o tratamento isonômico dos participantes. Esta visão, de crucial importância para o bom funcionamento dos processos licitatórios, está consagrada na literalidade do art. 37, XXI, da CF<sup>2</sup>.

O referido art. 37, XXI, do texto constitucional enfatiza a “igualdade de condições a todos os concorrentes” como um interesse público de primeira grandeza, mas que admite temperamentos, a serem estabelecidos por dois caminhos: a) pela lei, que criará condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

Disso se depreende que a igualdade de condições na participação em processos licitatórios é uma garantia constitucional relevante. Nessa medida, as restrições a esta proteção devem constar do programa de normas gerais. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. A aprovação de diplomas locais com esses desígnios tem o efeito de padronizar as exigências rotineiramente praticadas pelas administrações locais em licitações específicas, estabilizando as expectativas dos respectivos participantes<sup>3</sup>.

1 “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;”

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: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

3 Precedente: ADI 3.059, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, DJE de 8-5-2015.

## Direito Constitucional

- » Organização do Estado
  - » União
    - » Competência legislativa privativa

ADI 3.835
rel. min. <b>Marco Aurélio</b>
DJE de 2-8-2017
ADI 5.235
rel. min. <b>Dias Toffoli</b>
ADI 4.861
rel. min. <b>Gilmar Mendes</b>
ADI 5.356
red. p/ o ac. min. <b>Marco Aurélio</b>
ADI 5.327
rel. min. <b>Dias Toffoli</b>
Plenário
DJE de 1º-8-2017
Informativo STF 833

### **É inconstitucional lei estadual que disponha sobre bloqueadores de sinal de celular em presídio.**

Ao determinar às empresas de telefonia a instalação de equipamentos para interrupção do sinal nas unidades prisionais do Estado, o legislador local atuou no núcleo da regulação da atividade de telecomunicações, de competência privativa da União, no que cabe a esta disciplinar a transmissão de sinais no campo eletromagnético de maneira adequada (CF, arts. 21, XI; 22, IV; e 175, IV<sup>1</sup>).

Os procedimentos concernentes à operação de telefonia celular e ao bloqueio de sinal, em determinadas áreas, podem afetar diretamente a qualidade da prestação do serviço para a população circundante. Dessa forma, o tema demanda tratamento uniforme em todo o País, ainda que a finalidade do legislador estadual seja a segurança pública.

Diante disso, por se tratar de questão relacionada ao interesse nacional, a disciplina dos serviços públicos que funcionam em todo o território cabe à União<sup>2</sup>. É com amparo nessa ideia que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse<sup>3</sup> como critério para a solução de conflitos, reconhecendo-se a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais.

Ademais, a instalação de bloqueadores de sinal de celular em presídios já possui tratamento próprio na legislação federal (Lei 10.792/2003, art. 4º<sup>4</sup>). Embora a norma não seja totalmente explícita, a lei parece ter imposto aos entes federativos,

administradores dos estabelecimentos penitenciários, a obrigação de implementar o bloqueio. Não há menção, na legislação de regência, quanto à obrigação de as operadoras prestarem o serviço.

Assim, ao transferir o ônus de instalar bloqueadores de celulares às prestadoras de serviços de telecomunicações, constata-se também interferência indevida nas relações jurídicas entre essas e a União<sup>5</sup>.

- 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; (...) Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (...) Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV – a obrigação de manter serviço adequado.”
- 2 ADI 3.533, rel. min. Eros Grau, P, *DJ* de 6-10-2006; ADI 3.846, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 15-3-2011; ADI 3.322, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 29-3-2011; e ADI 4.369 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 4-5-2011.
- 3 “Ao ser constatada uma aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina essa norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses.” (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht*, I: Heidelberg, 22. ed. 2006. p. 56-60.)
- 4 “Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.”
- 5 ADI 3.533, rel. min. Eros Grau, P, *DJ* de 6-10-2006; e ADI 4.401, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 1º-10-2010.

**É formalmente inconstitucional a lei estadual que regulamenta a cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado por serviços de estacionamento privado de veículos no Estado-membro.**

A disciplina acerca da exploração econômica de estacionamentos privados refere-se a direito civil. Trata-se, portanto, de competência privativa da União, a teor do art. 22, I, da Constituição Federal.<sup>1, 2 e 3</sup>

“É indubitável que a regulamentação da modalidade de cobrança de estacionamentos urbanos possui relação direta com o direito à propriedade, na medida em que institui limitação ao pleno exercício desse mesmo direito no âmbito das relações contratuais. Ainda, a norma estadual estatui condicionamento acerca da remuneração do contrato de depósito, previsto pelos artigos 627 a 646 do Código Civil de 2002<sup>4</sup>, ou seja, sobre tema no qual o Congresso Nacional, órgão constitucionalmente responsável por editar normas de direito civil, houve por bem deixar ao campo da autonomia privada das partes a fixação da retribuição pela prestação.”<sup>5</sup>

Diante disso, foi declarada inconstitucional a Lei 16.785/2011 do Estado do Paraná.

1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

2 ADI 2.448, rel. min. Sydney Sanches, P, DJ de 13-6-2003; ADI 1.623, rel. min. Joaquim Barbosa, P, DJE de 15-4-2011; e ADI 1.918, rel. min. Maurício Corrêa, P, DJ de 1º-8-2003.

3 Os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármen Lúcia acompanharam o relator quanto à procedência do pedido formulado na ação direta, mas por fundamento diverso. Segundo entenderam, não haveria inconstitucionalidade formal da lei impugnada porque o assunto discutido seria pertinente a direito do consumidor, matéria de competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24, V e VIII, da CF. Entretanto, a interferência do Estado na fixação de preço privado numa circunstância que não é excepcional caracterizaria inconstitucionalidade material da lei por violação ao princípio constitucional da livre iniciativa, previsto no art. 170, *caput*, da CF.

4 “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento.

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

Art. 630. Se o depósito se entregou fechado, colado, selado, ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá.

Art. 631. Salvo disposição em contrário, a restituição da coisa deve dar-se no lugar em que tiver de ser guardada. As despesas de restituição correm por conta do depositante.

Art. 632. Se a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, e o depositário tiver sido cientificado deste fato pelo depositante, não poderá ele exonerar-se restituindo a coisa a este, sem consentimento daquele.

Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

Art. 634. No caso do artigo antecedente, última parte, o depositário, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao Depósito Público.

Art. 635. Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la.

Art. 636. O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.

Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido.

Art. 638. Salvo os casos previstos nos arts. 633 e 634, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar.

Art. 639. Sendo dois ou mais depositantes, e divisível a coisa, a cada um só entregará o depositário a respectiva parte, salvo se houver entre eles solidariedade.

Art. 640. Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem.

Parágrafo único. Se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a terceiro, será responsável se agiu com culpa na escolha deste.

Art. 641. Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário.

Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

Art. 643. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.

Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem.

Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.

Art. 646. O depósito voluntário provar-se-á por escrito.”

- 5 Trecho da manifestação da Advocacia-Geral da União no presente julgamento, citada no voto do ministro Gilmar Mendes.

- » Organização do Estado
- » Estados federados
- » Competência legislativa concorrente

**É constitucional lei estadual<sup>1</sup> que declara em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça estadual<sup>2</sup>.**

Tendo em vista que o constituinte conferiu aos Estados-membros competência concorrente para legislar sobre previdência social, consoante o disposto no art. 24, XII, da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup>, não subsiste inconstitucionalidade formal à referida lei estadual.

Igualmente, a adoção do sistema de capitalização para o fundo previdenciário não implica ofensa à competência privativa da União para legislar sobre seguros, consórcios ou transferência de valores. Em qualquer carteira de previdência – pública ou privada –, há necessidade de estabelecer regras pelas quais será calculado o custeio dos benefícios concedidos.

Também inexistente ofensa ao art. 149 da CF<sup>4</sup>. A contribuição em tela não foi criada mediante o diploma impugnado, mas já era prevista em lei estadual<sup>5</sup>, cuja constitucionalidade não foi questionada.

**É inconstitucional dispositivo de lei estadual<sup>6</sup> que veda que o Estado-membro responda, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, tampouco responsabilize-se por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.**

A extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, embora possível por meio da referida lei, deve respeitar o direito adquirido dos participantes e situações subjetivas já reconhecidas, ante a situação previdenciária singular, criada e fomentada pelo próprio poder público, cuja modificação da realidade jurídica implicou a necessidade de liquidação do Fundo.

Não têm os participantes o dever jurídico de arcar com os prejuízos da ausência da principal fonte de custeio da Carteira, a qual tem filiação obrigatória, mesmo que a Administração Pública, no tocante à decisão de extingui-la, tenha atuado dentro dos limites da licitude. A lesão indenizável resulta dos efeitos da posição administrativa e das características híbridas do então regime previdenciário, e não propriamente da atuação regular ou irregular da Administração. É antiga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito. Tal entendimento foi sedimentado no princípio basilar da igualdade, segundo o qual descabe imputar a particulares individualizáveis os encargos sociais decorrentes da atuação administrativa implementada em prol de toda a coletividade<sup>7</sup>.

Ademais, seja optando pela liquidação, seja pela adequação das fontes de custeio e das regras da Carteira ao regime complementar trazido pela Emenda Constitucional 20/1998, em nenhuma das alternativas seria possível desconsiderar o primado da segurança jurídica e as consequências que o respeito a esse princípio implica. O procedimento de liquidação, embora legítimo quanto ao fim, imputa aos participantes todo o ônus da preservação do equilíbrio financeiro, até o efetivo término da Carteira, olvidando-se que à Administração Pública incumbia também suportar o risco decorrente da modificação do ordenamento jurídico no transcurso dos anos.

Assim, aplicando-se a interpretação conforme à Constituição à lei estadual em comento, as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído em lei estadual regulamentadora<sup>8</sup>, os requisitos necessários à concessão. Quanto aos que não implementaram todos os requisitos, deve ser garantida a faculdade da contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 9º, da CF<sup>9</sup>, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras da compensação referida.

1 Lei 14.016/2010 do Estado de São Paulo, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, a que se refere a Lei estadual 10.393/1970.

2 Trata-se de Carteira de Previdência administrada pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, financeiramente autônoma, com patrimônio próprio, cujas finalidades são: proporcionar aposentadoria aos seus segurados e conceder pensão aos dependentes dos segurados (arts. 1º e 2º da Lei 10.393/1970 do Estado de São Paulo). Com a Emenda Constitucional 20/1998, o regime criado pela Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas deixou de ter suporte na Constituição,

não se identificando com nenhum dos modelos nela previstos. Embora exerçam função pública essencial à administração da Justiça, descabe dizer que os integrantes das serventias não oficializadas sejam servidores públicos titulares de cargos efetivos. Dessa forma, não é aplicável a sistemática reservada aos servidores públicos efetivos, baseada no art. 40 da CF. O diploma impugnado tampouco instituiu sistema compatível com a previdência privada, haja vista a vedação contida no § 3º do art. 202 da CF. Assim, não podem os integrantes das serventias não oficializadas participar de previdência pública ou privada patrocinada por ente público. Ante o quadro, restaram à Carteira Previdenciária duas possibilidades: a adequação das fontes de custeio e das regras da Carteira ao regime complementar inaugurado com a reforma da Previdência ou a liquidação.

- 3 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII – previdência social, proteção e defesa da saúde.”
- 4 “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”
- 5 Art. 43, I e II, da Lei 10.393/1970 do Estado de São Paulo.
- 6 Art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 14.016/2010 do Estado de São Paulo.
- 7 Precedentes: ADI 4.291, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 14-3-2012; e ADI 4.429, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 14-3-2012.
- 8 Lei 10.393/1970 do Estado de São Paulo, que reorganiza a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado.
- 9 “Art. 201. (...) § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

- » Organização do Estado
  - » Estados federados
    - » Competência legislativa concorrente

**É constitucional dispositivo de lei estadual<sup>1</sup> que autoriza as empresas que facultativamente patrocinarem bolsas para a formação superior de professores a exigir dos beneficiários, em contrapartida, serviços na área educacional.**

Tal medida visa incentivar e estimular a formação de professores em nível superior e aprimorar o sistema regional de ensino através da implementação de projetos de alfabetização ou de aperfeiçoamento dos empregados das empresas financiadoras, bem como através de outras atividades compatíveis com a formação profissional dos beneficiários.

Inexiste, portanto, vício de inconstitucionalidade formal. A norma não legislou sobre Direito Civil, tampouco sobre Direito do Trabalho, ambos assuntos de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>.

Também não há inconstitucionalidade material. Trata-se, em verdade, de norma concernente a educação e ensino, matéria sobre a qual a Constituição atribui competência legislativa concorrente (CF, art. 24, IX<sup>3</sup>), cabendo à União estabelecer as normas gerais e aos Estados-membros e ao Distrito Federal suplementá-las, no afã de afeiçoá-las às particularidades regionais<sup>4</sup>.

O princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas por Estados, Municípios e Distrito Federal.

A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa. Assim, viabiliza o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988.

**É inconstitucional a instituição unilateral, por meio de lei estadual<sup>5</sup>, de benefício fiscal relativo a Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) à empresa patrocinadora de bolsas de estudo a professores.**

Embora a competência tributária abranja como consectário lógico a possibilidade de instituição de benefícios fiscais (isenções, concessão de crédito presumido, redução da base de cálculo do tributo), a parte final do art. 150, § 6º, da CF<sup>6</sup> revela regime particular no tocante às exonerações fiscais instituídas em relação ao ICMS. Para tal tributo, os Estados não podem estabelecer isenções livremente, sendo exigida a prévia deliberação entre os Estados-membros para a sua concessão, conforme previsão constitucional (CF, art. 155, § 2º, XII, g<sup>7</sup>) e como disciplinado pela Lei Complementar 24/1975<sup>8</sup>.

A exigência de um convênio interestadual prévio evidencia a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo. Se fosse lícita a cada ente federativo regional a instituição de exonerações fiscais de forma independente, o resultado seria a cognominada guerra fiscal, com a busca irrefreável pela redução da carga tributária em cada Estado, de forma a atrair empreendimentos e capital para o respectivo território, em prejuízo, em última análise, para a própria forma de estado federalista e seus consectários fiscais.

Nesse cenário, padece de inconstitucionalidade dispositivo de lei estadual, porquanto concessivo de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal, em desarmonia com a Constituição Federal<sup>9</sup>.

**1** Lei 11.743/2002 do Estado do Rio Grande do Sul: “Assegura prestação de serviço e possibilita incentivo a empresas que financiem bolsas de estudo aos professores que necessitam completar a formação pedagógica. (...) Art. 1º As empresas que patrocinarem bolsas de estudo para professores que ingressam em curso superior, em atendimento ao disposto pelo § 4º do art. 87 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, poderão, em contrapartida, exigir dos beneficiários que lhes prestem serviço para implementação de projetos de alfabetização ou de aperfeiçoamento de seus empregados, bem como outras atividades compatíveis com sua formação profissional. Art. 2º Os serviços a que se refere o art. 1º serão prestados após a conclusão do curso, por tempo proporcional ao período em que vigorou a bolsa, não podendo ultrapassar a 4 (quatro) anos, nem obrigar o beneficiário a mais de 2 (duas) horas diárias de trabalho. Parágrafo único. Se a bolsa for concedida pela própria Instituição de Ensino Superior frequentada pelo beneficiário, esta poderá exigir do mesmo a prestação de serviço durante a realização do curso.”

- 2 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”
- 3 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;”
- 4 Precedentes: ADI 4.060, rel. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 4-5-2015; ADI 3.669, rel. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 29-6-2007; ADI 682, red. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P, *DJE* de 11-5-2007; e ADI 3.098, rel. min. Carlos Velloso, P, *DJE* de 10-3-2006.
- 5 Lei 11.743/2002 do Estado do Rio Grande do Sul: “Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder à empresa patrocinadora da bolsa prevista na presente lei, mediante requerimento da interessada, incentivo equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da mesma, a ser deduzido do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.”
- 6 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.”
- 7 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º O imposto previsto no inciso II 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.”
- 8 “Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.”
- 9 Precedentes: ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, P, *DJE* de 19-5-2015; ADI 4.276, rel. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 18-9-2014; ADI 2.688, rel. min. Joaquim Barbosa, P, *DJE* de 26-8-2011; e ADI 1.247 MC, rel. min. Celso de Mello, P, *DJ* de 8-9-1995.

### O Município tem competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, quando se tratar de interesse local.

Embora a matéria relativa à proteção do meio ambiente e ao controle da poluição seja de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24, VI, §§ 1º a 3º<sup>1</sup>), aos Municípios é atribuída a competência para suplementar a legislação federal e a estadual nos assuntos de interesse local, nos termos do art. 30, I e II, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

“José Afonso da Silva opina no sentido de que ‘aí, certamente, competirá aos Municípios legislar supletivamente sobre: 1. proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; 2. responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico local; 3. educação, cultura, ensino e saúde, no que tange à prestação desses serviços no âmbito local; 4. direito urbanístico local, etc.’.”<sup>3</sup>

Assim, é de interesse local a disciplina da poluição do meio ambiente por veículos que trafegam no perímetro urbano expelindo fumaça e gases tóxicos.

Ademais, cabe destacar que a competência material – administrativa, de atividades concretas – para a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23, VI<sup>4</sup>).

Diante desse quadro, como a atividade administrativa desenvolve-se *sub legem* – administrar é executar de ofício a lei –, ao Município devem ser dados os meios para a consecução de seus fins.

<sup>1</sup> “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; (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para

legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”

- 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 VELLOSO, Carlos. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988 – o equilíbrio federativo. In: *Temas de direito público*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 401.
- 4 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;”

- » Organização do Estado
- » Municípios
- » Fiscalização do Município – Repercussão Geral

**Para os fins do art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64<sup>1</sup>, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos tribunais de contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.**

O constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República (*checks and balances*). Tal encargo não cabe aos técnicos dos tribunais de contas, que não são detentores de poder<sup>2</sup>. São os vereadores que representam o povo, os cidadãos, os munícipes, praticando atos em nome destes, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal (CF), o qual prevê que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

A Câmara Municipal, portanto, é o órgão que representa a soberania popular, em particular o contribuinte, e que tem toda a legitimidade para examinar as contas municipais, nos termos do art. 31, § 3º, da CF<sup>3</sup>.

O controle externo é exercido pela Câmara Municipal com o auxílio dos tribunais de contas dos Estados ou do Município ou dos conselhos ou tribunais de contas dos Municípios, onde houver (CF, art. 31, § 1º<sup>4</sup>). O “auxílio” a que se refere o texto constitucional deve ser entendido como ajuda, assistência ou amparo fornecido pelo órgão técnico administrativo ao órgão legislativo<sup>5</sup>.

Cabe destacar que não há propriamente um julgamento de contas pelo órgão técnico. O relevante papel dos tribunais de contas restringe-se apenas a produzir parecer prévio à decisão do órgão legislativo (CF, art. 31, § 2º<sup>6</sup>).

A Constituição Federal de 1988, de maneira direta, revela que o órgão competente para lavrar decisão irrecurável a que faz referência a Lei da Ficha Limpa é, sem risco

de dúvidas, a Câmara Municipal, porque a decisão é do órgão legislativo, e não do tribunal de contas. Não se pode interpretar a referida lei apartada do texto constitucional, nem interpretar a Carta Magna à luz da Lei Complementar 64/1990. A competência do órgão legislativo para o julgamento não é determinada pela natureza das contas, se de gestão ou de governo, mas pelo cargo de quem as presta, no caso, o de prefeito municipal.

O respeito às leis e à Constituição da República representa condição indispensável ao regular exercício da função fiscalizadora do Poder Legislativo, não podendo legitimar-se a inelegibilidade de candidato ou exercente do cargo de prefeito municipal por “decisão” de quem não tem competência para tanto.

O juiz natural das contas do prefeito sempre será a Câmara Municipal, prestigiando-se, portanto, a democracia, a soberania popular, a independência e a autonomia do órgão legislativo local. O caráter puramente político das Câmaras Municipais é amenizado, justamente, pelo exame do parecer prévio das contas por parte dos tribunais de contas. Há, no caso, balanço prudente que foi elaborado pelo constituinte de 1988.

- 1 “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”
- 2 “A função de fiscalização, que surgira com o constitucionalismo e o Estado de Direito implantado com a Revolução Francesa, sempre constituiu tarefa básica dos parlamentos e assembleias legislativas. No sistema de separação de poderes, cabe ao órgão legislativo criar as leis, por isso é da lógica do sistema que a ele também se impute a atribuição de fiscalizar seu cumprimento pelo Executivo, a que incumbe a função de administração. Por outro lado, no que tange ao aspecto específico que nos interessa aqui – o do controle da administração financeira e orçamentária –, reserva-se ao Legislativo o poder financeiro, como uma de suas conquistas seculares, pela qual firmara mesmo sua autonomia, sendo, portanto, também de palmar evidência que a ele há de pertencer, em última análise, aquele controle, denominado controle externo, sem embargo de que se erija e se desenvolva, na Administração moderna, eficiente sistema de autocontrole – o chamado controle interno – de que é titular cada um dos Poderes onde ele atua (art. 70).” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 723-724.)
- 3 “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. (...) § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de

qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.”

- 4 “Art. 31. (...) § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.”
- 5 ADI 614 MC, rel. min. Ilmar Galvão, P, DJ de 18-5-2001.
- 6 “Art. 31. (...) § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.”

# ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

DIREITO CONSTITUCIONAL

- » Organização dos Poderes
- » Poder Legislativo
- » Deputados e senadores

**A suspensão do exercício do mandato de deputado federal pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de decisão cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato.**

Ninguém pode se beneficiar da própria conduta reprovável<sup>1</sup>. Nessa linha, a continuidade do processo de cassação de parlamentar afastado do mandato por decisão cautelar tampouco viola o direito à ampla defesa ou um “direito de obstrução”. Embora postergar o trâmite do feito possa ser estratégia favorável à defesa, não há direito subjetivo a dilações indevidas, mas apenas ao devido processo legal.

O STF somente deve intervir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição Federal (CF), proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias parlamentares. No entanto, em processos de cunho acentuadamente político, como é o caso da cassação de mandato parlamentar, o STF deve se pautar pela deferência e pela autocontenção, somente intervindo em casos excepcionalíssimos.

Ademais, o eventual impedimento do relator do processo no Conselho de Ética por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante não é questão que autorize intervenção do Judiciário, pois não tem natureza constitucional<sup>2</sup>. Por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos parlamentares, a matéria controvertida cinge-se à interpretação de dispositivos internos da Câmara dos Deputados<sup>3</sup>. Logo, a questão deve, em princípio, ser resolvida pela própria instância legislativa<sup>4</sup>.

## **É lícita a adoção da votação nominal em parecer do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.**

Essa é a forma que garante o maior nível de transparência e debate parlamentar, tornando públicas eventuais justificativas de voto dos congressistas enquanto a votação se desenvolve.

Na atividade parlamentar, a publicidade não deve ser tratada como exceção a ser interpretada restritivamente. Ao contrário, se a votação nominal é prevista para hipóteses gravíssimas (autorização para instauração de processo por crime comum ou de responsabilidade em face do presidente da República, do vice-presidente e dos ministros de Estado), nada obsta que a forma também seja usada para processos de cassação de mandato.

Assim, cabe deferência para com a interpretação regimental acolhida pela própria Câmara dos Deputados quanto ao art. 187, § 4º, de seu Regimento Interno (RICD)<sup>5</sup>.

Por sua vez, o painel eletrônico constitui forma de tornar mais ágil a votação, que antes ocorria apenas por chamada nominal. Portanto, não se poderia alegar nulidade por se ter adotado a forma antiga de votação em detrimento do sistema eletrônico. Além disso, após a instalação dos painéis eletrônicos nos plenários das comissões e do Conselho de Ética, a Câmara não regulamentou as hipóteses de utilização do novo sistema, não tendo sido especificados os casos em que deve ser observada uma ou outra forma de votação. Não obstante, ainda que aplicável a votação eletrônica ao Conselho de Ética, o art. 187, § 4º, do RICD não aparenta proibir a votação nominal fora das três<sup>6</sup> hipóteses nele previstas.

Por fim, inexistente o denominado “efeito manada” quando a mudança no voto de um parlamentar refere-se a cálculo político decorrente da constatação de que seu voto pela absolvição do impetrante não mudaria o resultado final. Isso, aliás, demonstra a ausência de prejuízo capaz de justificar a nulidade alegada.

## **Não acarreta duplicidade o cômputo dos membros suplentes para o quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).**

O art. 57, IX, do RICD<sup>7</sup> prevê que a suplência nas comissões pertence aos partidos (ou aos blocos de partidos), não estando vinculados propriamente aos titulares ausentes.

Assim, o quórum de maioria absoluta para a instalação da sessão na CCJC leva em consideração o registro no painel eletrônico do titular e do suplente que primeiro

marcou presença dentro daquele partido ou bloco. A premissa do argumento segundo a qual haveria um suplente para cada titular, portanto, não é verdadeira.

Na mesma linha, não há violação ao art. 58, § 1º, da CF<sup>8</sup>. Esse dispositivo se refere à representação proporcional dos partidos ou blocos na composição das Mesas e de cada comissão, e não ao quórum de instalação das sessões.

- 1 O MS 25.579 MC, citado como precedente, não é aplicável à hipótese. Naquele julgamento, o licenciamento do mandato não foi a razão determinante do argumento pela impossibilidade de instauração do processo de cassação. Tratou-se, em verdade, da responsabilização de parlamentar para exercer cargo de ministro-chefe da Casa Civil, condição na qual teria praticado os atos objeto de apuração. O STF entendeu que, em princípio, por força da separação entre os Poderes, não poderia um deputado federal ser julgado pela Casa legislativa por atos por ele praticados como membro do Poder Executivo. No entanto, ao final, a medida liminar foi indeferida, validando-se a instauração do processo de cassação do mandato, já que a infração foi considerada como enquadrada no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, ao qual o então impetrante ainda permanecia vinculado.
- 2 Precedente: MS 33.729 MC-AgR, rel. min. Roberto Barroso, P, DJE de 4-2-2016.
- 3 Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.
- 4 Precedentes: MS 24.356, rel. min. Carlos Velloso, P, DJ de 12-9-2003; e MS 22.503, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, DJ de 6-6-1997.
- 5 “Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. (...) § 4º Quando o sistema eletrônico não estiver em condições de funcionamento, e nas hipóteses de que tratam os arts. 217, IV, e 218, § 8º, a votação nominal será feita pela chamada dos Deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa, observando-se que:”
- 6 As hipóteses de votação nominal previstas no RICD são as seguintes: a) quando o sistema eletrônico não estiver em condições de funcionamento (art. 187, § 4º); b) votação de parecer para autorização do presidente do Supremo Tribunal Federal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado (art. 217, IV); c) votação de parecer quanto ao recebimento de denúncia contra o presidente da República, o vice-presidente da República ou ministro de Estado por crime de responsabilidade (art. 218, § 8º).
- 7 “Art. 57. No desenvolvimento dos seus trabalhos, as Comissões observarão as seguintes normas: (...) IX-A. Na votação, serão colhidos primeiramente os votos dos membros titulares presentes e, em seguida, os dos suplentes dos partidos dos titulares ausentes.”
- 8 “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.”

- » Organização dos Poderes
- » Poder Legislativo
- » Deputados e senadores

**A competência das casas legislativas para decidir sobre a perda do mandato de congressista condenado criminalmente (art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal<sup>1</sup>) não é absoluta.**

Quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não é viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do congressista a 1/3 das sessões ordinárias da casa legislativa da qual faça parte, a hipótese é de perda automática do mandato. Dessa forma, cabe à Mesa da casa legislativa declará-la, em conformidade com o art. 55, III, § 3º, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

“Nessa situação, verifica-se uma impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato. Jurídica, porque uma das condições mínimas exigidas pela Constituição para o exercício do mandato é o comparecimento às sessões da Casa (Constituição Federal, arts. 55, III<sup>3</sup>, e 56, II<sup>4</sup>). E física, porque ele simplesmente não tem como estar presente ao local onde se realizam os trabalhos e, sobretudo, às sessões deliberativas da Casa Legislativa<sup>5</sup>.”

1 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...) § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”

2 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; (...) § 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.”

- 3 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;”
- 4 “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) II – licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.”
- 5 MS 32.326 MC, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática, *DJE* de 21-3-2014.

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Tribunal de Contas

**A ausência de participação de terceiros indiretamente afetados pelas determinações do Tribunal de Contas da União em auditoria realizada para apurar a gestão administrativa de órgão público não viola o direito ao contraditório (CF, art. 5º, LV<sup>1</sup>).**

O contraditório pressupõe a existência de litigantes ou acusados. Isso não ocorre quando o Tribunal de Contas atua no campo da fiscalização de órgãos e entes administrativos.

Nessa espécie de atuação administrativa, a relação processual envolve apenas o órgão fiscalizador e o fiscalizado, mostrando-se prescindível a participação dos interessados na manutenção do quadro jurídico objeto do controle.

“Os servidores terão asseguradas as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal nos procedimentos administrativos eventualmente instaurados no órgão de origem visando à adoção das providências preconizadas.”<sup>2</sup>

Nesse contexto, “inviabilizaria a atuação do Tribunal de Contas da União a conclusão de que, em face de repercussões de auditoria, seja necessário intimar, para vir ao processo de controle, qualquer um que pudesse ser alcançado, embora de forma indireta, pelo pronunciamento”<sup>3</sup>.

**Uma vez envolvida fiscalização linear exercida pelo Tribunal de Contas, presente o disposto no art. 71, IV, da Carta da República<sup>4</sup>, inexistente campo para evocar-se a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999<sup>5</sup>.**

Em processos de controle abstrato, não há exame de ato específico do qual decorra efeito favorável ao administrado, no que a repercussão sobre eventual direito individual é apenas indireta.

- 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: (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”
- 2 MS 32.876, rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, *DJE* de 5-8-2014.
- 3 MS 25.198, rel. min. Marco Aurélio, *P, DJ* de 26-8-2005; e MS 25.206, rel. min. Marco Aurélio, *P, DJ* de 2-9-2005.
- 4 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;”
- 5 “Art. 54. 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.”

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Tribunal de Contas

**A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União (TCU) é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999<sup>1</sup>, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia.**

A Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992<sup>2</sup>), ao prever a competência do órgão de contas federal para aplicar multas pela prática de infrações submetidas à sua esfera de apuração (art. 58<sup>3</sup>), deixou de estabelecer prazo para o exercício do poder punitivo.

A ausência de previsão em lei específica, entretanto, não significa hipótese de imprescritibilidade. Tendo em vista que a aplicação de multas pelo TCU se insere no exercício da competência sancionadora da Administração Pública Federal<sup>4</sup>, o TCU subsome-se à prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999. Esse fundamento decorre do caráter geral dessa norma em matéria de direito administrativo sancionador, sendo sua disciplina aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal, exceto àqueles âmbitos em que exista regulamentação própria, como as infrações de natureza funcional, e aos processos e procedimentos de natureza tributária (Lei 9.873/1999, art. 5<sup>5</sup>).

Por um lado, o art. 1º da Lei 9.873/1999<sup>6</sup> alude à ação punitiva “no exercício do poder de polícia”. Por outro lado, a atuação do TCU não se qualifica, em sua acepção clássica, como exercício do poder de polícia – o qual se caracteriza apenas pela restrição da liberdade e da propriedade dos particulares em prol do interesse público. De fato, na atividade de controle externo, o TCU fiscaliza a própria atuação estatal em relação a gestores de recursos públicos. Não obstante, há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer, o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida,

consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador.

Portanto, a rigor, a Lei 9.873/1999 regula a ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder administrativo sancionador, e não no exercício do poder de polícia, o qual abarca medidas preventivas de proteção de interesses públicos, mas não a aplicação de sanções.

Ademais, ainda que a referida norma não fosse integralmente aplicável à ação punitiva do TCU, representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia. Afinal, o Direito Administrativo tem autonomia científica, motivo pelo qual não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão com recurso às normas de Direito Civil, e não às de Direito Administrativo. Assim, à falta de norma regulamentadora, o prazo prescricional referencial em matéria de Direito Administrativo deve ser de cinco anos, em harmonia, inclusive, com amplo conjunto de normas que adota o mesmo parâmetro<sup>7</sup>.

A razão de ser da Lei 9.873/1999 é impedir que as pessoas submetidas ao poder de polícia fiquem eternamente sujeitas à possibilidade de aplicação de sanções administrativas. No caso concreto, examina-se a aplicação de multa pelo TCU àqueles submetidos à sua fiscalização. Também em relação a estas pessoas, o princípio da segurança jurídica impõe a extinção da pretensão punitiva em razão do decurso do tempo. Como já reconhecido pela doutrina, a alegação de suposta “relação de sujeição especial” com a Administração Pública não pode servir de subterfúgio retórico para a violação de direitos fundamentais.

Estabelece o art. 1º da Lei 9.873/1999 que o prazo prescricional se inicia “da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. Em caso de conduta de natureza omissiva, a infração deve ser tida como permanente. Assim, o termo inicial da prescrição se inicia quando cessado o ato, por exemplo, com a exoneração do impetrante do cargo.

- 1 “Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.”
- 2 “Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.”
- 3 “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I – contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei; II – ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de

natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII – reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficarà sujeito à multa prevista no *caput* deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado. § 2º O valor estabelecido no *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no *caput* deste artigo, em função da gravidade da infração.”

- 4 Precedente: RE 190.985, rel. min. Néri da Silveira, P, *DJ* de 24-8-2001.
- 5 “Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.”
- 6 “Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.”
- 7 Decreto 20.910/1932, art. 1º; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei 6.838/1980, art. 1º; Lei 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais), art. 142, I; Lei 8.429/1992, art. 23; Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), art. 43; Lei 9.783/1999; Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste), art. 46; Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), art. 25; entre outros.

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Tribunal de Contas

**Configura usurpação de atribuição típica do Tribunal de Contas, preconizada no art. 71, II, da Constituição da República<sup>1</sup>, atribuir à respectiva Assembleia Legislativa competência para julgar as contas do Poder Legislativo.**

“Os Estados-membros estão sujeitos, em matéria de organização, composição e atribuições fiscalizadoras dos seus Tribunais de Contas, ao modelo jurídico estabelecido pela Constituição da República. Essa subordinação normativa ao padrão federal deriva de cláusula explícita consubstanciada no art. 75, *caput*, da Carta Política, que assim dispõe, *verbis*: ‘As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados (...)’ O Supremo Tribunal Federal, tendo presente essa realidade jurídico-normativa, já proclamou, na análise das funções institucionais cometidas a esse importante órgão estatal de controle externo, que ‘(...) O regramento dos Tribunais de Contas estaduais, a partir da Constituição de 1988 – inobstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação –, é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela Federação brasileira e, também, do necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos Estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República’ (...)”<sup>2</sup>

Logo, é inconstitucional o art. 47, V, da Constituição de Sergipe, o qual afastava a competência do Tribunal de Contas estadual para julgar, com força vinculante, as contas dos integrantes de órgãos legislativos.

**É inconstitucional a norma de Constituição estadual que dispensa apresentação de parecer prévio sobre as contas de chefe do Poder Executivo municipal a ser emitido pelo respectivo Tribunal de Contas estadual.**

A norma local não pode excepcionar o que a Constituição da República não excepcionou, indo de encontro ao princípio da simetria, expressamente previsto em seu art. 75<sup>3</sup>, no concernente às competências precípua dos tribunais de contas estaduais<sup>4</sup>.

“O parecer prévio que o prefeito tem que prestar anualmente à Câmara Municipal, referido no § 2º, emitido pelo órgão de contas competente, segundo se viu nos comentários supra, não tem apenas o valor de uma opinião que pode ser aceita ou não. Não é, pois, um parecer no sentido técnico de opinião abalizada, mas não impositiva. Ao contrário, ele vale e tem a eficácia de uma decisão impositiva. Sua eficácia pode, porém, ser desfeita se dois terços dos membros da Câmara Municipal votarem contra ele. Só assim não prevalecerá.”<sup>5</sup>

Diante disso, é inconstitucional a expressão “decorrido o tempo previsto sem oferecimento do parecer, serão os autos remetidos no prazo de cinco dias às respectivas Câmaras Municipais”, contida na parte final do inciso XII do art. 68 da Constituição de Sergipe.

**É permitida apenas uma recondução ao cargo de procurador-geral de Justiça<sup>6</sup>.**

A recondução ao cargo de procurador-geral de Justiça deve observar o parâmetro definido no art. 128, § 3º, da Constituição da República<sup>7</sup>.

Logo, por meio da interpretação conforme à Constituição da República, a expressão “permitida a recondução”, constante do § 1º do art. 116 da Constituição de Sergipe, deve ser entendida como “permitida uma recondução”.

**A escolha do superintendente da Polícia Civil, pelo governador do Estado, circunscreve-se a delegados ou delegadas de polícia da carreira, independentemente do estágio de sua progressão funcional.**

Há exigência de simetria entre os critérios da Constituição da República e das Constituições estaduais para a nomeação de chefes da Polícia Civil<sup>8</sup>.

Nesse sentido, foi dada interpretação conforme à Constituição da República (art. 144, § 4º) ao § 1º do art. 116 da Constituição de Sergipe, o qual circunscrevia o exercício da superintendência da Polícia Civil aos delegados ou delegadas em final de carreira.

- 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: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; 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 Trecho do voto do ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 849 MC, rel. min. Celso de Mello, P, *DJ* de 8-4-1994.
- 3 “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.”
- 4 ADI 849, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, *DJ* de 23-4-1999; e ADI 261, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJ* de 28-2-2003.
- 5 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 317.
- 6 ADI 2.622, red. p/ o ac. min. Cezar Peluso, P, *DJE* de 16-2-2012.
- 7 “Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) § 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triplíce dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.”
- 8 ADI 3.038, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 12-2-2015.
- 9 “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: (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Tribunal de Contas – **Repercussão Geral**

RE 729.744
RG – Tema 157
rel. min. <b>Gilmar Mendes</b>
Plenário
DJE de 23-8-2017
Informativo STF 835

**O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo, exclusivamente, à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.**

A expressão “só deixará de prevalecer”, constante do art. 31, § 2º, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, deve ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para rejeição do parecer emitido pelo Tribunal de Contas.

A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75<sup>2</sup>, que as normas constitucionais que conformam o modelo de organização do Tribunal de Contas da União (TCU) são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros<sup>3</sup>. No âmbito das competências institucionais do TCU, há clara distinção entre: (i) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, da CF<sup>4</sup>; e (ii) a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, definida no art. 71, II, da CF<sup>5</sup>.

Nesses termos, cabe ao Tribunal de Contas apenas apreciar, mediante parecer prévio, sem conteúdo deliberativo, as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo. A competência para julgar essas contas fica a cargo do Congresso Nacional – por força do art. 49, IX, da CF<sup>6</sup> –, cuja apreciação não se vincula ao parecer do Tribunal de Contas. O poder constituinte originário conferiu o julgamento das contas do administrador público ao Poder Legislativo, pois tal decisão comporta em si natureza política, e não apenas técnica ou contábil, já que objetiva analisar, além das exigências legais para aplicação de despesas, se a atuação do chefe do Poder Executivo atendeu, ou não, aos anseios e necessidades da população respectiva.

No âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constitui uma das prerrogativas institucionais da Câmara dos Vereadores, que o exercerá com

o auxílio dos tribunais de contas do Estado ou do Município, onde houver, nos termos do art. 31 da CF.<sup>7 e 8</sup>

Por seu turno, o entendimento de que o parecer conclusivo produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da casa legislativa, ofende a regra do art. 71, I, da CF. Essa previsão dispõe que, na análise das contas do chefe do Poder Executivo, os tribunais de contas emitem parecer prévio, consubstanciado em pronunciamento técnico, sem conteúdo deliberativo, com o fim de subsidiar as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, que não está obrigado a se vincular à manifestação opinativa daquele órgão auxiliar. Tal entendimento teria, ainda, o condão de transformar a natureza precária do parecer, passível de aprovação ou rejeição, em decisão definitiva.

O ordenamento jurídico pátrio não admite o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de, assim se entendendo, permitir-se à Câmara Municipal delegar ao Tribunal de Contas, que é órgão auxiliar, competência constitucional que lhe é própria, além de se criar sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição.

Do mesmo modo, não se conformam com o texto constitucional previsões normativas que considerem recomendadas as contas do Município nos casos em que o parecer técnico não seja emitido no prazo legal, permitindo às câmaras municipais seu julgamento independentemente do parecer do Tribunal de Contas<sup>9</sup>.

Por fim, é importante ressaltar que, no julgamento das contas anuais do prefeito, não há julgamento do próprio prefeito, mas deliberação sobre a exatidão da execução orçamentária do Município. A rejeição das contas tem o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do prefeito, nos termos do art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/1990<sup>10</sup>. Não se poderia admitir, dentro desse sistema, que o parecer opinativo do Tribunal de Contas tivesse o condão de gerar tais consequências ao chefe de poder local.

Entretanto, no caso de a Câmara Municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afasta é apenas sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderão dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa.

**1** “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. (...) § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. § 3º As contas do Município ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de

qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. § 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.”

- 2 “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”
- 3 ADI 849, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, DJ de 24-2-1999; e ADI 3.715, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJE de 30-10-2014.
- 4 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;”
- 5 “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.”
- 6 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;”
- 7 “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. § 3º As contas do Município ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. § 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.”
- 8 Getúlio Sérgio do Amaral sistematiza a forma de controle externo das contas do prefeito prevista no art. 31 da Constituição da seguinte maneira: “Primeiramente, o controle externo é efetuado pela própria população, mediante o exame direto das contas, que ficam durante sessenta dias à disposição de qualquer contribuinte, para o seu exame e apreciação, podendo ser questionada a sua legitimidade tanto administrativa como judicialmente, neste último, pela ação popular; o outro nível de controle é realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, mediante a emissão de parecer prévio, que poderá considerar as contas regulares, parcialmente regulares ou irregulares; e, por último, exsurge através do julgamento das contas municipais, realizado pela Câmara local, que poderá acatar o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas do Estado, que só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.” (AMARAL, Getúlio Sérgio do. *Direito à defesa do prefeito nos julgamentos das contas municipais: aplicabilidade do devido processo legal e da ampla defesa aos julgamentos das contas do administrador municipal pela Câmara Municipal*: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Inédita, 2000. p. 22.)

- 9 ADI 215 MC, rel. min. Celso de Mello, P, *DJ* de 3-8-1990.
- 10 “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas

Rcl 24.156 AgR

Rcl 24.158 AgR

rel. min. Celso de Mello

2ª Turma

DJE de 20-11-2017

Informativo STF 883

**Os membros do Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas (MPTCU) não possuem legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento de reclamação no Supremo Tribunal Federal.**

A atuação dos agentes do *Parquet* especial, não obstante o alto relevo de suas atribuições, limita-se, unicamente, ao âmbito dos próprios Tribunais de Contas perante os quais oficiam.

Nos termos do art. 128 da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, o MPTCU “(...) não compõe a estrutura do Ministério Público comum da União e dos Estados, sendo apenas atribuídas aos membros daquele as mesmas prerrogativas funcionais deste (CF, art. 130<sup>2</sup>)”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, cabe destacar que “a cláusula de garantia inscrita no art. 130 da CF/1988 é de ordem subjetiva e, portanto, refere-se a direitos, vedações e forma de investidura no cargo dos membros do Ministério Público junto às Cortes de Contas, não constituindo regra de ampliação da atribuição institucional do *Parquet* especial”<sup>4</sup>.

Diante disso, “as atribuições do Ministério Público comum, entre as quais se inclui sua legitimidade processual extraordinária e autônoma, não se estendem ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas”<sup>5</sup>.

**1** Art. 128. O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados. § 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. § 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triplíce dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois

anos, permitida uma recondução. § 4º Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva. § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; II – as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. § 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.”

- 2 “Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”
- 3 Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no Rcl 24.161 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, *DJE* de 9-12-2016.
- 4 Trecho do voto do ministro Dias Toffoli no Rcl 24.162 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJE* de 7-12-2016.
- 5 Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no Rcl 24.161 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, *DJE* de 9-12-2016.

- » Organização dos Poderes
  - » Fiscalização contábil, financeira e orçamentária
    - » Procuradoria especial dos Tribunais de Contas

**É constitucional a criação de procuradoria jurídica vinculada a Tribunal de Contas estadual, com a atribuição de assegurar em juízo a autonomia e a independência da Corte de Contas, bem como de exercer as funções de consultoria e assessoramento jurídico internos<sup>1</sup>.**

Em certas situações, determinado Poder necessita estar em juízo praticando, por si mesmo e validamente, uma série de atos processuais na defesa de interesses peculiares que assegurem sua autonomia ou independência frente aos demais Poderes.

Nessa medida, é reconhecida a possibilidade da criação de carreiras especiais para a representação judicial de assembleias legislativas e tribunais de contas, não havendo ofensa ao disposto no art. 132 da Constituição Federal<sup>2</sup>.

**A procuradoria jurídica vinculada a Tribunal de Contas estadual não possui legitimidade ativa para a cobrança em juízo de multas aplicadas pela Corte de Contas<sup>3</sup>.**

As decisões das cortes de contas que impõem condenação patrimonial têm eficácia de título executivo. Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, ante a ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto<sup>4</sup>.

A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta, por intermédio de seus próprios procuradores, os quais atuarão junto ao órgão jurisdicional competente.

<sup>1</sup> Precedentes: ADI 1.557, rel. min. Ellen Gracie, P, DJ de 18-6-2004; e ADI 94, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJE de 16-12-2011.

<sup>2</sup> “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.”

- 3 Precedentes: RE 223.037, rel. min. Maurício Corrêa, P, *DJ* de 2-8-2002; AI 818.789 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 11-4-2011; RE 525.663 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 13-10-2011; AI 826.676 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 24-2-2011; e RE 510.034 AgR, rel. min. Eros Grau, 2ª T, *DJE* de 15-8-2008.
- 4 RE 223.037, rel. min. Maurício Corrêa, P, *DJ* de 2-8-2002.

- » Organização dos Poderes
  - » Poder Executivo
    - » Responsabilidade do presidente da República

**O § 4º do art. 187 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD)<sup>1</sup> é compatível com a Constituição Federal (CF).**

A CF não estabelece critério a ser adotado na colheita dos votos nas votações nominais na Câmara dos Deputados que possa ter sido afrontado pelo art. 187, § 4º, do RICD, o qual estabelece a aplicação de modelo de votação alternada, do norte para o sul, quando o sistema eletrônico não estiver em condições de funcionamento. Tendo em vista que não se trata de matéria prevista no texto constitucional, inexistente incompatibilidade entre a norma regimental com qualquer preceito constitucional, por absoluta ausência de contraste possível.

Em última análise, carece de articulação mínima a alegação de que a votação poderia gerar “efeito cascata”, de modo que os primeiros votos pudessem influenciar os últimos, o que comprometeria a imparcialidade do julgamento, violando os princípios do devido processo legal, da moralidade, da impessoalidade e da República. Afinal, qualquer votação nominal – e, portanto, não simultânea –, seja ela feita por qualquer critério, jamais eliminará esse possível efeito, pois é a ela inerente.

Interferências recíprocas nas manifestações dos julgadores são inevitáveis em qualquer ordem de votação nominal, independentemente do critério de sequenciamento adotado, não sendo possível presumir a ilegitimidade da deliberação do colegiado parlamentar, por mera alegação de direcionamento, em um ou outro sentido. A inconstitucionalidade, portanto, residiria em tese na própria votação nominal. A providência para afastar o “efeito cascata” não é alterar a forma de colher os votos, porque, ao fim e ao cabo, sempre haverá um voto inicial e um voto final, mas, sim, eliminar esse próprio tipo de votação.

Por fim, não se pode exigir isenção e imparcialidade dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Na realidade, o *impeachment* é questão política que haveria de ser resolvida com critérios políticos. A garantia da imparcialidade está no alto quórum exigido para a votação.

Ademais, a mera invocação genérica de transgressão a um postulado constitucional não é suficiente para legitimar o ajuizamento de ação direta. Para tanto, é preciso não apenas indicar os valores, os princípios, mas também demonstrar as alegações de inconstitucionalidade do dispositivo do regimento interno e estabelecer as razões jurídicas que pudessem legitimar a pretendida ocorrência de violação às normas invocadas no processo de controle objetivo de constitucionalidade.

1 “Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. (...) § 4º Quando o sistema eletrônico não estiver em condições de funcionamento, e nas hipóteses de que tratam os arts. 217, IV, e 218, § 8º, a votação nominal será feita pela chamada dos Deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa, observando-se que: I – os nomes serão enunciados, em voz alta, por um dos Secretários; II – os Deputados, levantando-se de suas cadeiras, responderão sim ou não, conforme aprovem ou rejeitem a matéria em votação; III – as abstenções serão também anotadas pelo Secretário.”

## Direito Constitucional

- » Organização dos Poderes
  - » Poder Executivo
    - » Responsabilidade do presidente da República

ADI 4.764
ADI 4.797
ADI 4.798
red. p/ o ac. min. <b>Roberto Barroso</b>
Plenário
DJE de 15-8-2017
Informativo STF 863

**É vedado às unidades federativas instituir normas que condicionem a instauração de ação penal contra o governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo<sup>1</sup>.**

Ao instituir a exigência de licença prévia como condição de procedibilidade para a instauração de ação penal contra governadores (voto de 2/3 do Poder Legislativo estadual), a Constituição do Estado viola o princípio fundamental da separação de poderes – Constituição Federal (CF), art. 2<sup>o</sup><sup>2</sup>.

O poder constituinte estadual, fora as situações expressamente previstas na Constituição Federal, não pode alterar a competência e o desempenho das funções materialmente típicas do Poder Judiciário e do Ministério Público. Subordinar a atuação de juízes e tribunais a uma prévia manifestação de outro Poder, fora dos casos de previsão expressa na Constituição Federal, tolhe competência material típica do Poder Judiciário.

Além disso, infringe a competência legislativa da União Federal, que, em consonância com os arts. 22, I<sup>3</sup>, e 85, parágrafo único<sup>4</sup>, da CF<sup>5</sup>, editou a Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Ademais, a República, que inclui a ideia de responsabilidade dos governantes, é prevista como princípio constitucional sensível (CF, art. 34, VII, a<sup>6</sup>) e, portanto, de observância obrigatória, sendo norma de reprodução proibida pelos Estados-membros a exceção prevista no art. 51, I, da Constituição da República<sup>7</sup>.

Assim, tendo-se em vista que as Constituições estaduais não podem estabelecer a chamada “licença prévia”, também não podem autorizar o afastamento automático do governador de suas funções quando recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo STJ. Como não pode haver controle político prévio, não deve haver afastamento automático em razão de ato jurisdicional sem cunho decisório e do qual sequer se exige fundamentação<sup>8</sup>, sob pena de violação ao princípio democrático<sup>9</sup>.

Nesse sentido, também aos governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>10</sup>, entre elas “a suspensão do exercício de função pública”, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorra do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes. A suspensão do exercício da função, além de ser devidamente fundamentada pelo STJ, é recorrível e pode ser revogada quando se verificar a falta de motivo para que subsista (CPP, art. 282, § 5º<sup>11</sup>).

Cabe ressaltar que antigo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) apresentava os seguintes fundamentos para a validação da exigência de licença prévia<sup>12</sup>:

- i. respeito à autonomia federativa;
- ii. a circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo STJ, ocorre a suspensão funcional do chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular;
- iii. simetria na reprodução nas Cartas estaduais de norma semelhante à prevista no art. 51, I, da CF;
- iv. a superveniência da Emenda Constitucional 35/2001, que suprimiu a necessidade de autorização legislativa para processamento de parlamentares, não incluindo governadores, evidenciaria que a Constituição Federal autoriza ou continua autorizando o poder constituinte decorrente a instituir a chamada “condição de procedibilidade”;
- v. instituição da autorização prévia da Assembleia Legislativa não traz o risco de propiciar, quando negada, a impunidade dos governadores, já que a denegação implica a suspensão do fluxo do prazo prescricional;
- vi. proteção à estabilidade do governo local (governabilidade).

Com efeito, a revitalização do princípio republicano, o inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos e as renovadas aspirações por moralidade na política provocaram mutação constitucional no tratamento da matéria (mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do texto). Nesse cenário, o entendimento anterior foi superado pelos seguintes posicionamentos:

- i. A capacidade de auto-organização dos entes federados (elemento essencial da forma federativa de Estado) é exercida dentro dos limites impostos pela

Constituição. Um desses limites é o princípio republicano, em cujo núcleo essencial se encontra a ideia de responsabilidade dos governantes;

- ii. A previsão da suspensão funcional automática do governador, na hipótese de ser recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo STJ, só existe por previsão das próprias Constituições estaduais, que reproduzem o art. 86, § 1º, I, da CF<sup>13</sup>. Assim, argumentar em favor da constitucionalidade da licença prévia com base na possibilidade de suspensão funcional automática equivale a juízo sobre a constitucionalidade de norma constitucional estadual com base em outra norma constitucional estadual. Ademais, se a norma do art. 51, I, não é de reprodução permitida aos Estados-membros, a do art. 86, § 1º, I, que só existe em função dela, tampouco o é;
- iii. O art. 51, I, é norma de reprodução vedada aos Estados, e não de reprodução obrigatória ou facultativa, não se aplicando, portanto, o princípio da simetria;
- iv. A Emenda Constitucional 35/2001 suprimiu a necessidade de autorização legislativa para a instauração de ação penal contra deputado e senador, não fazendo qualquer referência a governador. A admissão da sistemática de licença prévia em Constituições estaduais vislumbra possibilidade que não consta da CF, tampouco tem embasamento na interpretação histórica ou sistemática da referida emenda. Com efeito, não há razão que legitime transplantar a situação do presidente da República, por sua condição de chefe de Estado e de Governo, bem como de representante da soberania nacional, para os governadores;
- v. A negativa de autorização prévia pela Assembleia Legislativa implica o impedimento da instrução processual, inviabilizando investigações criminais e favorecendo o perecimento de provas. Além disso, a instauração de processos criminais contra governadores sem licença prévia não significa, obviamente, sua condenação. O que se garante é o não comprometimento da instrução criminal necessária para a responsabilização dos governantes;
- vi. Em uma República, a governabilidade não pode se dar à custa da não responsabilização e da impunidade dos governantes locais. A instituição de licenças prévias nas unidades federativas serve a propósitos não republicanos, estando à disposição de governos de coalizão, sendo flagrante a distorção do instituto.

<sup>13</sup> No acórdão da ADI 4.764, foi declarada a inconstitucionalidade das expressões constantes do art. 44, VII (“processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade”), e do art. 81, parte final (“ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”), assim como das expressões

do art. 44, VIII (“declarar a procedência da acusação”), e do art. 81, *caput*, primeira parte (“Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa”), bem como, por arrastamento, do art. 82, I (“Art. 82. O Governador ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça”), todos da Constituição do Estado do Acre. Tendo em vista que o art. 82, I, da Constituição do Estado do Acre (“Art. 82. O Governador ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça”) apresenta relação de dependência com as expressões do art. 44, VIII (“declarar a procedência da acusação”), e do art. 81, *caput*, primeira parte (“Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa”), da mesma Constituição, foi declarada também a sua inconstitucionalidade, por arrastamento.

- 2 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”
- 3 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”
- 4 “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.”
- 5 Precedentes: ADI 1.890 MC, rel. min. Carlos Velloso, P, *DJ* de 19-9-2003; ADI 1.628, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 24-11-2006; ADI 4.791, rel. min. Teori Zavascki, P, *DJE* de 24-4-2015; e ADI 4.792, rel. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 24-4-2015.
- 6 “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;”
- 7 “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;”
- 8 HC 101.971, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 2-9-2011; HC 93.056, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJE* de 14-5-2009; e RHC 118.379, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 31-3-2014.
- 9 Precedentes: HC 101.971, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 5-9-2011; HC 93.056, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJE* de 15-5-2009; e RHC 118.379, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 31-3-2014.
- 10 “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.”

- 11 “Art. 282. (...) § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”
- 12 Precedentes: RE 159.230, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, *DJ* de 10-6-1994; e HC 80.511, red. p/ o ac. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJ* de 14-9-2001.
- 13 “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. § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;”

- » Organização dos Poderes
  - » Poder Judiciário
    - » Supremo Tribunal Federal

**O Supremo Tribunal Federal (STF) é competente para julgar ação ordinária coletiva ajuizada contra o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quando a controvérsia versar sobre o alcance dos poderes deste órgão.**

Nessa situação excepcional, restringir o alcance do art. 102, I, *r*<sup>1</sup>, da Constituição Federal apenas às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça Federal de primeira instância a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao CNJ no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida<sup>2</sup>.

Apesar de existir a necessidade de se inibirem indevidas ampliações descaracterizadoras das atribuições institucionais do Supremo Tribunal, “não [se deve] delimitar a apreciação originária do STF com foco apenas na natureza processual da demanda, sem antes analisar a substância da matéria deduzida”<sup>3</sup>.

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) *r*) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;”

2 Há, portanto, mitigação do entendimento do STF firmado no julgamento conjunto da AO 1.814 QO (rel. min. Marco Aurélio, P, DJE de 3-12-2014) e da ACO 1.680 AgR (rel. min. Teori Zavascki, P, DJE de 1º-12-2014). Na ocasião, definiu-se que o termo “ações”, constante do art. 102, I, *r*, limita-se às ações constitucionais do mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus* e mandado de injunção, pela ausência de personalidade jurídica do CNJ e, conseqüentemente, pela sua incapacidade para ser parte processual em ações ordinárias.

3 Trecho do voto-vista divergente do ministro Dias Toffoli proferido no julgamento conjunto da AO 1.814 QO (rel. min. Marco Aurélio, P, DJE de 3-12-2014) e da ACO 1.680 AgR (rel. min. Teori Zavascki, P, DJE de 1º-12-2014).

**Não compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental<sup>1</sup>.**

Para atração da competência do STF com base na alínea *m* do art. 102, I, da Constituição Federal (CF) (execução de seus julgados), faz-se necessário perquirir sobre a manutenção da *ratio* que justificou, até a prolação da sentença, o exame da demanda pelo Tribunal.

Assim, adotar interpretação literal do art. 102, I, *m*, da CF<sup>2</sup> teria como decorrência necessária a conclusão de que é competência do STF apreciar toda e qualquer execução de sentença proferida nas causas de sua competência originária. No entanto, essa prática não se justifica, por não ser esse o intuito da norma em apreço, utilizando-se, para tal conclusão, a interpretação teleológica da norma.

As disposições insertas no art. 102, I, da CF constituem “um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional”<sup>3</sup>, dispostas sob critérios que envolvem:

- i. a natureza da demanda (alíneas *a*, *g*, *l*, *j*, *n*, *o* e *r*) e;
- ii. a posição constitucional da autoridade ou órgão envolvido nas demandas (alíneas *b*, *c*, *d*, *i* e *q*).

Nesse ponto, fica evidenciada a particularidade da regra de competência inserta na alínea *m*, que ostenta nítido caráter de acessoriedade às demais previstas no art. 102, I. Isso ocorre porque “a execução de sentença nas causas de sua competência originária” constitui mero prolongamento da análise já realizada pela Suprema Corte. É, portanto, uma regra firmada por atração da primeira. Logo, as consequências advindas do exercício da competência originária do STF “devem também constar do rol normativo específico da jurisdição constitucional, não se estendendo para as situações em que tais atos são apenas decorrências indiretas do exercício de tal competência”<sup>4</sup>.

Ausente a previsão no texto constitucional, a competência para o cumprimento de sentenças genéricas de perfil coletivo – inclusive de caráter mandamental coletivo – incumbe aos órgãos judiciários de primeira instância.

Acresce-se a esse entendimento que o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública é processo autônomo que se faz por rito específico<sup>5</sup>. Se houver mais de um exequente, é necessária a apresentação de demonstrativo individualizado<sup>6</sup>.

Nesse cenário, o cumprimento da sentença perante as instâncias ordinárias terá o condão de, tanto quanto se dá em sede de ação civil pública, aproximar a execução dos eventuais beneficiários e facilitar a efetividade do direito já reconhecido.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou, sob o rito do recurso repetitivo (CPC/1973, art. 543-C<sup>7</sup>), que “a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário”<sup>8</sup>, entendimento que é inteiramente aplicável às ações mandamentais coletivas.

- 1 Precedentes que indicam a interpretação restritiva que o STF dá a outras alíneas do art. 102, I, da CF: ACO 359 QO, rel. min. Celso de Mello, 1ª T, *DJ* de 11-3-1994; ACO 417 QO, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, *DJ* de 7-12-1990; MS 21.441 QO, red. p/ o ac. min. Ilmar Galvão, P, *DJ* de 28-5-1993; e Rcl 16.065 AgR, rel. min. Teori Zavascki, P, *DJE* de 19-2-2014.
- 2 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.”
- 3 Trecho do voto do ministro Celso de Mello na AC 2.596, rel. min. Celso de Mello, P, *DJE* de 16-4-2013.
- 4 Trecho do voto do ministro Edson Fachin no presente julgamento.
- 5 CPC/2015: “Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; II – o índice de correção monetária adotado; III – os juros aplicados e as respectivas taxas; IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.”
- 6 CPC/2015: “Art. 534. (...) § 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.”
- 7 “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”
- 8 Recurso Especial 1.243.887, rel. min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, *DJE* de 12-12-2011, recurso repetitivo, Temas 480 e 481.

**O Supremo Tribunal Federal (STF) não possui competência originária para julgar ação na qual se discute o direito de magistrado de gozar de licença-prêmio.**

A instauração de competência originária do STF com fundamento no art. 102, I, n, da Constituição Federal<sup>1</sup> pressupõe que a totalidade da magistratura nacional tenha interesse (direto ou indireto) no julgamento da causa e que este não revele pretensão passível de ser repetida por outras carreiras do serviço público.

Com efeito, o direito à fruição de licença-prêmio por tempo de serviço é benefício que interessa a outros agentes políticos e servidores públicos, na medida em que pode ser previsto conforme o estatuto jurídico do agente ou do servidor<sup>2</sup>.

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 AO 2.099, rel. min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJE de 24-11-2016.

- » Organização dos Poderes
  - » Poder Judiciário
    - » Controle de constitucionalidade

**Os princípios constitucionais relacionados ao sistema financeiro e orçamentário<sup>1</sup>, os princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (CF, art. 2<sup>o</sup>) e o regime constitucional de precatórios (CF, art. 100<sup>3</sup>) podem ser utilizados como parâmetro de controle na arguição de descumprimento de preceito fundamental.**

Os princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário são instrumentos essenciais para a manutenção da harmonia constitucional. Do exame sistemático de seu conteúdo, verifica-se que a efetividade do sistema financeiro e orçamentário garante que a Administração Pública tenha condições de executar atividades essenciais, concretizando importantes valores do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, há verdadeira interdependência entre esses preceitos fundamentais e aqueles protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição Federal<sup>4</sup>, como o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), elemento basilar do direito constitucional nacional.

Por sua vez, o regime constitucional dos precatórios é o mecanismo de racionalização dos pagamentos das obrigações estatais oriundos de sentenças judiciais, ao mesmo tempo em que permite a continuidade da prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, a efetivação dos próprios direitos fundamentais.

<sup>1</sup> “Art. 167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37,

XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados; VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa; X – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

- 2 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”
- 3 “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.”
- 4 “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. (...) § 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.”

- » Organização dos Poderes
- » Poder Judiciário
- » Controle de constitucionalidade

**Na ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de revogação da lei – após a decisão de mérito – não enseja prejudicialidade da ação, por perda de objeto.**

Permitir que se pleiteie a desconstituição do julgamento, em sede de embargos de declaração, sob o fundamento da prejudicialidade da ação, depois de decidido o seu mérito, equivaleria a abrir à parte a possibilidade de manipular a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Se esta lhe fosse favorável, bastaria não invocar a perda de objeto e usufruir de seus efeitos. Se, ao contrário, lhe fosse desfavorável, o reconhecimento da prejudicialidade a imunizaria contra os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Além disso, tendo havido enfrentamento do mérito da ação direta, sequer se teria o benefício de poupar os recursos e o tempo do STF para julgamento dos casos de maior utilidade e necessidade. Ao contrário, ter-se-ia uma situação absolutamente paradoxal pela qual, após todo o processamento da ação, concluído o exercício da jurisdição e demonstrada a efetiva violação constitucional, a decisão do Tribunal não produziria efeito algum, por mera tecnicidade e com base em alegações de índole puramente formal.

Assim, na hipótese em que a revogação da norma objeto da ação direta não foi comunicada ao Tribunal e na qual este, conseqüentemente, enfrentou o mérito da causa e declarou a inconstitucionalidade da lei antes de ter conhecimento de que a norma deixou de vigorar, não há se falar em prejudicialidade da ação ou de perda do objeto.

Essa situação constitui exceção ao entendimento segundo o qual a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta, em regra, enseja a perda superveniente do objeto da ação, e, por consequência, provoca a extinção do feito sem o julgamento do mérito<sup>1</sup>.

Desse entendimento excepcionam-se, também, os casos em que há indícios de que a norma foi revogada para fraudar o exercício da jurisdição constitucional em abstrato, ou seja, quando a revogação constituir um artifício para evitar a declaração

da sua inconstitucionalidade<sup>2</sup> e, ainda, quando as ações diretas tenham por objeto leis de eficácia temporária, nos casos em que: (i) houve impugnação em tempo adequado, (ii) a ação foi incluída em pauta, e (iii) o julgamento foi iniciado antes do esgotamento da eficácia<sup>3</sup>.

É preciso impossibilitar a fraude à jurisdição do STF, minimizar os ônus decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal e evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua.

1 ADI 709, rel. min. Paulo Brossard, P, *DJ* de 20-5-1994; ADI 1.442, rel. min. Celso de Mello, P, *DJ* de 29-4-2005; e ADI 4.620 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 1º-8-2012.

2 ADI 3.306, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 7-6-2011.

3 ADI 5.287, rel. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 12-9-2016; ADI 4.426, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 17-5-2011; e ADI 3.146, rel. min. Joaquim Barbosa, P, *DJ* de 19-12-2006.

- » Organização dos Poderes
  - » Poder Judiciário
    - » Controle de constitucionalidade

**As associações que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional em cujo interesse vêm a juízo não possuem legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade<sup>1</sup>.**

Tendo em conta o disposto nos arts. 2º, I, da Lei 9.882/1999<sup>2</sup>, e 103, IX, da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup>, se o ato normativo impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não é legítimo permitir que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugne a norma, pela via abstrata da ação<sup>4</sup>. Afinal, eventual procedência desta produzirá efeitos *erga omnes* (CF, art. 102, § 2º<sup>5</sup>), ou seja, atingirá indistintamente todos os sujeitos compreendidos no âmbito ou universo subjetivo de validade da norma declarada inconstitucional.

Ademais, para a aferição da legitimidade ativa para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, não há que se estabelecer juízo de adequação entre a associação autora e o objeto impugnado. Tal juízo remonta, na verdade, à verificação da existência ou não da pertinência temática, outro requisito de admissibilidade somente apreciado depois de verificado o primeiro pressuposto da legitimidade ativa. Com efeito, o autor da ação direta de inconstitucionalidade deve demonstrar não apenas a legitimidade ativa exigida pela Constituição (art. 103), mas também, para alguns dos legitimados, a existência de pertinência temática, isto é, a correlação específica entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais do autor, bem como a repercussão direta da norma impugnada na classe representada pelo autor.

<sup>1</sup> Precedentes citados: ADI 4.372, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, DJE de 26-9-2014; ADPF 154 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, P, DJE de 28-11-2014; ADI 3.675 AgR, rel. min. Luiz Fux, P, DJE de 13-10-2011; e ADI 3.617 AgR, rel. min. Cezar Peluso, P, DJE de 1º-7-2011.

<sup>2</sup> “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;”

- 3 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”
- 4 O ministro Roberto Barroso acompanhou a conclusão do relator com fundamentação diversa, no sentido de que as associações que representam fração de categoria profissional são legitimadas apenas para impugnar as normas que afetem exclusivamente seus representados, desde que preenchidos os demais requisitos (representatividade adequada, homogeneidade e caráter nacional). Dessa forma, a sub-representação de grupos fracionários de categorias profissionais é evitada, ao mesmo tempo em que se respeita a restrição constitucional de legitimação ativa.
- 5 “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

**É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ou em súmula desse Tribunal.**

Não há contrariedade ao Enunciado 10<sup>1</sup> da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, ao art. 97 da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup> ou ao art. 949 do novo Código de Processo Civil<sup>3</sup> a autorizar o cabimento da reclamação (CF, art. 103-A, § 3º<sup>4</sup>), quando o ato judicial reclamado se utiliza de raciocínio decisório de controle de constitucionalidade, deixando de aplicar a lei, quando já existe pronunciamento acerca da matéria pelo Supremo Tribunal<sup>5</sup>. A jurisprudência consolidada pelo STF baseia-se em reiterados julgamentos do Tribunal Pleno para propiciar a cristalização do entendimento jurisprudencial em enunciado sumular<sup>6</sup>.

A reclamação constitucional, fundada em afronta ao Verbete 10 da Súmula Vinculante, não pode ser usada como sucedâneo de recurso ou de ação própria para discussões acerca da constitucionalidade de normas que foram objeto de interpretação idônea e legítima pelas autoridades jurídicas competentes.

A dúvida razoável acerca da interpretação das normas infraconstitucionais também não é hipótese de cabimento de reclamação, nos termos do art. 102, I, l, da CF<sup>7</sup>, sob pena de se criar instrumento geral universal de acesso ao STF, independentemente de outras vias recursais, para manifestar simples irrisignação ou para meras consultas.

1 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

2 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

- 3 “Art. 949. Se a arguição for: I – rejeitada, prosseguirá o julgamento; II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. 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.”
- 4 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (...) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”
- 5 Rcl 16.528 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, *DJE* de 22-3-2017.
- 6 ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, P, *DJE* de 19-11-2015.
- 7 “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.”

- » Organização dos Poderes
- » Poder Judiciário
- » Controle de constitucionalidade –  
Repercussão Geral

**Não há usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) quando os tribunais de justiça exercem controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal (CF), desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados<sup>1</sup>.**

As normas de observância obrigatória são compulsórias aos Estados-membros como modelos a serem seguidos, de modo que o poder constituinte decorrente não pode estipular premissas em âmbito estadual em sentido contrário ao que estabeleceu a Carta Magna. A reprodução dos preceitos constitucionais, mercê de não serem expressos na sua literalidade, não retira do Tribunal de Justiça a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade<sup>2</sup>.

Precipualemente cabe ao STF o exercício do controle de constitucionalidade concentrado, encarregado de fiscalizar a compatibilidade de leis e atos normativos na condição de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*<sup>3</sup>). Trata-se de processo objetivo, cuja preocupação maior é a defesa da ordem constitucional e da preservação da ordem jurídica como um todo, em nome da supremacia de que é dotada a CF.

Contudo, é possível que o parâmetro do controle abstrato perante o Tribunal de Justiça dos atos normativos estaduais e municipais se dê por normas constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros. Em tal hipótese, é possível que o Tribunal de Justiça analise a compatibilidade daqueles atos perante a Constituição estadual quando ela faz remissão às normas previstas na CF.

**O art. 39, § 4º, da CF não é incompatível com o pagamento de terço de férias e 13º salário.**

Não há norma constitucional que impeça de forma límpida a percepção da gratificação de férias e o 13º salário por parte dos agentes políticos, salvo leitura isolada e reducionista do art. 39, § 4º, da CF<sup>4</sup>. Tampouco há distinção constitucional entre os

detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos no particular a justificar o impedimento de se instituir para qualquer deles direitos sociais assegurados a todos os trabalhadores.

Ao contrário, o art. 39, § 3º, da CF<sup>5</sup> utiliza expressão suficientemente ampla para abranger um número maior de beneficiários dos direitos sociais do que ocorreria se destinada apenas aos servidores públicos. Como o constituinte não limitou a aplicação dos direitos sociais referidos no aludido dispositivo aos “servidores públicos”, mas aos “servidores ocupantes de cargo público”, permite-se aquilatar a intenção de alcançar espectro maior de destinatários dos direitos fundamentais sociais.

Conseqüentemente, interpretar o art. 39, §§ 3º e 4º, da CF para afastar dos agentes políticos, ainda que apenas dos detentores de mandato eletivo, o recebimento de qualquer outra verba além do subsídio – especialmente verbas consagradas a qualquer trabalhador (no caso, terço de férias e 13º salário) – representa afastar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e olvidar a máxima de interpretação constitucional que visa conferir maior efetividade às suas normas, reduzindo a situação dos agentes políticos (cargos de especial relevância para o Estado Democrático de Direito) a um plano inferior ao de qualquer trabalhador.

Ademais, a natureza jurídica dos direitos sociais – terço de férias e 13º salário –, como direitos fundamentais, reclama exegese conducente a conferir-lhes aplicabilidade, interpretação na máxima medida possível (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º<sup>6</sup>) à sua efetivação.

O que não ocorre com verba de representação que tem caráter remuneratório, independentemente de nomenclatura indenizatória, sendo incompatível com o regime constitucional do subsídio. Despida de base constitucional para sua instituição, esta verba não se encarta no rol daqueles benefícios previstos no art. 7º da CF<sup>7</sup>, a que alude o art. 39, § 3º, do Diploma Maior. Não trata de trabalho extraordinário a ser desempenhado pelos beneficiários e tampouco se constitui em efetiva verba indenizatória, conduzindo à conclusão de sua inconstitucionalidade.

Assim, o regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal. Esse não é o caso do 13º salário e do terço constitucional de férias, pagos anualmente a todos os trabalhadores e servidores.

**1** O Tribunal, ao apreciar o Tema 484 da repercussão geral, fixou as seguintes teses: 1) “Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução

obrigatória pelos Estados”; e 2) “O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário”.

- 2 RE 598.016 AgR, rel. min. Eros Grau, 2ª T, DJE de 13-11-2009.
- 3 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”
- 4 “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...) § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.”
- 5 “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...) § 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. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”
- 7 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

**Não cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o controle de controvérsia submetida à apreciação do Poder Judiciário.**

O CNJ “qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais<sup>1</sup> que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus Conselheiros ou, ainda, do Corregedor Nacional de Justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral”<sup>2</sup>.

1 CF: “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: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I – receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III – requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.”

2 MS 28.598 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, DJE de 9-2-2011.

- » Organização dos Poderes
- » Poder Judiciário
- » Conselho Nacional de Justiça

**Inserese entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho<sup>1</sup>.**

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Nessa linha, “os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – ‘há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’”<sup>2</sup>.

Nesse contexto, extrai-se do núcleo normativo implícito do art. 103-B, II, § 4º, da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup> a competência do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional para “dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República e ainda baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é forma de prevenir a irrupção de conflitos”<sup>4</sup>.

Assim, concluída pelo CNJ a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos cons-

tucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a CF.

O exercício dessa competência implícita do CNJ revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário. Os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada ficam limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional.

A edição de ato formal expresso, tido por legítimo, a ser realizado no juízo administrativo, impondo o afastamento do texto normativo para além da relação processual administrativa na qual assentada a inconstitucionalidade, busca concretizar os mesmos objetivos motivadores da criação do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45/2004, entre os quais a segurança jurídica, pela aplicação e interpretação uniformes da lei, e a razoável duração do processo, conforme o preceito do art. 5º, LXXVIII, da CF<sup>5</sup>, aplicável administrativamente.

Além disso, a exigência de observância do postulado da reserva de plenário pelos órgãos colegiados de controle administrativo também decorre da necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício. Somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros é possível ter entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional da lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado.

Por fim, essa atuação do CNJ não implica reconhecer-lhe competência para declarar inconstitucionalidade de norma jurídica, menos ainda atribuir efeito *erga omnes* à inconstitucionalidade assentada no julgamento do processo administrativo, por não resultar em anulação ou revogação da lei, cuja vigência persiste.

<sup>1</sup> Esse entendimento não contraria a conclusão do Supremo Tribunal no julgamento do MS 28.141 (rel. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 30-6-2011). Nesse julgado, assentou-se a incompetência do CNJ para declarar a inconstitucionalidade de lei, pois, além de o órgão de controle externo do Poder Judiciário ter atuado como se estivesse no ofício de controle concentrado de constitucionalidade, transendeu os fundamentos do julgado administrativo, impondo a “remessa de cópias daquele acórdão a todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho do País, para que cessasse a pessoas jurídicas estranhas ao Poder Judiciário, entidades de classe, ou entidades com finalidade privada”. Porém, determinou o encaminhamento da matéria à Procuradoria-Geral da República para sanar eventual frustração dos comandos constitucionais pela lei mato-grossense que trata de despesas processuais para o cumprimento de cartas precatórias (Lei estadual 8.943/2008).

- 2 MS 31.923 MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJE* de 19-4-2013.
- 3 “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: (...) II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.”
- 4 ADC 12, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 18-12-2009.
- 5 “Art. 5º (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

**Compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quer mediante o Conselho Federal, quer seccionar, figure na relação processual.**

A OAB consubstancia órgão de classe, com disciplina legal – Lei 8.906/1994 –, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória. É, por isso mesmo, autarquia corporativista,<sup>1 e 2</sup> o que atrai, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup>, a competência da Justiça Federal para exame de ações – seja qual for a natureza – nas quais integre a relação processual. É impróprio estabelecer distinção considerados os demais conselhos existentes.

Ademais, quer sob o ângulo do Conselho Federal, quer das seccionais, a OAB não é associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento, a teor do disposto no inciso XVIII do art. 5º da CF<sup>4</sup>.

1 Voto do ministro Roberto Barroso, no presente julgamento, no qual foi ressaltada a existência de dúvidas quanto à natureza jurídica da OAB: “Eu também acompanho o relator, mas gostaria de fazer um breve registro, senhora presidente. Eu acho que a Ordem tem uma posição muito singular. Eu acho que ela presta um serviço público, mas tenho dúvida se ela pode ser tipificada como uma entidade estatal, até pelo tipo de independência que precisa ter e porque acho que ela não é obrigada a fazer concurso público, o que seria uma consequência natural, se eu a considerasse uma pessoa jurídica de direito público. Desse modo, eu gostaria de ressaltar algumas dúvidas quanto à natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil. Porém, não tenho nenhuma dúvida de que é pacífico o entendimento de que a competência é da Justiça Federal. Portanto, eu estou acompanhando o ministro Marco Aurélio, apenas me reservando para, em algum lugar do futuro, se vier a ser oportuno, tentar refletir sobre essa natureza singular da OAB.”

2 O Supremo Tribunal Federal abordou o tema referente à natureza jurídica da OAB no julgamento da ADI 3.026, rel. min. Eros Grau, P, DJ de 29-6-2006.

- 3 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”
- 4 “Art. 5º (...) XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”

- » Organização dos Poderes
- » Poder Judiciário
- » Justiça Federal – Repercussão Geral

**Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.**

Atrai a competência da Justiça Federal a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal<sup>1</sup>. A *ratio essendi* das normas consagradas no direito interno e no direito convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental, voltado à exportação de animais silvestres, atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a comunidade das nações.

As violações ambientais mais graves recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. Essas infrações podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”<sup>2</sup>.

A ecologia, em suas várias vertentes, reconhece como diretriz principal a urgência no enfrentamento de problemas ambientais reais, que já logram pôr em perigo a própria vida na Terra, no paradigma da sociedade de risco. A crise ambiental traduz especial dramaticidade nos problemas que suscita, porquanto ameaçam a viabilidade do “*continuum* das espécies”. Já a interdependência das matrizes que unem as diferentes formas de vida, aliada à constatação de que a alteração de apenas um dos fatores nelas presentes pode produzir consequências significativas em todo o conjunto, re-

clama uma linha de coordenação de políticas, segundo a lógica da responsabilidade compartilhada, expressa em regulação internacional centrada no multilateralismo.

Destarte, o Estado brasileiro é signatário de convenções e acordos internacionais como a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, ratificada pelo Decreto Legislativo 3, de 1948, em vigor no Brasil desde 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto 58.054, de 23 de março de 1966; a Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), ratificada pelo Decreto-Lei 54/1975, e promulgada pelo Decreto 76.623/1975; e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 2, de 8 de fevereiro de 1994. Diante disso, percebe-se inequívoco interesse do Brasil na proteção e conservação da biodiversidade e dos recursos biológicos nacionais.

A República Federativa do Brasil, ao firmar a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, assumiu, entre outros compromissos, o de “tomar as medidas necessárias para a superintendência e regulamentação das importações, exportações e trânsito de espécies protegidas de flora e fauna, e de seus produtos, pelos seguintes meios: a) concessão de certificados que autorizem a exportação ou trânsito de espécies protegidas de flora e fauna ou de seus produtos”<sup>3</sup>.

Igualmente, o Estado brasileiro ratificou adesão ao Princípio da Precaução ao assinar a Declaração do Rio, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), e a Carta da Terra, no Fórum Rio+5. Com fulcro nesse princípio fundamental de direito internacional ambiental, os povos devem estabelecer mecanismos de combate preventivos às ações que ameaçam a utilização sustentável dos ecossistemas, biodiversidade e florestas, fenômeno jurídico que, a toda evidência, implica interesse direto da União quando a conduta revele repercussão no plano internacional.

1 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

2 Lição acadêmica do ministro Roberto Barroso citada no voto do ministro Luiz Fux no presente julgamento.

3 Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, em vigor no Brasil desde 1965.

**Compete à Justiça comum julgar ação movida por trabalhador contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas regido por lei que instituiu o regime estatutário no âmbito do ente público, com o objetivo de receber diferenças salariais originadas no primeiro período que possuam reflexo no período posterior à transmutação de regime jurídico<sup>1</sup>.**

É a natureza jurídica do vínculo existente entre o trabalhador e o poder público, vigente ao tempo da propositura da ação, que define a competência jurisdicional para a solução da controvérsia, independentemente de o direito pleiteado ter-se originado no período celetista.<sup>2 e 3</sup>

Somente a Justiça comum é competente para constituir direito em favor de servidor submetido, no momento da propositura da ação, ao regime estatutário, ainda que retroativo ao período celetista. Somente a essa Justiça compete pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público, fundadas em vínculo jurídico-administrativo.<sup>4 e 5</sup>

Ademais, uma vez que, em tese, existe a possibilidade de o direito previsto em lei sob a égide de regime celetista repercutir no regime estatutário, compete à Justiça comum decidir sobre sua constituição, ainda que, respeitado o prazo prescricional, a decisão retroaja para dizer sobre o direito tanto no período celetista quanto no estatutário.<sup>6 e 7</sup>

1 Precedentes: RE 141.861, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, DJ de 29-11-1996; e RE 174.192 AgR, rel. min. Cezar Peluso, 1ª T, DJ de 12-3-2004.

2 Precedentes: AI 367.056 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 18-5-2007; Rcl 7.208 AgR, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, DJE de 27-11-2009; e Rcl 7.039 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, P, DJE de 8-5-2009.

3 Trecho do voto-vista do ministro Dias Toffoli no presente julgamento.

- 4 Precedentes: Rcl 8.110 AgR, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, *DJE* de 12-2-2010; e Rcl 5.924 AgR, rel. min. Eros Grau, P, *DJE* de 23-10-2009.
- 5 Trecho do voto-vista do ministro Dias Toffoli no presente julgamento.
- 6 Precedente: RE 216.330 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, *DJE* de 18-2-2014.
- 7 Trecho do voto-vista do ministro Dias Toffoli no presente julgamento.

**Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar causa relativa a depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) de servidor que ingressou no serviço público antes da Constituição de 1988 sem prestar concurso.**

A competência é a medida da jurisdição atribuída, constitucional ou infraconstitucionalmente, ao órgão judicial e decorre da ação ajuizada de acordo com a causa de pedir<sup>1</sup>. Se a *causa petendi* é a relação jurídica de natureza celetista, pretendendo-se parcelas trabalhistas – como indenização correspondente aos depósitos não efetuados do FGTS –, a análise do tema cabe à Justiça do Trabalho, e não à Justiça comum. Àquela incumbe, inclusive, examinar possível carência da ação.

Ademais, se é incontroverso que o ingresso do empregado no serviço público ocorreu antes da Constituição de 1988 e sem a prévia realização de concurso público, apresenta-se incabível a transmutação do regime celetista para o estatutário<sup>2</sup>, devendo ser mantida a competência da Justiça do Trabalho<sup>3</sup>.

- 1 A ministra Cármen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso ressaltaram seus posicionamentos no sentido de que a causa de pedir não define a competência.
- 2 Voto do ministro Edson Fachin no presente julgamento.
- 3 Precedentes: ADI 1.150, rel. min. Moreira Alves, P, DJ de 17-4-1998; e ARE 906.491, rel. min. Teori Zavascki, P, DJE de 2-10-2015.

**A competência penal da Justiça Castrense não se limita apenas aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, *ratione personae*<sup>1</sup>.**

A competência penal da Justiça Militar é aferível, objetivamente, a partir da submissão do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil –, ainda que em tempo de paz, ao preceito incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos no Código Penal Militar (CPM)<sup>2</sup>.

O art. 124 da Constituição Federal<sup>3</sup> estabelece que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Por sua vez, o art. 9º, III, *a*, do CPM<sup>4</sup> considera crime militar, em tempo de paz, os delitos praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.

Interessa à Justiça Militar da União qualquer fato capaz de desestabilizar os interesses moral e organizacional, compreendidos no conceito amplo de hierarquia e disciplina militares<sup>5</sup>.

1 HC 109.544 MC, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 9-6-2017.

2 Idem.

3 “Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.”

4 “Art. 9º Consideram-se crimes militares em tempo de paz: (...) III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;”

5 HC 124.858, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, DJE de 31-8-2015.

- » Organização dos Poderes
- » Poder Judiciário
- » Tribunais e juízes dos Estados

**É inconstitucional o art. 3º da Resolução TJ/TP/RJ 1/2014<sup>1</sup>, do Plenário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que dispõe sobre regras de processo eleitoral no Poder Judiciário estadual.**

A norma impugnada viola o art. 93, *caput*, da Constituição Federal<sup>2</sup>, segundo o qual está reservada à lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, a regulamentação da matéria afeta à elegibilidade para os órgãos diretivos dos tribunais.

Além disso, enquanto a mencionada lei não for editada, são as disposições da Lei Complementar 35/1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), recepcionada pela Constituição de 1988<sup>3</sup>, que definem regime jurídico único para a magistratura brasileira e viabilizam tratamento uniforme, válido em todo o território nacional, para as questões intrínsecas ao Poder Judiciário, garantindo a necessária independência para a devida prestação jurisdicional.

Desde que não contrariem a Constituição, essas normas devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais ao elaborarem seus regimentos internos e demais atos normativos.

Diante disso, ao prever a possibilidade de “o Desembargador ser novamente eleito para o mesmo cargo, desde que observado o intervalo de dois mandatos”, o art. 3º da resolução impugnada contraria também as balizas estabelecidas no art. 102 da Loman<sup>4</sup>.

1 “O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no âmbito de sua competência e no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que foi decidido na sessão do dia 21 de agosto de 2014 (Processo 0034509-64.2014.8.12.0000), resolve: (...) Art. 3º Poderá o Desembargador ser novamente eleito para o mesmo cargo, desde que observado o intervalo de dois mandatos.”

2 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:”

3 ADI 2.880, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJ de 1º-12-2014; ADI 509, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, DJE de 16-9-2014; e ADI 3.508, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, DJ de 31-8-2007.

- 4 “Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juizes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.”

### **Cabe ao procurador-geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do Ministério Público.**

Em divergência *interna corporis* entre órgãos ministeriais, a apreciação da lide compete ao procurador-geral da República, como órgão nacional do Ministério Público<sup>1</sup>.

O conflito de atribuições entre Ministérios Públicos vinculados a entes federativos diversos não configura conflito federativo com aptidão suficiente para atrair a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), prevista no art. 102, I, da Constituição Federal<sup>2</sup>. Por essa razão, o STF é declarado incompetente para a apreciação de ações dessa natureza.

**1** Precedentes: ACO 924, rel. min. Luiz Fux, P, DJE de 23-9-2016; ACO 1.394, red. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, DJE de 28-8-2017; Pet 4.706, red. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, DJE de 16-5-2017; e Pet 4.863, red. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, DJE de 16-5-2017.

**2** “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; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; 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; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); 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; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; 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; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;”

# TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Princípios gerais – Repercussão Geral

**A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.**

Os serviços de extinção e prevenção de incêndios e de defesa civil não são específicos e divisíveis, sendo exercidos de forma geral. Essas funções são essenciais, inerentes e exclusivas ao próprio Estado, no que detém o monopólio da força.

Com efeito, a atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação decorrente de impostos, pressupondo a taxa o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Nem mesmo o Estado poderia, no âmbito da segurança pública revelada pela prevenção e combate a incêndios, instituir validamente a taxa, como proclamou o Supremo Tribunal Federal, embora no campo da tutela de urgência<sup>1</sup>.

Além disso, a Constituição Federal é clara ao estabelecer no art. 144, §§ 6º e 7º<sup>2</sup>, a competência estadual para organizar as carreiras de bombeiro militar, a quem compete o serviço de combate a incêndios e o poder de polícia a ele correlato nas edificações em geral<sup>3</sup>.

Portanto, é inconcebível que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, Município substitua Estado-membro por meio da criação de tributo sob o rótulo “taxa”.

1 ADI 1.942 MC, rel. min. Moreira Alves, P, DJ de 22-10-1999.

2 “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: (...) V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...) § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente

com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

- 3 Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no presente julgamento.

## Direito Constitucional

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

RE 594.015

RG – Tema 385

rel. min. Marco Aurélio

Plenário

DJE de 25-8-2017

Informativo STF 860

**A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese, é constitucional a cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) pelo Município.**

A imunidade tributária recíproca decorre da necessidade de observar-se, no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes, preservando o sistema federativo. É concedida às pessoas jurídicas de direito público e àquelas que, embora tenham personalidade jurídica de direito privado, qualificam-se como prestadoras de serviço público, sem intuito lucrativo. Não cabe estender essa garantia para além das situações versadas no art. 150, § 2º, da CF, como no caso de empresa exploradora de atividade econômica arrendatária de bem público (sociedade de economia mista ou empresa pública). Isso conferiria ao particular vantagem concorrencial indevida em relação a outras empresas, em afronta ao princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV<sup>2</sup>).

Além disso, o art. 150, § 3º, da CF<sup>3</sup> é expresso ao dispor que as regras de imunidade recíproca não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Tendo em conta a limitação imposta por esse dispositivo, se nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público que exploram atividade econômica gozam da imunidade, as de direito privado também não poderiam fazê-lo.

O argumento de ser o imóvel pertencente à União utilizado para a persecução de interesse público tampouco atrai a imunidade quanto ao IPTU. O ente público, ainda que não seja o responsável pela exploração direta da atividade econômica, ao ceder o imóvel à sociedade de economia mista, permite que o bem seja afetado

a empreendimento desenvolvido, ensejando a geração de riquezas, posteriormente incorporadas ao patrimônio da cessionária, em benefício último dos acionistas. Afastar o ônus de pagamento desse tributo por empresa que atua no setor econômico, ombreado com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito ao § 2º do art. 173 da CF<sup>4</sup>. Tal dispositivo veda às empresas públicas e às sociedades de economia mista o gozo de privilégios fiscais não extensivos às organizações do setor privado.

Por fim, à luz dos arts. 32<sup>5</sup> e 34<sup>6</sup> do Código Tributário Nacional, tem-se que o Município não extrapolou a própria competência ao instituir e cobrar o pagamento de IPTU devido pela sociedade de economia mista. A incidência desse imposto não está limitada à propriedade do imóvel, mas também ao domínio útil e a posse do bem. Ademais, o contribuinte não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título.

- 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: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”
- 2 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência;”
- 3 “Art. 150. (...) § 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”
- 4 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”
- 5 “Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”
- 6 “Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.”

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

RE 566.622
RG – Tema 32
rel. min. Marco Aurélio
Plenário
DJE de 23-8-2017
Informativo STF 855

### Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar.<sup>1 e 2</sup>

Em se tratando de limitação ao poder de tributar, “exigências legais” ao exercício das imunidades são sempre “normas de regulação”, às quais fez referência o constituinte originário no inciso II do art. 146 da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup>, no qual consta que as mesmas limitações devem ser dispostas em lei complementar.

“É importante destacar a necessidade permanente de compatibilizar a abordagem finalística das imunidades com o conjunto normativo e axiológico que é a Constituição. Com a Carta compromissória de hoje, existe uma variedade de objetivos opostos, estabelecidos em normas de igual hierarquia. Nesse âmbito de antinomias potenciais, o elemento sistemático adquire relevância prática junto ao teleológico. Sob tal perspectiva, ‘cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração de todas as demais, e não de forma isolada’, presente a busca pela harmonia e integridade sistêmica da Constituição. Combinados os elementos sistemático e teleológico, a interpretação deve cumprir função harmonizante, influenciada, prioritariamente, por princípios como o da ‘dignidade da pessoa humana, da igualdade, do Estado Democrático de Direito, da República e da Federação’.”<sup>4</sup>

Ademais, o § 7º do art. 195 da CF<sup>5</sup> deve ser interpretado e aplicado em conjunto com o inciso II do art. 146. Assim, afasta-se dúvida quanto à reserva exclusiva de lei complementar para a disciplina das condições a serem observadas no exercício do direito à imunidade.

No âmbito do sistema normativo brasileiro, e considerada a natureza tributária das contribuições sociais, é no Código Tributário Nacional (CTN), precisamente no art. 14<sup>6</sup>, que se encontram os requisitos exigidos.

“Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do art. 14 são inconstitucionais, em face de não

possuir o Poder Tributante, nas três esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores.”<sup>7</sup>

Cabe à lei ordinária apenas prever requisitos que não extrapolem os estabelecidos no CTN ou em lei complementar superveniente, sendo-lhe vedado criar obstáculos novos, adicionais aos já previstos em ato complementar.

Por fim, o art. 55 da Lei 8.212, de 1991, prevê requisitos para o exercício da imunidade tributária, versada no § 7º do art. 195 da Carta da República, que revelam verdadeiras condições prévias ao aludido direito. Por isso, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade formal desse dispositivo infraconstitucional no que extrapola o definido no art. 14 do CTN, por violação ao art. 146, II, da CF.

Os requisitos legais exigidos na parte final do § 7º do art. 195 da CF, enquanto não for editada nova lei complementar sobre a matéria, são somente aqueles do art. 14 do CTN.

- 1 Entendimento aplicado também na ADI 2.028, red. p/ o ac. min. Rosa Weber, P, DJE de 16-5-2017.
- 2 “1. ‘(...) fica evidenciado que (a) entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.’ 2. **‘Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.’**” (Trecho da ementa da ADI 2.028, red. p/ o ac. min. Rosa Weber, P, DJE de 16-5-2017 – sem grifos no original.)
- 3 “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;”
- 4 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415-416.
- 5 “Art. 195. (...) § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”
- 6 “Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades neles referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou

de suas rendas, a qualquer título; II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º Os serviços a que se refere a alínea *c* do inciso IV do art. 9º são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.”

- 7 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas – Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais – Parecer. *Caderno de direito tributário e finanças públicas*, v. 4, p. 83, 1994.

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

RE 565.160
RG – Tema 20
rel. min. Marco Aurélio
Plenário
DJE de 23-8-2017
Informativo STF 859

**A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 20/1998.**

“O texto constitucional, em seu atual § 11 do art. 201, antigo § 4<sup>o</sup><sup>1</sup>, sempre consagrou a interpretação extensiva da questão salarial para fins de contribuição previdenciária.

Para fins previdenciários, o texto constitucional adotou a expressão ‘folha de salários’ como o conjunto de verbas remuneratórias de natureza retributiva ao trabalho realizado incluindo gorjetas, comissões, gratificações, horas-extras, 13<sup>o</sup> salário, adicionais, 1/3 de férias, prêmios, entre outras parcelas cuja natureza retributiva ao trabalho habitual prestado, mesmo em situações especiais, é patente.”<sup>2</sup>

- 1 “Art. 201. (...) § 4<sup>o</sup> Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.” (Redação anterior à Emenda Constitucional 20/1998.)
- 2 Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no presente julgamento.

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

RE 601.720
RG – Tema 437
red. p/ o ac. min. Marco Aurélio
Plenário
DJE de 5-9-2017
Informativo STF 860

**Incide o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido à pessoa jurídica de direito privado devedora do tributo.**

Não se pode aplicar a imunidade tributária recíproca se o bem está desvinculado de finalidade estatal. A imunidade tributária recíproca possui natureza subjetiva e não cabe o entendimento a revelar extensão para além das situações previstas no art. 150, § 2º, do texto constitucional<sup>1</sup>. A regra da imunidade da alínea *a* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup> está restrita à instituição de imposto sobre patrimônio ou renda ou serviços das pessoas jurídicas de direito público.

A imunidade recíproca não foi concebida com o propósito de atender particular que desenvolve atividade econômica e usufrui de vantagem advinda da utilização de bem público. A previsão decorre da necessidade de observar-se, no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes. Não cabe estendê-la, evitando a tributação de particulares que atuam no regime de livre concorrência.

Caso fosse reconhecida a imunidade, isso geraria, como efeito colateral, vantagem competitiva artificial em favor da empresa privada, que teria um ganho em relação aos seus concorrentes. A retirada de um custo permite o aumento do lucro ou a formação de preços menores, o que provoca desequilíbrio das relações de mercado e, em consequência, afronta ao princípio da livre concorrência expresso no art. 170 da CF<sup>3</sup>.

A hipótese de incidência do IPTU não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título.

- 1 “Art. 150. (...) § 2º A vedação do inciso VI, *a*, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”
- 2 “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: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”
- 3 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência;”

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

**A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> aplica-se ao livro eletrônico (*e-book*), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo.**

A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da CF aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, assim como entre grupos políticos; a livre formação da opinião pública; e a liberdade de informar e ser informado. Também busca o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações. Com base na interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação de vantagens tributárias.

A imunidade sob análise possui natureza objetiva, pois protege o objeto tributado, e não o contribuinte propriamente dito. No caso, não se leva em consideração a capacidade contributiva do consumidor, mas apenas os impostos incidentes sobre materialidades próprias das operações com livros, jornais, periódicos e com o papel destinado à sua impressão. Logo, não deve ser interpretada em seus extremos, sob pena de se subtrair da salvaguarda toda a racionalidade que inspira seu alcance prático, ou de transformar a imunidade em subjetiva, na medida em que acabaria por desonerar de todo a pessoa do contribuinte.

De acordo com a interpretação histórica e teleológica da imunidade tributária, a vontade do legislador não foi de restringi-la apenas ao livro editado em papel. A aplicação desse instituto deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imu-

nizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos.

No mesmo sentido, a interpretação evolutiva da imunidade demonstra que os fundamentos racionais que levaram à edição do art. 150, VI, *d*, da CF continuam a existir mesmo no que se refere aos livros eletrônicos. Afinal, o referido dispositivo não diz respeito apenas ao método gutenberguiano de produção de livros, jornais e periódicos, não sendo o papel essencial para conceituar esses bens. Ademais, as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais da atualidade, quer em razão do avanço tecnológico, quer em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do papel aos suportes utilizados para a publicação dos livros. Esses suportes são considerados apenas o continente (*corpus mechanicum*, ou seja, a base material do livro) que abrange o conteúdo (*corpus mysticum*) das obras literárias. Para o livro possuir imunidade tributária é, portanto, dispensável que se apresente no formato de códice, pois o corpo mecânico não é o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade. Ante a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter, essa característica só pode ser considerada como elemento acidental no conceito de livro.

Acresce-se a esse entendimento não ser necessário que o leitor tenha de passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita. Destarte, a imunidade de que trata o art. 150, VI, *d*, da CF estende-se aos livros digitais (*e-books*) e aos audiolivros ou *audiobooks* (livros gravados em áudio).

No tocante ao *CD-ROM*, este é considerado apenas um corpo mecânico ou suporte no qual está fixado o livro (conteúdo textual). Tanto o suporte quanto o livro estão abarcados pela imunidade tributária.

Tendo em vista que o avanço na cultura escrita está ligado ao advento de novas tecnologias relativas ao suporte dos livros, a teleologia da regra de imunidade igualmente abrange o papel eletrônico (*e-paper*) e os aparelhos leitores de livros eletrônicos (*e-readers*). Afinal, esses aparelhos se equiparam aos tradicionais corpos mecânicos dos livros físicos, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, como acesso à internet para o *download* de livros digitais, dicionários, marcadores, escolha do tipo e tamanho de fonte, iluminação do texto etc. Entretanto, esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como *tablets*, *smartphones* e *laptops*, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para leitura de livros digitais.

Por fim, vale mencionar que a maior capacidade de interação com o leitor/usuário provocada pelos livros digitais a partir de uma determinada máquina, em com-

paração com os livros tradicionais, não impede o reconhecimento de sua imunidade tributária ao bem final, pois esse fato parece estar associado ao processo evolutivo da cultura escrita.

- 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: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral

**A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido<sup>1</sup>.**

O ente beneficiário de imunidade tributária subjetiva ocupante da posição de simples contribuinte de fato, embora possa arcar com os ônus financeiros dos impostos envolvidos nas compras de mercadorias – a exemplo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) –, caso tenham sido trasladados pelo vendedor contribuinte de direito, desembolsa importe que juridicamente não é tributo, mas, sim, preço, decorrente de relação contratual.

A existência ou não dessa translação econômica e sua intensidade dependem de diversos fatores externos à natureza da exação, como o momento da pactuação do preço (se antes ou depois da criação ou da majoração do tributo), a elasticidade da oferta e a elasticidade da demanda, entre outros.

Ademais, diversas lições doutrinárias<sup>2, 3, 4, 5, 6 e 7</sup> desaconselham levar em consideração a denominada repercussão econômica do tributo para verificar a existência da imunidade tributária.

**1** ARE 758.886 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, DJE de 20-5-2014; RE 600.480 AgR, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, DJE de 16-8-2013; ARE 721.176 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, DJE de 13-8-2013; ARE 690.382 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, DJE de 17-12-2012; AI 736.607 AgR, rel. min. Ayres Britto, 2ª T, DJE de 19-10-2011; e AI 620.444 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, DJE de 5-3-2010.

**2** MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 286/287.

**3** Idem. Tributação indireta no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Tributação indireta no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 208.

- 4 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Tributação indireta no direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação indireta no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 218.
- 5 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143.
- 6 SCHOUERI, Luís Eduardo. A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 27, n. 1, p. 39/48, jan./mar. 1987.
- 7 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

**A imunidade da alínea *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> alcança componentes eletrônicos destinados, exclusivamente, a integrar unidade didática com fascículos.**

Essa norma objetiva proteger não simplesmente o livro, jornal ou periódico como “suportes físicos de ideias e comunicação”, mas o valor intrínseco do conteúdo veiculado, de natureza educacional, informativa, expressiva do pensamento individual ou coletivo. O meio é secundário, importando, precipuamente, promover e assegurar o direito fundamental à educação, à cultura, à informação, à participação política dos cidadãos<sup>2</sup>.

Diante disso, componentes eletrônicos atinentes a cursos de montagem de computadores representam elementos indispensáveis ao conjunto didático, integrando o produto final, acabado, voltado a veicular informações de cunho educativo.

A extensão da imunidade tributária em favor desses elementos eletrônicos justifica-se em razão de constituírem material complementar ao conteúdo educativo. Não se trata de bens que possam ser caracterizados como “brindes comerciais”, presentes apenas como forma de atrair a aquisição do produto pelo público. O fascículo impresso e os componentes eletrônicos são partes fisicamente distinguíveis, finalística e funcionalmente unitárias.

<sup>1</sup> “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: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

<sup>2</sup> RE 183.403, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, DJ de 4-5-2001; RE 199.183, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, DJ de 12-6-1998; e RE 221.239, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, DJ de 6-8-2004.

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Limitações do poder de tributar

**A imunidade tributária prevista no art. 150, IV, a, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> não alcança imóveis da União e das unidades federadas, cedidos para empreendimentos privados exploradores de atividade econômica com fins lucrativos.**

A aplicabilidade da imunidade recíproca depende da superação ou aprovação em teste de três estágios, tendo a Constituição como parâmetro de controle, quais sejam:

a) a imunidade é “subjetiva”, isto é, ela se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratação mais vantajosas, independentemente do contexto;

b) atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas a tributação, por se apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. Em decorrência, a circunstância de a atividade ser desenvolvida em regime de monopólio, por concessão ou por delegação, é de todo irrelevante;

c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

Igualmente, a interpretação da sujeição passiva mostra-se indissociável dos conceitos constitucionais da propriedade, da função do tributo e da própria imunidade, enquanto a tributação se baseia no aspecto econômico e na função social que se dá à propriedade. Na locação empresarial de fins lucrativos, tanto o proprietário-locador como o possuidor-locatário tiram vantagem econômica do bem imóvel, de modo que a aparente “posse-detenção” é signo presuntivo de riqueza também para a pessoa

que recebe a propriedade imóvel para uso. Dessa forma, o locatário empresarial com fins lucrativos também é “possuidor a qualquer título”, para fins de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), nos termos da Constituição. Nessa medida, o art. 32 do Código Tributário Nacional<sup>2</sup> deve ser lido à luz da CF, com ênfase em três pontos: materialidade possível do IPTU (CF, art. 156, I<sup>3</sup>); isonomia (CF, art. 150, II<sup>4</sup>); livre iniciativa e livre concorrência (CF, art. 170, *caput* e IV<sup>5</sup>).

A tributação representa um custo do empreendimento, de modo que sua redução ou supressão conferem importante vantagem competitiva. Aliás, esta é a base da guerra fiscal. Reconhecer a impossibilidade pura e simples de o locador particular ser considerado sujeito passivo da exação, somente porque conseguiu alugar imóvel de propriedade de ente público, implicaria em estender a ente privado salvaguarda própria da Federação.

Assim, a entidade privada passaria a ter vantagem decorrente de elemento artificial e injustificável, sem qualquer lastro em sua capacidade de gestão ou maior eficiência do agente econômico. O prejuízo resultante afeta tanto os interesses individuais de cada outra entidade privada que não foi agraciada pelo benefício, como interesses transcendentais de toda a coletividade. Neste ponto, é importante frisar que o enfraquecimento do mercado pode acarretar distorções na oferta, na formação de preços, no desenvolvimento de novos produtos e serviços e na qualidade das atividades exercidas.

- 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: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”
- 2 “Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”
- 3 “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana;”
- 4 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”
- 5 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência;”

- » Tributação e orçamento
  - » Sistema tributário nacional
    - » Repartição das receitas tributárias

**Não cabe à União criar, por meio de legislação ordinária, novos critérios de dedução e distribuição da receita arrecadada de impostos, em desacordo com o art. 159, I, a, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>.**

Da arrecadação dos impostos e de acordo com o dispositivo constitucional e legal, a União deve entregar ao Fundo de Participação dos Estados 21,5% do produto da arrecadação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Dessa forma, as balizas referentes à regência dos tributos estariam bem definidas e respeitadas, não se podendo considerar outras políticas norteadas pelo interesse da União, sob pena de esvaziamento do estabelecido na Constituição.

A redução na base de cálculo ante as deduções pela Secretaria do Tesouro Nacional, nos valores recolhidos com o IRPJ, das contribuições do Programa de Integração Nacional (PIN) e do Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste (PROTERRA), criados, respectivamente, pelos Decretos-Lei 1.106, de 16 de junho de 1970, e 1.179, de 6 de julho de 1971, é incompatível com a ordem constitucional vigente.

A única possibilidade de desconto permitida pela CF seria referente à quota-parte alusiva ao desconto na fonte relativamente a servidores dos Estados e do Distrito Federal (art. 157, I)<sup>2</sup> e dos Municípios (art. 158, I)<sup>3</sup>, porque procedido pelas próprias unidades da Federação, não cabendo admitir o aditamento à Carta, mediante legislação ordinária, para chegar-se a subtrações diversas, esvaziando-se o objetivo da norma, que outro não é senão a transferência do arrecadado pela União, no percentual referido.

A consideração de outras parcelas para desconto dependeria de emenda constitucional.

- 1 “Art. 159. A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;”
- 2 “Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;”
- 3 “Art. 158. Pertencem aos Municípios: I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;”

**É assegurado ao Poder Judiciário estadual o direito de receber, até o dia vinte de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, sendo facultado ao Poder Executivo do Estado proceder ao desconto uniforme da Receita Corrente Líquida prevista na Lei Orçamentária Anual estadual<sup>1</sup> em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos.**

Ato omissivo consubstanciado em atraso no dever de repasse, pelo Poder Executivo, dos recursos financeiros previstos em lei orçamentária aprovada pela Assembleia Legislativa ao Poder Judiciário estadual viola o direito prescrito no art. 168 da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>. Esse dispositivo instrumentaliza o postulado da separação de poderes e impede a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Poder Executivo respectivo.

Ainda que se trate de Estado-membro oficialmente reconhecido como em “estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira”<sup>3</sup>, não se pode legitimar a fixação pelo Poder Executivo de cronograma orçamentário. Esse ato retira a previsibilidade da disponibilização de recursos aos demais Poderes e instituições autônomas, subtraindo-lhes as condições mínimas de gerir seus próprios recursos, considerada a frustração da receita, conforme conveniência e oportunidade. Nesse sentido, o repasse duodecimal deve ocorrer “até o dia vinte de cada mês” (CF, art. 168), a fim de garantir o autogoverno do Poder Judiciário, tendo em vista ser o repasse “uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias”<sup>4</sup>.

A lei orçamentária, no momento de sua elaboração, declara uma expectativa do montante a ser realizado a título de receita, que pode ou não vir a acontecer no exercício financeiro de referência, sendo o Poder Executivo responsável por proceder à arrecadação, conforme a política pública adotada. Ante a possibilidade de a receita

prevista não vir a se concretizar no curso do exercício financeiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000, art. 9º<sup>5</sup>) instituiu o dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações. Esses ajustes são operados em ambiente de diálogo institucional, em que o Poder Executivo sinaliza o montante da frustração de receita – calculada a partir do que havia sido projetado no momento da edição da lei orçamentária e a receita efetivamente arrecadada no curso do exercício financeiro de referência. Por sua vez, os demais Poderes e órgãos autônomos da República, no exercício de sua autonomia administrativa, promovem os cortes necessários em suas despesas para adequar as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados, conforme conveniência e oportunidade.

Através desse diálogo entre Poderes e órgãos autônomos, é possível alcançar solução conciliatória para o quadro fático revelado pelas dificuldades declaradas pelo Estado-membro em suas finanças, agravadas pela queda da arrecadação. O julgamento da medida cautelar, por sua vez, não afasta a possibilidade de posterior audiência de conciliação entre as partes.

É possível o risco de impasse no ambiente dialógico institucional, como na hipótese de algum Poder ou órgão autônomo se recusar a realizar a autolimitação. Esse cenário exsurge porque foi suspensa, por força de decisão cautelar na ADI 2.238<sup>6</sup>, a eficácia do dispositivo que prescreve a possibilidade de o Poder Executivo, por ato unilateral, estipular medida de austeridade nas esferas dos demais Poderes e órgãos autônomos<sup>7</sup>. A *ratio* que informa esse julgado é a impossibilidade de se legitimar a atuação do Poder Executivo como julgador e executor de sua própria decisão.

Essa situação reclama a atuação de um terceiro – estranho ao órgão autônomo interessado no repasse orçamentário e ao Poder com a função de arrecadar a receita e realizar o orçamento –, responsável por fixar o patamar da redução financeira e, assim, solucionar a controvérsia<sup>8</sup>, admitindo-se que o contingenciamento uniforme seja autorizado por decisão judicial, resguardando-se a possibilidade de compensação futura no caso de a frustração orçamentária alegada não se concretizar. Também é ressalvada a revisão desse provimento cautelar caso não se demonstre o decesso na arrecadação nem no percentual, ambos mediante “relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida”, ao qual, em todos os casos, deve ser conferida a mais ampla transparência e publicidade.

A exigência de repasse integral dos recursos financeiros projetados na lei orçamentária para Poderes e órgãos autônomos não é o meio adequado para se proceder ao sancionamento de eventual ilegalidade perpetrada pelo Poder Executivo nos atos de governo e de gestão de sua responsabilidade, os quais podem e devem ser submetidos à avaliação nas esferas adequadas e perante os órgãos competentes para seu conhecimento e eventual sanção dos responsáveis.

Não prospera a pretensão do governo estadual de compensar os duodécimos faltantes da receita orçamentária do Tribunal de Justiça do Estado prevista para o exercício financeiro com o superávit e o acúmulo financeiro de duodécimos e do fundo gerido pelo próprio Tribunal de Justiça apurados nas contas do Poder Judiciário. A receita do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) é originada, em sua maior parte, do pagamento de custas pelas partes que demandam o Poder Judiciário estadual, e não são beneficiárias da gratuidade de Justiça, cuja destinação é exclusiva para “custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça” (CF, art. 98, § 2º). Nessa linha, havendo, ainda, lei estadual<sup>10</sup> que disciplina a destinação desses valores, há, portanto, impedimento legal e constitucional para a utilização desses recursos para pagamento de salários aos servidores e de subsídios aos magistrados.

- 1 Lei Orçamentária Anual 7.210/2016 do Estado do Rio de Janeiro.
- 2 “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.”
- 3 Decreto 45.692/2016 e Lei 7.483/2016 – ambos do Estado do Rio de Janeiro –, que, respectivamente, declaram e reconhecem a situação de calamidade pública no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro.
- 4 MS 21.450, rel. min. Octavio Gallotti, P, DJ de 5-6-1992.
- 5 “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.”
- 6 ADI 2.238 MC, rel. min. Ilmar Galvão, P, DJE de 12-9-2008.
- 7 LC 101/2000: “Art. 9º (...) § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

- 8 MS 31.671 MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, *DJE* de 30-10-2012.
- 9 “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: (...) § 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.”
- 10 Art. 2º da Lei 2.524/1996 do Estado do Rio de Janeiro.

- » Tributação e orçamento
- » Finanças públicas
- » Orçamentos

**É constitucional a Lei federal 13.255, de 15 de fevereiro de 2016 (Lei Orçamentária Anual), em especial quanto às disposições em que são estipuladas as dotações orçamentárias destinadas à Justiça do Trabalho (Lei Orçamentária Anual de 2016, Anexo IV).**

O Poder Judiciário, não obstante ostente iniciativa de encaminhamento da proposta orçamentária que lhe é própria, não interdita, do ponto de vista formal, que o controle sobre essa iniciativa constitucionalmente consagrada seja realizado, de modo autônomo, em sede parlamentar.

No caso, a separação de poderes, embora seja cláusula pétrea, não sofreu violação – art. 2<sup>o</sup> c/c art. 60, § 4<sup>o</sup>,<sup>2</sup> da Constituição Federal (CF). Primeiramente, porque a hipótese normativa impugnada (Lei Orçamentária Anual de 2016, Anexo IV) constituiu-se como típica manifestação do Poder Legislativo a respeito de proposição legislativa submetida a discussão parlamentar. Em segundo lugar, na situação legislativa ora em apreço, as normas procedimentais do devido processo legislativo (*procedural due process of law*) foram devidamente atendidas; vale dizer, houve observância da iniciativa da proposição legislativa, em estrito respeito formal à autonomia administrativa e financeira da Justiça do Trabalho (CF, art. 99<sup>3</sup>).

O controle orçamentário pelo Legislativo funda-se num corpo de normas que é, a um só tempo, “estatuto protetivo do cidadão-contribuinte” e “ferramenta do administrador público e instrumento indispensável ao Estado Democrático de Direito para fazer frente a suas necessidades financeiras”.

O abuso do poder de emenda, assim como do descumprimento das premissas de proporcionalidade (ou de razoabilidade), não pode ser acolhido quando suscitado de forma genérica, diante da ausência de impugnação específica e adequada dos requisitos normativos reveladores desses excessos invocados, em quaisquer das tradições teóricas sustentadas (seja a do desvio do poder, seja a da proporcionalidade, ou ainda a da razoabilidade).

O desvio de finalidade tem como referência conceitual a ideia de deturpação do dever-poder atribuído a determinado agente público que, embora atue aparentemente dentro dos limites da atribuição institucional, mobiliza a sua atuação a finalidade não imposta, ou não desejada pela ordem jurídica ou pelo interesse público.

O abuso parlamentar não se configura, sob o ângulo da principiologia dos sub-princípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), quando imposta a redução do orçamento público destinado a órgãos e programas orçamentários, em decorrência de crise econômica e fiscal<sup>4</sup>.

Por outro lado, a jurisdição constitucional, em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo art. 166, § 3º, I, da CF<sup>5</sup>, não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais.

Diante da ausência de abusividade, deve-se declarar que a função de definir receitas e despesas do aparato estatal é uma das mais tradicionais e relevantes do Poder Legislativo. Impõe-se ao Poder Judiciário, no caso, postura de deferência institucional em relação ao debate parlamentar, sob pena de indevida e ilegítima tentativa de esvaziamento de típicas funções institucionais do Parlamento.

1 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

2 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 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.”

3 “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I – no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. § 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. § 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 5º Durante a execução

orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.”

- 4 “O cenário de crise econômica e fiscal é exemplificado por dados ilustrativos, constantes dos autos, no sentido de que: ‘Entre os programas que tiveram as suas dotações reduzidas deste ano para o próximo estão o Minha Casa, Minha Vida (de R\$ 14 bilhões para R\$ 4,3 bilhões) e o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego – Pronatec (de R\$ 4 bilhões para R\$ 1,6 bilhão). Por outro lado, o Bolsa Família, que teve sua redução defendida pelo relator, terá R\$ 28,1 bilhões – acréscimo de R\$ 1 bilhão em relação a 2015. Os cortes de gastos nos órgãos federais foram feitos em relação à proposta original do Executivo e envolvem principalmente as despesas de custeio. Os gastos com pessoal, por exemplo, passaram de R\$ 287,5 bilhões para R\$ 277,3 bilhões. Todos os três Poderes, além do Ministério Público, foram afetados. No caso mais extremo, o do Judiciário, os cortes atingiram 20% do custeio. Apenas os Ministérios da Educação e da Saúde terão mais dinheiro disponível, devido à destinação de emendas individuais de deputados e senadores. O fundo partidário também recebeu dotação extra durante a tramitação da LOA, mas será menor em 2016 do que foi em 2015. A meta de superávit de R\$ 30,5 bilhões vale para todo o setor público nacional, incluindo Estados e Municípios. Para a União, a economia para pagamento da dívida deverá ser de R\$ 20 bilhões. O projeto original do Orçamento, que o Executivo entregou ao Congresso em agosto, previa um déficit fiscal equivalente aos mesmos R\$ 30,5 bilhões.’ (Trecho da ementa do presente julgamento.)
- 5 “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;”

# ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

DIREITO CONSTITUCIONAL

- » Ordem econômica e financeira
  - » Princípios gerais da atividade econômica
    - » Livre iniciativa

**É inconstitucional lei estadual<sup>1</sup> que impõe a existência de serviço de empacotamento em supermercados, sob pena de multa e interdição de estabelecimento.**

A restrição ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV<sup>2</sup>), protegido pelo art. 170, *caput*, da Constituição<sup>3</sup>, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em primeiro lugar, a providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Dessa forma, a medida imposta demonstra-se incapaz de atingir o fim a que alegadamente se propõe.

Em segundo lugar, trata-se também de medida desnecessária. A obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão de obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico.

Por fim, as penalidades de multa e interdição do estabelecimento são desproporcionais em sentido estrito se comparadas ao conforto gerado pelo empacotamento de mercadorias, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte.

**1** Lei 2.130/1993 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 1º Os Estabelecimentos Comerciais autodenominados de Supermercados, sediados ou com filiais no Estado do Rio de Janeiro, terão que prestar serviço de empacotamento dos produtos comercializados nos mesmos. Parágrafo único. Entende-se por EMPACOTAMENTO o serviço prestado por funcionário do estabelecimento, que terá como função principal a de EMPACOTADOR, de colocar, em sacolas, os produtos que forem adquiridos pelos clientes. Art. 2º O descumprimento desta Lei acarretará as seguintes penalidades: I – Multa de 10 a 100.000 UFERJs [Unidade Fiscal do Estado do Rio de Janeiro]; II – Interdição do Estabelecimento. Art. 3º Os estabelecimentos, citados, terão prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da publicação

da presente Lei, para adequarem seus quadros de pessoal às normas aqui contidas. Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

- 2 “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: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”
- 3 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

## Direito Constitucional

- » Ordem econômica e financeira
  - » Princípios gerais da atividade econômica
    - » Ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre – **Repercussão Geral**

RE 636.331

rel. min. **Gilmar Mendes**

ARE 766.618

rel. min. **Roberto Barroso**

Plenário

DJE de 13-11-2017

Informativo STF 859

**Nos termos do art. 178 da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).**

O princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (CF, arts. 5º, XXXII<sup>2</sup>, e 170, V<sup>3</sup>) não impede a derrogação do CDC por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a orientar a ordem econômica nem o único mandamento constitucional a ser observado pelo legislador.

É certo que a Constituição incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais. Porém, o próprio texto constitucional, já em redação originária, também determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional.

O teor do art. 178 da CF é claro ao impor a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais, adotadas pelo Brasil, na matéria.

A teleologia da regra é uniformizar o direito aeronáutico, a fim de viabilizar e fomentar o transporte internacional. Como a atividade envolve necessariamente dois ou mais Estados soberanos, sua execução sempre se conecta, pelo menos, a duas ordens jurídicas diferentes.

Assim, sem a uniformização das normas aplicáveis, a insegurança jurídica seria enorme – inclusive para os passageiros, que só poderiam saber os seus direitos recorrendo a complexas regras de conexão e estudando a legislação estrangeira aplicável.

Com efeito, a harmonização das normas favorece a isonomia (CF, art. 5º, *caput*). Afinal, garante que todos os consumidores recebam o mesmo tratamento por parte dos fornecedores – o que, aliás, é previsto no próprio CDC como direito básico do consumidor (art. 6º, II, *in fine*<sup>4</sup>). Dessa forma, a opção consagrada no art. 178 pres-

tigia, a um só tempo, a previsibilidade do Direito, a igualdade e os compromissos firmados pela República junto à comunidade internacional.

Ademais, cabe destacar que, no tocante à aparente antinomia entre a regra do art. 14<sup>5</sup> da Lei 8.078/1990 e a regra do art. 22<sup>6</sup> da Convenção de Varsóvia e do art. 22<sup>7</sup> da Convenção de Montreal para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, deve-se considerar que não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito.

As normas internacionais em questão não gozam de estatura normativa suprallegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343<sup>8</sup>, uma vez que não versa sobre a disciplina dos direitos humanos.

Assim, a aparente antinomia deve ser solucionada pela aplicação dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, § 2º<sup>9</sup>).

Com efeito, a análise sob ambos os critérios denota a prevalência das referidas convenções internacionais porque mais recentes<sup>10</sup> e especiais<sup>11</sup> em relação ao CDC.

Diante desse quadro, é aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais<sup>12</sup>.

Isso se deve ao fato de a limitação imposta pelos acordos internacionais alcançar tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral e a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.

Igualmente aplicável é o prazo prescricional previsto no art. 29<sup>13</sup> da Convenção de Varsóvia para a ação de responsabilidade civil no caso de acidente aéreo em voo internacional<sup>14</sup>.

1 “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.”

- 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: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”
- 3 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor;”
- 4 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;”
- 5 “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”
- 6 Convenção de Varsóvia (Decreto 20.704/1931): “Artigo 22. (1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de cento e vinte e cinco mil francos, por passageiro. Se a indenização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade. (2) No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo declaração especial de ‘interesse na entrega’, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha entrega. (3) Quanto aos objetos que o viajante conserve sob guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador. (4) As quantias acima indicadas consideram-se referentes ao franco francês, constituído de sessenta e cinco e meio miligramas do ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Elas se poderão converter, em números redondos, na moeda nacional de cada país.”
- 7 Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Decreto 5.910/2006): “Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga. 1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro. 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suple-

mentar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes. 5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções. 6. Os limites prescritos no Artigo 21 e neste Artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior.”

- 8 RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, P, *DJE* de 5-6-2009.
- 9 “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”
- 10 “De fato, embora o Decreto 20.704, que promulga o texto original da Convenção de Varsóvia, tenha sido publicado em 24 de novembro de 1931, as modificações que sucessivamente sofreu são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor.” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)
- 11 “A Lei 8.078, de 1990, disciplina a generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)
- 12 “(...) as disposições previstas nos acordos internacionais aqui referidos aplicam-se exclusivamente ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. A expressão ‘transporte internacional’ é definida no art. 1º da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, nos seguintes termos: ‘2. Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados-partes, seja no território de um só Estado-parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado-parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado-parte, sem uma escala acordada

no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção'.” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)

**13** “Art. 29. (1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte. (2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.”

**14** RE 297.901, rel. min. Ellen Gracie, P, *DJ* de 31-3-2006.

# ORDEM SOCIAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

**Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais.**

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, imbuída de espírito inclusivo e fraternal, fez constar o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF.

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, com o objetivo de conferir proteção àqueles incapazes de garantir a subsistência. Os preceitos envolvidos são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados.

O substrato do conceito de dignidade humana pode ser decomposto em três elementos: (i) valor intrínseco, (ii) autonomia, e (iii) valor comunitário.

Como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do divulgado imperativo categórico kantiano: “age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio”. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano, independentemente de escolhas, situação pessoal ou origem.

Soa inequívoco que deixar desamparado um ser humano desprovido dos meios materiais para garantir o próprio sustento, tendo em vista a situação de idade avançada ou deficiência, representa expressa desconsideração do mencionado valor.

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes relacionado especificamente à vida de certo indivíduo.

Para que determinada pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto,

a previsão do art. 203, V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna.

A ideia maior de solidariedade social foi alçada à condição de princípio pela Lei Fundamental. A ninguém é dada a oportunidade de escolher nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas todos estão unidos na construção de um propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra.

Desde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro no País foi incentivada e tolerada. Dessa forma, não é coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em cheque em momento de fragilidade do ser humano – idade avançada ou algum tipo de deficiência.

Vale notar não existir ressalva em relação ao não nacional. Ao revés, o art. 5º, *caput*, da CF<sup>2</sup> estampa o princípio da igualdade e a necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País. O texto fundamental estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”<sup>3</sup>, sem restringir os beneficiários somente aos brasileiros natos ou naturalizados.

O benefício de assistência social tem natureza estrita. Não basta a hipossuficiência; impõe-se, igualmente, a demonstração da incapacidade de buscar a solução para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da sociedade. Gozam de prioridade na ação do Estado, determinada pelo próprio texto constitucional.

O estrangeiro em situação regular no Brasil, com residência fixa, idoso, portador de necessidades especiais, hipossuficiente em si mesmo e presente a família tem garantido o benefício da assistência social, visto que, inserido no meio social, colabora para o desenvolvimento socioeconômico do País.

Por outro lado, os estrangeiros em situação diversa não alcançam a assistência, tendo em vista o não atendimento às leis brasileiras. Tal fato, por si só, demonstra a ausência de noção de coletividade e de solidariedade a justificar a tutela do Estado.

1 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) 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.”

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:”

3 CF, art. 203, *caput*.

- » Ordem social
- » Educação, cultura e desporto
- » Educação – Repercussão Geral

### **A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização.**

O princípio da gratuidade não obriga as universidades a perceber exclusivamente recursos públicos para atender sua missão institucional. Ele se estende às tarefas de “manutenção e desenvolvimento do ensino” e exige, porém, que, para todas as tarefas necessárias à plena inclusão social, missão do direito à educação, haja recursos públicos disponíveis para os estabelecimentos oficiais.

Nem todas as atividades potencialmente desempenhadas pelas universidades referem-se exclusivamente ao ensino. A função desempenhada pelas universidades é muito mais ampla do que as formas pelas quais elas obtêm financiamento. Há, também, atividades de pesquisa e extensão que podem ser subvencionadas por recursos privados.

É possível às universidades, no âmbito de sua autonomia didático-científica, regulamentar, em harmonia com a legislação, as atividades destinadas preponderantemente à extensão universitária, sendo-lhes, nessa condição, possível a instituição de tarifa.

Há no texto constitucional uma diferenciação entre “ensino”, “pesquisa” e “extensão”, cujo tripé harmônico é essencial para a educação de qualidade. Nos termos do art. 206, IV, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, a gratuidade do ensino é um princípio aplicável a todos os estabelecimentos oficiais. Para tanto, conforme exige o art. 212, *caput*, da CF<sup>2</sup>, um percentual da receita pública deve ser destinado à “manutenção e desenvolvimento do ensino”.

A Constituição, no art. 213, § 2º<sup>3</sup>, autoriza, *argumentum a contrario*, a captação de recursos destinados à pesquisa e à extensão. Isso porque os recursos públicos, a que se refere o art. 212, *caput*, da CF, têm destinação precípua às escolas públicas. Já as atividades descritas no art. 213, § 2º, do texto constitucional não necessariamente contam com recursos públicos. Seria incorreto, porém, concluir, açodadamente, que a Constituição não exige financiamento público para pesquisa e extensão.

A indissolubilidade entre “ensino, pesquisa e extensão”, princípio previsto no *caput* do art. 207 da CF<sup>4</sup>, exige que o financiamento público não se destine exclusivamente ao ensino. Para a “manutenção e desenvolvimento do ensino”, são necessários, nos termos desse artigo, pesquisa e extensão.

O regime constitucional de pós-graduação deve derivar das exigências constitucionais contidas no art. 207 da CF. É impossível afirmar, a partir de uma leitura estrita da Constituição, que as atividades de pós-graduação são abrangidas pelo conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino, parâmetro constitucional para a destinação, com exclusividade, dos recursos públicos.

A tarefa de disciplinar quais características determinado curso assumirá compete ao legislador. Caso a atividade preponderante se refira à manutenção e desenvolvimento do ensino, a gratuidade deverá ser observada, nos termos do art. 206, IV, da CF.

Para matéria relativa a ensino, pesquisa e extensão, a competência regulamentar é concorrente entre União e Estados (CF, art. 24, IX)<sup>5</sup>, mas também é afeta à autonomia universitária.

No exercício de sua competência para definir normas gerais (CF, art. 24, § 1º), a União editou a Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Da Lei de Diretrizes e Bases é possível depreender, ainda, que os cursos de pós-graduação se destinam à preparação para o exercício do magistério superior (arts. 64 e 66) e, por isso, são indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento das instituições de ensino (art. 55). É preciso observar, porém, que apenas os cursos de pós-graduação que se destinam à manutenção e desenvolvimento do ensino são financiados pelo poder público.

Não se deve ler a Constituição a partir da lei. Sua referência, no entanto, exemplifica o fato de que ao legislador é possível descrever as atividades que, por não se relacionarem com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, não dependem de recursos exclusivamente públicos, sendo lícito, pois, às universidades perceber remuneração pelo respectivo desempenho.

A elaboração da lei não retira das universidades a competência para, por meio de sua autonomia, desenvolver outras atividades voltadas à comunidade que não se relacionem precisamente com a exigência constitucional da “manutenção e desenvolvimento do ensino”.

As universidades não são completamente livres para definir suas atividades. O desempenho precípua de suas funções exige, no mínimo, a completa realização daquelas que se relacionem com a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Nada

impede que, para além dessas atividades, a universidade possa definir outros cursos para a comunidade, cursos de extensão, sobretudo, que, embora se relacionem ao ensino, guardam independência em relação a ele.

Não se aduza que, porque as universidades ostentam natureza autárquica ou fundacional, somente poderiam adotar o regime tributário para a obtenção de receitas, a implicar que o serviço desempenhado passasse a ser remunerado por taxa.

Em primeiro lugar, a adoção do regime de direito público, previsto no art. 37 da CF<sup>6</sup>, não impõe, necessariamente, que a obtenção de receita seja exclusivamente pela via tributária. Ademais, o princípio da gratuidade veda, precisamente, a cobrança de prestação compulsória (CF, art. 205)<sup>7</sup>, como ocorre nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino. Além disso, tendo em conta que as atividades extraordinárias são desempenhadas de modo voluntário por parte das universidades, elas podem estabelecer uma tarifa como contraprestação.

Embora tenham autonomia para definir as atividades que poderão ser ofertadas ao público, as universidades devem ter em conta que prestam serviço público e, portanto, devem garantir os direitos dos usuários (CF, art. 175, II)<sup>8</sup>, observar a modicidade tarifária (CF, art. 175, III)<sup>9</sup> e manter serviço de qualidade (CF, art. 206, VII)<sup>10</sup>, atendidas as exigências do órgão coordenador da educação (CF, art. 211, § 1º)<sup>11</sup>. Finalmente, a regulamentação dessas atividades deve ainda observar o princípio da gestão democrática do ensino (CF, art. 206, VI).

1 “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;”

2 “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

3 “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (...) § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.”

4 “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

5 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;”

- 6 “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:”
- 7 “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”
- 8 “Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) II – os direitos dos usuários;”
- 9 “Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) III – política tarifária;”
- 10 “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VII – garantia de padrão de qualidade.”
- 11 “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;”

- » Ordem social
  - » Educação, cultura e desporto
    - » Autonomia universitária

**É inconstitucional lei estadual<sup>1</sup> de iniciativa parlamentar que determina que os escritórios de prática jurídica de universidade estadual mantenham plantão criminal para atendimento, nos finais de semana e feriados, dos hipossuficientes presos em flagrante delito.**

Por um lado, há inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa (CF, art. 61, § 1º, II, c<sup>2</sup>). A criação de atribuições para as secretarias de Estado e para a Polícia Civil compete privativamente ao chefe do Poder Executivo estadual, em observância ao princípio da simetria, e não ao parlamento<sup>3</sup>.

Por outro, há inconstitucionalidade material por ofensa à autonomia da instituição de ensino superior, prevista no art. 207 da Constituição Federal<sup>4</sup>. A autonomia administrativa, financeira e didático-científica<sup>5</sup> foi ferida, uma vez que ausente o assentimento da universidade para criação ou modificação do novo serviço a ser prestado.

Embora a autonomia universitária não se revista de caráter de independência<sup>6</sup>, atributo típico dos Poderes da República, revela a impossibilidade de exercício de tutela ou indevida ingerência no âmago próprio das suas funções. Isso assegura à universidade a discricionariedade de dispor ou propor (legislativamente) sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas.

A determinação de que o escritório de prática jurídica preste serviço aos finais de semana e feriados implica necessariamente a criação ou, ao menos, a modificação de atribuições conferidas ao corpo administrativo que serve ao curso de Direito da universidade. Afinal, para a promoção da atividade, deve a universidade efetuar o remanejamento de professores supervisores e ceder espaços convenientes, bem como arcar com os ônus decorrentes dessa nova atribuição.

Ademais, como os atendimentos serão realizados pelos acadêmicos do curso de Direito matriculados no estágio curricular obrigatório, a universidade, obrigatoriamente, teria que alterar as grades curriculares e os horários dos estudantes para que desenvolvessem essas atividades em regime de plantão.

Não se veda aqui o exercício do serviço de assistência jurídica gratuita aos necessitados pelos escritórios de prática jurídica das instituições de ensino superior. A atividade já é praxe na atualidade; pois, além de atender às exigências de estágio supervisionado, desempenha importante papel social, inclusive concretizando objetivos que as instituições de ensino devem promover, como a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão e a conscientização dos discentes sobre sua responsabilidade social. Ocorre que as atividades desenvolvidas pelos acadêmicos do curso de Direito em decorrência do estágio curricular obrigatório dizem respeito à autonomia didático-científica da universidade, não podendo ser impostas pelo Estado. Entretanto, nada impede que o Estado-membro realize convênio com a universidade para viabilizar a prestação de serviço de assistência judiciária aos necessitados.

- 1 Refere-se à Lei 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte. O diploma impugnado determina que o escritório de prática jurídica gratuita do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte deverá manter plantão para atendimento em finais de semana e feriados nos casos de prisão em flagrante.
- 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 Lei 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte: “Art. 2º A Secretaria de Estado da Educação, da Cultura e dos Desportos deverá informar à Secretaria de Estado de Defesa Social e da Segurança Pública sobre a prestação do serviço especificado no art. 1º desta Lei. Art. 3º A Secretaria de Estado de Defesa Social e da Segurança Pública deverá comunicar aos Delegados de Polícia, para que, nos casos de manifesta hipossuficiência econômica do preso e, na ausência de defensor público constituído, seja imediatamente informado ao Escritório de Prática Jurídica.”
- 4 “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”
- 5 ADI 51, rel. min. Paulo Brossard, P, DJ de 17-9-1993.
- 6 Precedentes: RMS 22.047 AgR, rel. min. Eros Grau, 1ª T, DJ de 31-3-2006; e ADI 1.599 MC, rel. min. Maurício Corrêa, P, DJ de 18-5-2001.

- » Ordem social
- » Comunicação social
- » Regulação de diversões e espetáculos públicos

**É inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei 8.069/1990<sup>1</sup>.**

Ofende os arts. 5º, IX<sup>2</sup>; 21, XVI<sup>3</sup>; e 220, § 3º, I<sup>4</sup>, da Constituição Federal (CF) proibir a veiculação de programas de rádio e televisão em determinados horários, considerada a classificação indicativa por idade.

Não há dúvida de que tanto a liberdade de expressão dos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente são axiomas de envergadura constitucional, mas a própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento desses dois valores.

A plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência imanente da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação / potencialização de outras liberdades constitucionais tem regulação estritamente constitucional, imunizando o direito de livre expressão contra tentativas de disciplina ou autorização prévias por parte de norma hierarquicamente inferior, a teor do art. 220 da CF. Segundo esse dispositivo, a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Assim, existe óbice constitucional ao controle prévio pelo poder público do conteúdo objeto de expressão, sem, contudo, retirar do emissor a responsabilidade por eventual desrespeito a direitos alheios imputados à comunicação<sup>5</sup>.

Para que ocorra a real concretização da liberdade de expressão, consagrada no art. 5º, IX, da CF, é preciso que haja liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, garantindo-se a livre circulação de ideias e informações e a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal.

Apesar da garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a própria Carta de 1988 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, XVI,

o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”.

Essa classificação dos produtos audiovisuais exercida pelas emissoras busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. O que há é mera submissão ao Ministério da Justiça, que ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da CF, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não significa autorização. Essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários estabelecidos pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado.

Ressalte-se que permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo. Tal regra está prevista no parágrafo único do art. 76<sup>6</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado. É importante que os órgãos competentes reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir a programas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infantojuvenil.

Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para “estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221<sup>7</sup>” (art. 220, § 3º, II, CF).

- 1 “Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena – multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.”
- 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: (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”
- 3 “Art. 21. Compete à União: (...) XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;”
- 4 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 3º Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;”
- 5 ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 6-11-2009.
- 6 “Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantojuvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.”
- 7 “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

- » Ordem social
- » Meio ambiente
- » Proteção da fauna

**Lei que regulamenta a atividade da vaquejada<sup>1</sup>, manifestação cultural com características de entretenimento, é incompatível com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>.**

A obrigação do Estado de garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações (CF, art. 215<sup>3</sup>), não dispensa a observância da norma que veda práticas que submetam os animais a crueldade (CF, art. 225, § 1º, VII).

O art. 225 da CF consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor da solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade”<sup>4</sup>.

Como direito de todos, a manutenção do ecossistema também a esses incumbe, em benefício das gerações do presente e do futuro. O indivíduo é considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção, daí por que encerra verdadeiro “direito-dever” fundamental<sup>5</sup>.

Nesse contexto, no âmbito da ponderação de direitos fundamentais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de interpretar normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente. Assim, demonstra-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecológicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura<sup>6</sup>.

Com efeito, ante os dados empíricos evidenciados por laudos técnicos<sup>7</sup>, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas na vaquejada. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o preconizado na Carta da República.

Assim, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada.

- 1 Na prática da vaquejada, uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada.
- 2 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”
- 3 “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”
- 4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 523.
- 5 CRUZ, Branca Martins da. Importância da constitucionalização do direito ao ambiente. In: BONAVIDES, Paulo, et al. (Orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfôr Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 202.
- 6 RE 153.531, red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 13-3-1998; ADI 2.514, rel. min. Eros Grau, P, *DJ* de 9-12-2005; e ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, P, *DJE* de 14-10-2011.
- 7 O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

DIRITTO  
ELETTORALE

# ELEIÇÕES

DIREITO ELEITORAL

## Direito Eleitoral

### » Eleições

#### » Propaganda eleitoral

##### » Propaganda eleitoral no rádio e na televisão

ADI 5.487

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

ADI 5.488

rel. min. **Dias Toffoli**

Plenário

DJE de 19-12-2017

Informativo STF 836

Informativo STF 837

**Os candidatos aptos a participar de debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los.**

O art. 46, § 5º, da Lei 9.504/1997<sup>1</sup>, com a redação dada pela Lei 13.165/2015, deve ser interpretado restritivamente com o fito de ampliar o debate político e conferir maior densidade democrática ao processo eleitoral. Permitir a exclusão de candidatos convidados pela emissora de televisão ou rádio resultaria em evidente conflito de interesses: o poder de decidir sobre a participação de um competidor ficaria nas mãos de seus próprios adversários, que, por óbvio, não têm nenhum estímulo para conceder espaço nos meios de comunicação de massa a quem possa subtrair seus votos e visibilidade.

Em relação à definição dos participantes dos debates, é válida a fixação, por lei, de critério objetivo que conceda a parcela dos candidatos (os “candidatos aptos”) direito subjetivo à participação nos debates, não podendo a emissora de televisão ou de rádio a ele se opor, ainda que com a concordância de outros candidatos.

O critério adotado pela legislação brasileira, tal como interpretado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), assegura a participação nos debates dos candidatos de partidos ou coligações que tenham representatividade mínima de dez deputados federais. Trata-se de critério razoável, que é coerente com as normas relativas à propaganda eleitoral vigentes no País e que cumpre as finalidades constitucionais acima citadas.

Todavia, o legislador não fechou as portas do debate político a candidatos de partidos ou coligações que tenham menos de dez deputados federais, tampouco tolheu por completo a liberdade de programação das emissoras de televisão e rádio. Unindo essas duas preocupações, a Lei 9.504/1997 facultou que as emissoras convidem para os debates candidatos com representatividade inferior à exigida na lei. No caso de competidores bem colocados nas pesquisas de intenção de voto, é razoável concluir

que as emissoras terão estímulos para promover a sua inclusão, tanto como forma de aumentar a audiência quanto de garantir a credibilidade do programa. Com efeito, a participação de candidato bem colocado nas pesquisas enriquece o embate de ideias e permite que o programa reflita, com maior fidelidade, as tensões ideológicas presentes no debate público em torno das propostas dos candidatos com maior percentual de intenção de votos.

Esta é a interpretação que já se extraía da legislação eleitoral antes da minirreforma de 2015 e que deve permanecer possível diante do atual cenário normativo. Basta que se confira interpretação conforme à Constituição à nova redação do art. 46, § 5º, da Lei 9.504/1997, dada pela Lei 13.165/2015, no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos “candidatos aptos” acrescentem novos participantes ao debate – candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora. Além disso, a autonomia da empresa de rádio ou televisão relativamente à convocação de candidatos não enquadrados no critério do *caput* do art. 46 deve observar critérios objetivos que atendam aos princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação, a serem fixados pelo TSE.

1 “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte: (...) § 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional.”

## Direito Eleitoral

- » Eleições
  - » Propaganda eleitoral
    - » Propaganda eleitoral no rádio e na televisão

ADI 5.491
rel. min. <b>Dias Toffoli</b>
DJE de 6-9-2017
ADI 5.423
rel. min. <b>Dias Toffoli</b>
DJE de 19-12-2017
ADI 5.577
rel. min. <b>Rosa Weber</b>
DJE de 19-12-2017
Plenário
<i>Informativo STF 836</i>

**São constitucionais os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997<sup>1</sup>, que disciplinam a distribuição dos horários reservados à propaganda eleitoral gratuita nas emissoras de rádio e de televisão e nos canais de televisão por assinatura.**

Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de benefício não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. Ademais, ao editar os referidos dispositivos, o legislador se ateve a um padrão equitativo de isonomia, ponderando os aspectos formal e material do princípio da igualdade<sup>2</sup>.

Não há falar em igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Câmara dos Deputados. Assim, não se pode exigir tratamento absolutamente igualitário entre esses partidos, porque eles não são materialmente iguais, quer do ponto de vista jurídico, quer da representação política que têm. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política.

Apesar disso, é certo que a legislação não pode instituir mecanismos que, na prática, excluam das legendas menores a possibilidade de crescimento e de consolidação no contexto eleitoral, devendo ser assegurado um mínimo razoável de espaço para que esses partidos possam participar e influenciar no pleito eleitoral, propiciando,

inclusive, a renovação dos quadros políticos. Dessa perspectiva, o tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulifica a participação de nenhuma legenda concorrente.

Por outro lado, o critério de divisão adotado – proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados – guarda estreita relação com a finalidade colimada pela representatividade proporcional. Assim, dado que a Câmara dos Deputados é a Casa Legislativa de representação do povo, pode a eleição de seus membros servir de critério de aferição, tanto quanto possível, da legitimidade popular, sendo legítimo pressupor que a representatividade de seus membros se apresenta como medida adequada e razoável para a divisão do tempo de acesso ao rádio e à televisão.

Igualmente, o legislador andou bem ao estabelecer critérios distintos para o cálculo da representatividade das coligações formadas para as eleições majoritárias e proporcionais, para efeito de distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, considerando, no caso de coligações para eleições majoritárias, somente os seis maiores partidos que as compõem. Isso porque é próprio do sistema eleitoral majoritário refletir as correntes majoritárias da sociedade. O critério adotado mostra-se, ademais, tributário da própria essência desse sistema eleitoral, que é considerar as correntes políticas da maioria. De todo modo, tal perspectiva contribuirá para que se elimine a prática, tão comum no Brasil, de as legendas mais expressivas, ao lançar candidatos às eleições majoritárias, coligarem-se com inúmeros partidos pequenos, com o único objetivo de obter maior tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV.

É constitucional a expressão “superior a nove deputados”, constante do *caput* do art. 46 da Lei 9.504/1997<sup>3</sup>, na redação dada pela Lei 13.165/2015, que assegura a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove deputados em debates eleitorais transmitidos por emissoras de rádio ou televisão.

O legislador, ao conferir nova redação ao *caput* do art. 46 da Lei 9.504/1997, estabeleceu critério razoável de aferição da representatividade e da expressividade do partido político para efeito de assegurar a participação de seus candidatos nos debates eleitorais. Em realidade, o direito de participação em debates eleitorais – diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão – não tem assento constitucional e pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.

Sendo assim, trata-se de espaço naturalmente restrito, no qual, no entanto, deve haver a exposição e o confronto de ideias com densidade tal que promova no eleitor maior esclarecimento a respeito das ideias e das propostas dos candidatos e das

diferenças entre essas. Munido de tais informações, o eleitor realiza o cotejo entre elas, podendo, assim, escolher de forma mais consciente em quem votará. Nesse cenário, o critério seletivo adotado pela norma impugnada quanto aos partidos políticos que terão assegurado o direito de seus candidatos participarem dos debates eleitorais poderá, até mesmo, contribuir para a redução da excessiva pulverização dos debates eleitorais.

Por óbvio, ao prever o critério de representação superior a nove deputados, o dispositivo em questão não obsteu a participação nos debates de partidos políticos com menor representatividade, a qual ainda é facultada, estando a critério das emissoras de rádio e televisão.

É constitucional a redação dada pela Lei 13.165/2015 ao art. 46 da Lei 9.504/1997<sup>4</sup>, o qual assegura a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove deputados em debates eleitorais transmitidos por emissoras de rádio ou televisão, não implicando em afronta à anterioridade eleitoral a sua incidência nas eleições realizadas no ano de 2016.

Encontra amparo no texto da Constituição norma jurídica que contenha desigualação não odiosa, como na espécie, em que o fator de discrimen – a observância da proporcionalidade à representação – justifica elevar o patamar mínimo de representação na Câmara dos Deputados, para fins de assegurar a participação em debates eleitorais.

Otrossim, ao entrar em vigor a Lei 13.165/2015, nos termos do seu art. 14, na data de sua publicação – em 29-9-2015 –, forçoso concluir ter sido observado o lapso temporal prévio de um ano exigido pela Constituição Federal<sup>5</sup>, dado que as eleições de 2016 foram marcadas para o dia 2-10-2016 (Lei 9.504/1997, art. 1º, *caput*).

A exigência constitucional da anterioridade da lei eleitoral consubstancia marco temporal objetivo, que tem por escopo impedir mudanças abruptas na legislação eleitoral, como forma de assegurar o direito das minorias, em particular a paridade de armas na disputa eleitoral. Se, por um lado, o referido princípio obsta que eventual maioria parlamentar altere, no período de um ano que antecede as eleições, as regras que lhes serão aplicáveis; por outro, informa exatamente que as regras do processo eleitoral podem, sim, sofrer alterações pelo legislador, desde que respeitada a ressalva constitucional.

<sup>1</sup> “Art. 47. (...) § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes cri-

térios: I – 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; II – 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.”

2 Precedente: ADI 4.430, rel. min. Dias Toffoli, P, *DJE* de 19-9-2013.

3 “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte:”

4 *Idem*.

5 “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

DIRITTO  
TRA  
DIRETTO  
EMPRESARIAL

# PROPRIEDADE INTELLECTUAL

DIREITO EMPRESARIAL

## Direito Empresarial

- » Propriedade intelectual
  - » Direitos autorais
    - » Gestão coletiva

ADI 5.062

ADI 5.065

rel. min. **Luiz Fux**

Plenário

DJE de 21-6-2017

Informativo STF 845

**A mera rapidez no trâmite de projeto de lei<sup>1</sup> para aprovação da Lei 12.853/2013, que alterou ou introduziu dispositivos na Lei 9.610/1998, ao reconfigurar o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, não configura inconstitucionalidade formal.**

A Constituição Federal (CF) não estabeleceu prazos mínimos para tramitação de projetos de lei nem disciplinou o regime urgente de tramitação. Tal circunstância confere espaço suficiente para o legislador imprimir aos seus trabalhos a cadência que julgar adequada, não sendo o fato de o projeto de lei ter tramitado rapidamente nas casas legislativas motivo para reconhecer qualquer mácula.

Ademais, a invocação genérica do art. 59 da CF<sup>2</sup>, que apenas elenca as espécies legislativas existentes em nosso ordenamento jurídico, sem apontar violação de nenhum dispositivo constitucional específico, não respalda a declaração de inconstitucionalidade formal da norma.

**É legítima a promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais com o intuito de impedir práticas abusivas por entes intermediários.**

A criação, pela Lei 12.853/2013, de obrigações precisas de transparência para a gestão coletiva relaciona-se com direitos difusos (dos usuários) e coletivos (dos titulares) à informação adequada.

Sob o enfoque econômico, o propósito da medida é eliminar a possibilidade de que as entidades intermediárias do setor – as associações e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) – possam, a partir da vantagem informacional de que dispõem, obter rendas extraordinárias, subvertendo seu papel instrumental através de práticas indiciárias de comportamento oportunista pelos entes intermediários em detrimento tanto de usuários quanto de titulares de direitos autorais.

Assim, a novel legislação procura romper com esse quadro de irregularidades na gestão coletiva de direitos autorais e impedir que o intermediário se torne o seu principal beneficiário.

O cânone da proporcionalidade encontra-se consubstanciado nos meios eleitos pelo legislador, voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, na medida em que busca mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CF, art. 5º, XXVII<sup>3</sup>) quanto de usuários (CF, art. 5º, XXXII<sup>4</sup>) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual, como a educação e o entretenimento (CF, art. 6º<sup>5</sup>), o acesso à cultura (CF, art. 215<sup>6</sup>) e à informação (CF, art. 5º, XIV<sup>7</sup>).

Diante disso, os dispositivos relativos à divulgação de informações concernentes à execução pública de obras intelectuais, notadamente músicas, e à arrecadação dos respectivos direitos (Lei 9.610/1998, art. 68, §§ 6º e 8º<sup>8</sup>, e art. 98-B, I, II<sup>9</sup> e parágrafo único<sup>10</sup>), à vedação da pactuação de cláusulas de confidencialidade nos contratos de licenciamento (Lei 9.610/1998, art. 98-B, VI<sup>11</sup>) e às penalidades em caso de descumprimento (Lei 9.610/1998, art. 109-A<sup>12</sup>) são constitucionais. Afinal, foram expostos com clareza os fundamentos e os objetivos que orientaram a atuação do legislador, bem como a lógica interna das previsões normativas, pautada por equilíbrio e moderação.

**As associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social.**

As entidades de gestão coletiva de direitos autorais possuem natureza instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual, dadas as dificuldades operacionais que marcam o setor. Isso significa que tanto a produção de cultura (pelos autores) quanto o acesso à cultura (pelos usuários) dependem do hígido funcionamento das associações arrecadadoras e distribuidoras de direitos autorais, sobretudo ante os elevados custos de transação.

Esse relevante papel econômico (manter o mercado e o aumento de bem-estar de autores e usuários, bem como incremento da oferta e do consumo de cultura) é traduzido juridicamente como a função social das aludidas entidades.

A transindividualidade da gestão coletiva, ao envolver interesses de usuários e titulares, justifica o interesse público na sua existência e escorreita atuação, e a presença regulatória maior do Estado na criação, na organização e no funcionamento

das entidades que operam no setor, o que se traduz na incidência de disciplina jurídica específica. Trata-se de verdadeiras associações “não expressivas”<sup>13</sup>, exemplos de “associações que se dedicam a viabilizar certas atividades essenciais aos associados”, ocupando, assim, espaço público não estatal<sup>14</sup>.

**São constitucionais as disposições acerca dos critérios de votação previstos na Lei 9.610/1998, que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.**

As regras referentes à limitação do direito de voto aos titulares originários (Lei 9.610/1998, art. 5º, XIV, e art. 97, § 5º), assunção de cargos de direção nas associações (art. 97, § 6º), eleição de dirigentes (art. 98, §§ 13 e 14) e critério de voto unitário no Ecad (art. 99, § 1º, e art. 99-A, parágrafo único) não violam a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII<sup>15</sup>, XVIII<sup>16</sup> e XIX<sup>17</sup>), a garantia da transmissibilidade dos direitos autorais (CF, art. 5º, XXVII<sup>18</sup>), o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*<sup>19</sup>), tampouco a propriedade privada (CF, art. 5º, XXII<sup>20</sup>, e art. 170, II<sup>21</sup>).

Os titulares originários e derivados de obras intelectuais (as editoras musicais, por exemplo) são diferenciados legalmente, para fins de participação na gestão coletiva de direitos autorais. O *distinguishing* situa-se dentro da margem de conformação do legislador ordinário para disciplinar a matéria, uma vez que: (i) não existe direito constitucional expresso à participação política ou administrativa de titulares derivados na gestão coletiva, ao contrário dos titulares originários (CF, art. 5º, XXVIII, *b*<sup>22</sup>); (ii) as regras impugnadas não impactam os direitos patrimoniais dos titulares derivados, que continuam a gozar das mesmas expressões econômicas de que desfrutavam até então; (iii) a importância relativa dos titulares originários é maior para a criação intelectual, cujo estímulo é a finalidade última da gestão coletiva; (iv) é justificável, ante os fatos apurados, a existência de regras voltadas a minimizar a assimetria de poder econômico entre gravadoras, editoras musicais – que possuem catálogo de obras de um grande número de autores, o que lhes confere maior poder decisório do que aquele dos próprios músicos e compositores – e autores individuais, os verdadeiros criadores intelectuais.

**É constitucional a habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órbita da Administração Pública Federal para a cobrança de direitos autorais<sup>23</sup>.**

Não há violação à liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII a XX<sup>24</sup>), ao princípio da proporcionalidade, tampouco ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI<sup>25</sup>). Essa exigência configura típico exercício de poder de polícia preventivo, voltado a aferir o cumprimento das obrigações legais exigíveis desde o nascedouro da entidade.

Sob o prisma da máxima *tempus regit actum*, as associações arrecadoras já existentes devem conformar-se à legislação em vigor, sujeitando-se às alterações supervenientes à sua criação, dado que: (i) as regras de transição são justas; e (ii) não existe direito adquirido a regime jurídico na ordem constitucional brasileira.

**São constitucionais as normas relativas à negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais (art. 98, §§ 3º e 4º<sup>26</sup>) e ao prazo mínimo para comunicação da arrecadação pessoal de direitos por seus titulares (art. 98, § 15<sup>27</sup>) previstas na Lei 9.610/1998.**

Inexiste afronta ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), à livre iniciativa (CF, art. 1º, IV<sup>28</sup>) e aos princípios da proporcionalidade e da realidade.

A Lei 9.610/1998, após alterações, não estipulou tabelamento de preços. Limitou-se a fixar parâmetros genéricos (razoabilidade, boa-fé e usos do local de utilização das obras) para o licenciamento de direitos autorais no intuito de corrigir as distorções propiciadas pelo poder de mercado das associações gestoras, sem retirar dos próprios titulares a prerrogativa de estabelecer o preço de suas obras.

A norma abriu outras modalidades de negócio jurídico, até então restrito à denominada “licença cobertor” (*blanket license*) ou licenciamento pelo formato global. Por tal avença, o usuário adquire, a preço fixo, o direito a reproduzir, quantas vezes desejar e por tempo especificado, toda e qualquer obra que conste do repertório da associação contratante. A cobrança não é proporcional à utilização do conteúdo. Para alguns usuários, esse modelo de contrato é o mais adequado, como ocorre em locais de frequência coletiva, estações de rádio e emissoras de televisão que executam programação alheia.

Não obstante, o licenciamento global como única opção de negócio é ineficiente, uma vez que reduz a quantidade de transações (mutuamente benéficas) realizadas

no mercado e gera diversos efeitos econômicos adversos, sendo considerado prática abusiva. À luz desses fundamentos, a Lei 12.853/2013 definiu que o licenciamento cobertor (*blanket license*) permanece válido, desde que não seja mais o único tipo de contrato disponível.

Ademais, o prazo mínimo legal para a comunicação permite que a associação, ao proceder à cobrança de seu repertório, possa excluir os valores referentes ao titular que atue pessoalmente, minimizando as chances de falhas de comunicação que propiciem duplicidade de cobrança, tumultuem a gestão coletiva e onerem o usuário. Cuida-se, portanto, da racionalização da atividade arrecadatória, bem como da proteção do usuário de obras intelectuais.

### **É constitucional a criação de cadastro unificado de obras e dados autorais<sup>29</sup>.**

Inexiste afronta ao direito constitucional à privacidade (CF, art. 5º, X<sup>30</sup>) e ao princípio da proporcionalidade. O cadastro unificado de obras justifica-se como forma de prevenir a prática de fraudes e evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares, problemas esses que vicejavam ante a pouca transparência da sistemática anterior. Assim, confere-se publicidade aos dados que são de interesse público, mas preservam-se as informações de cunho somente individual, como valores distribuídos a titular.

O modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos, sendo de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras. É possível, inclusive, valer-se do cadastro para compatibilizar o desejo soberano de qualquer autor de ocultar sua identidade mediante o uso de pseudônimos ou heterônimos e, ao mesmo tempo, fazer valer seus direitos autorais.

Ademais, o acesso de qualquer interessado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV<sup>31</sup>) não foi violado pela possível retificação do cadastro pelo Ministério da Cultura, que evita a prematura judicialização de eventuais conflitos, além de permitir o enfrentamento da controvérsia a partir de perspectiva técnica e especializada.

**A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais é constitucional e deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas<sup>32</sup>.**

As taxas de administração e a fixação de limites máximos justificam-se pela estrutura econômica do setor, que, apesar de franquear espaço para ganhos de escala nas atividades de arrecadação e distribuição, não se traduzia em benefício aos titulares originários de direitos autorais.

Essa sistemática representa, pois, uma garantia individual de cada autor em face de quaisquer maiorias associativas, uma vez que limita a disposição coletiva de direitos que são intrinsecamente subjetivos, reconduzindo as entidades de gestão coletiva ao seu papel puramente instrumental.

O limite para despesa pelas associações com ações que beneficiem seus associados de forma coletiva equilibra, com moderação, a tensão latente entre interesses individuais e coletivos na criação de obras intelectuais.

**É constitucional dispositivo que incumbe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos<sup>33</sup>.**

As associações surgem para viabilizar o mercado, não sendo admitido interromper seu hígido funcionamento, inclusive no momento em que deixam de operar no setor. Por essa razão, a Lei 12.853/2013 apenas zelou pela transição razoável e menos traumática para usuários e titulares, não havendo qualquer afronta ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e à garantia da propriedade imaterial e dos segredos do negócio (CF, art. 5º, XXIX<sup>34</sup>). O parâmetro constitucional invocado é nitidamente voltado a explorações comerciais, enquanto as associações de gestão coletiva não exercem empresa em sentido jurídico, sendo-lhes vedado pela legislação o intuito de obter lucro.

**É constitucional dispositivo que prevê a participação do Ministério da Cultura na prestação de contas pelas associações de gestão coletiva<sup>35</sup>.**

Não há que cogitar de violação à livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) ou à separação de poderes (CF, art. 60, § 4º, III<sup>36</sup>). A prerrogativa contida no art. 98-C, § 2º, evita a judicialização de questões jurídicas simples, como as relativas à prestação de contas por associações a associados.

A mediação e a arbitragem, enquanto métodos voluntários e alternativos à jurisdição estatal, minimizam a demanda pelo Poder Judiciário e propiciam a análise dos conflitos intersubjetivos por técnicos e especialistas no tema, sendo a via mais célere e menos custosa de composição de litígios. A disciplina legal apenas possibilita a solução por vias alternativas às judiciais, sem impedir, por qualquer modo, o acesso à Justiça. A norma evidencia o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública Federal, dependendo sempre de anuência expressa e mútua das partes, como ressalvou o Supremo Tribunal Federal ao julgar, incidentalmente, válida a Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996)<sup>37</sup>.

**É constitucional dispositivo que determina que o ente arrecadador deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal<sup>38</sup>.**

A previsão legal condiz com o texto constitucional. Afinal, impede que as associações já estabelecidas na gestão coletiva possam asfixiar a criação de novas entidades mediante políticas de alijamento junto ao Ecad, que ostenta, por força de lei, o monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas.

Tal monopólio concedido pelo Estado autoriza maior intervenção do poder público sobre a dinâmica de funcionamento da entidade, a qual, deixada por si, já provou desvirtuar-se dos propósitos que justificam as suas prerrogativas.

A criação de novas entidades coletivas impõe pressão competitiva sobre as associações já atuantes, que tenderão a ser mais eficientes, oferecendo serviço de qualidade e com maior retorno para seus associados. O monopólio legal que favorece o Ecad, en-

trevisto como bônus, sofre a incidência da contrapartida consistente no dever de admitir toda e qualquer entidade legalmente habilitada, franqueando amplo acesso ao Ecad.

A legitimidade ativa *ad causam* para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade é reconhecida às entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX<sup>39</sup>), que devem congregiar associados homogêneos<sup>40</sup>, assim compreendidos os sujeitos de direito integrantes de uma mesma categoria profissional ou econômica<sup>41</sup>.

Por fim, em hermenêutica constitucional, é necessário cuidado para que a interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não se convolve em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Constituição, devendo atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixie o espaço político de deliberação coletiva. Afinal, garantias gerais como liberdade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação não são, por si, incompatíveis com a presença de regulação estatal.

A propósito, a gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais<sup>42</sup>. A pluralidade de regimes sugere não existir um modelo único, perfeito e acabado de atuação do poder público, mas, ao revés, um maior ou menor protagonismo do Estado, dependente sempre das escolhas políticas das maiorias eleitas. A experimentação de diferentes modelos ao longo dos tempos é a essência do jogo democrático.

- 1 Projeto de Lei do Senado 129/2012. A Casa aprovou o substitutivo do relator, senador Humberto Costa, ao projeto original, de autoria do senador Randolfê Rodrigues.
- 2 “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”
- 3 “Art. 5º (...) XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”
- 4 “Art. 5º (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”
- 5 “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.”
- 6 “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

- 7 “Art. 5º (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”
- 8 “Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (...) § 6º O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede. § 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais. § 8º Para as empresas mencionadas no § 7º, o prazo para cumprimento do disposto no § 6º será até o décimo dia útil de cada mês, relativamente à relação completa das obras e fonogramas utilizados no mês anterior.”
- 9 “Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão: I – dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, às formas de cálculo e critérios de cobrança, discriminando, dentre outras informações, o tipo de usuário, tempo e lugar de utilização, bem como os critérios de distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados, incluídas as planilhas e demais registros de utilização das obras e fonogramas fornecidas pelos usuários, excetuando os valores distribuídos aos titulares individualmente; II – dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, aos estatutos, aos regulamentos de arrecadação e distribuição, às atas de suas reuniões deliberativas e aos cadastros das obras e titulares que representam, bem como ao montante arrecadado e distribuído e aos créditos eventualmente arrecadados e não distribuídos, sua origem e o motivo da sua retenção;”
- 10 “Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão: (...) Parágrafo único. As informações contidas nos incisos I e II devem ser atualizadas periodicamente, em intervalo nunca superior a 6 (seis) meses.”
- 11 “Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão: (...) IV – oferecer aos titulares de direitos os meios técnicos para que possam acessar o balanço dos seus créditos da forma mais eficiente dentro do estado da técnica;”
- 12 “Art. 109-A. A falta de prestação ou a prestação de informações falsas no cumprimento do disposto no § 6º do art. 68 e no § 9º do art. 98 sujeitará os responsáveis, por determinação da autoridade competente e nos termos do regulamento desta Lei, a multa de 10 (dez) a 30% (trinta por cento) do valor que deveria ser originariamente pago, sem prejuízo das perdas e danos. Parágrafo único. Aplicam-se as regras da legislação civil quanto ao inadimplemento das obrigações no caso de descumprimento, pelos usuários, dos seus deveres legais e contratuais junto às associações referidas neste Título.”
- 13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 308.
- 14 RE 201.819, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJ de 27-10-2006.

- 15 “Art. 5º (...) XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”
- 16 “Art. 5º (...) XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”
- 17 “Art. 5º (...) XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;”
- 18 “Art. 5º (...) XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”
- 19 “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:”
- 20 “Art. 5º (...) XXII – é garantido o direito de propriedade;”
- 21 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada;”
- 22 “Art. 5º (...) XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: (...) b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”
- 23 Lei 9.610/1998: “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. § 1º O exercício da atividade de cobrança citada no *caput* somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal, nos termos do art. 98-A.”
- 24 “Art. 5º (...) XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;”
- 25 “Art. 5º (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”
- 26 “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (...) § 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras. § 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.”
- 27 “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (...) § 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no *caput* e no § 3º deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática.”

- 28 “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: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”
- 29 Lei 9.610/1998: “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (...) § 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras. § 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações. § 8º Mediante comunicação do interessado e preservada a ampla defesa e o direito ao contraditório, o Ministério da Cultura poderá, no caso de inconsistência nas informações mencionadas no § 6º deste artigo, determinar sua retificação e demais medidas necessárias à sua regularização, conforme disposto em regulamento.”
- 30 “Art. 5º (...) 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;”
- 31 “Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”
- 32 Lei 9.610/1998: “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (...) § 12. A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas.”
- 33 Lei 9.610/1998: “Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B. (...) § 7º Cabe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos.”
- 34 “Art. 5º (...) XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”
- 35 Lei 9.610/1998: “Art. 98-C. As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados. § 1º O direito à prestação de contas poderá ser exercido diretamente pelo associado. § 2º Se as contas não forem prestadas

na forma do § 1º, o pedido do associado poderá ser encaminhado ao Ministério da Cultura que, após sua apreciação, poderá determinar a prestação de contas pela associação, na forma do regulamento.”

- 36 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes;”
- 37 SE 5.206 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, DJ de 30-4-2004.
- 38 Lei 9.610/1998: “Art. 99-A. O ente arrecadador de que trata o *caput* do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A. Parágrafo único. As deliberações quanto aos critérios de distribuição dos recursos arrecadados serão tomadas por meio do voto unitário de cada associação que integre o ente arrecadador.”
- 39 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”
- 40 ADI 42, rel. min. Paulo Brossard, P, DJ de 2-4-1993.
- 41 *In casu*, a União Brasileira de Compositores revela homogeneidade da classe formada por seus membros, pertencentes à categoria econômica diferenciada que compreende os titulares de direitos autorais e conexos, cujas obras estão submetidas à execução pública e sujeitas à gestão coletiva, setor da vida social alvo de profundas transformações a partir da edição da Lei 12.853/2013.
- 42 GERVAIS, Daniel (Org.) *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Edition, 2010.

DIREITO

FINANÇAS

DIREITO  
FINANCEIRO

# DÍVIDA PÚBLICA

DIREITO FINANCEIRO

- » Dívida pública
- » Resgate
- » Requisitos

**É constitucional condicionar o resgate antecipado de títulos da dívida pública emitidos em favor das instituições de ensino superior à satisfação de suas obrigações previdenciárias.**

Tal medida tem como objetivo excluir da possibilidade de acesso ao crédito imediato dos valores correspondentes a tais certificados as entidades que apresentem débitos com a previdência. Antes de agressiva ao texto constitucional, essa restrição corresponde a atitude de necessária prudência, tendente a evitar que devedores da previdência ganhem acesso antecipado a recursos do Tesouro Nacional<sup>1</sup>.

Ademais, essa condição não contraria nem restringe o direito dessas instituições de provocar o Poder Judiciário para questionar qualquer obrigação previdenciária, garantidos também os direitos processuais ao contraditório e à ampla defesa.

Diante disso, foi declarada a constitucionalidade do art. 12, *caput*, da Lei 10.260/2001<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ADI 2.545 MC, rel. min. Ellen Gracie, P, DJ de 7-2-2003.

<sup>2</sup> “Art. 12. A Secretaria do Tesouro Nacional fica autorizada a resgatar antecipadamente, mediante solicitação formal do Fies e atestada pelo INSS, os certificados com data de emissão até 10 de novembro de 2000 em poder de instituições de ensino que, na data de solicitação do resgate, tenham satisfeito as obrigações previdenciárias correntes, inclusive os débitos exigíveis, constituídos, inscritos ou ajuizados e que atendam, concomitantemente, as seguintes condições:”

DIRETTO

DIRITTO  
INTERNAZIONALE

# DIREITO PENAL INTERNACIONAL

DIREITO INTERNACIONAL

**Em caso de reingresso de extraditando foragido, não é necessária nova decisão jurisdicional colegiada acerca da entrega, basta a emissão de ordem judicial pelo relator do processo.**

A avaliação jurisdicional da extradicação, na forma do art. 102, I, g, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, já foi realizada por ocasião da primeira entrega. Não está evidente que a CF garante uma segunda avaliação jurisdicional, em caso de reingresso indevido no território nacional.

Além disso, a legislação infraconstitucional de regência [art. 93<sup>2</sup> da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro<sup>3</sup>) e art. 98<sup>4</sup> da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração)] dispõe que o requerimento para nova entrega dispensa formalidades, sendo desnecessário instruí-lo com informações sobre o fato e a legislação aplicável. No entanto, embora os referidos dispositivos tratem da nova entrega como procedimento administrativo, verifica-se a necessidade de ordem judicial para a prisão do estrangeiro (CF, art. 5º, LXI<sup>5</sup>, e Lei de Migração, arts. 48<sup>6</sup> e 84<sup>7</sup>).

Por fim, cabe destacar que há matérias defensivas que podem ser debatidas no procedimento de nova entrega, como “a identidade da pessoa reclamada” (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º<sup>8</sup>, e Lei de Migração, art. 91, § 1º<sup>9</sup>). A simplificação do procedimento apenas inverte o ônus da alegação. Incumbe à defesa trazer a juízo e demonstrar as alegações de seu interesse.

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) g) a extradicação solicitada por Estado estrangeiro;”

2 “Art. 93. O extraditando que, depois de entregue ao Estado requerente, escapar à ação da Justiça e homiziar-se no Brasil, ou por ele transitar, será detido mediante pedido feito diretamente por via diplomática, e de novo entregue sem outras formalidades.”

3 A Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) foi revogada pela Lei 13.445/2017 (Lei de Migração).

- 4 “Art. 98. O extraditando que, depois de entregue ao Estado requerente, escapar à ação da Justiça e homiziar-se no Brasil, ou por ele transitar, será detido mediante pedido feito diretamente por via diplomática ou pela Interpol e novamente entregue, sem outras formalidades.”
- 5 “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: (...) LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”
- 6 “Art. 48. Nos casos de deportação ou expulsão, o chefe da unidade da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal, respeitados, nos procedimentos judiciais, os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal.”
- 7 “Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executóriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.”
- 8 “Art. 85. Ao receber o pedido, o Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa. § 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.”
- 9 “Art. 91. Ao receber o pedido, o relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, nomear-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver. § 1º A defesa, a ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias contado da data do interrogatório, versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma de documento apresentado ou ilegalidade da extradição.”

- » Direito Penal Internacional
  - » Cooperação internacional em matéria penal
    - » Extradicação

**A anuência do extraditando com o pedido do Estado requerente poderá surtir efeitos jurídicos para fins de deferimento da extradicação, desde que essa possibilidade esteja prevista em norma convencional pertinente e obedeça às formalidades exigidas.**

Em regra, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem proclamado a irrenunciabilidade, em face de nosso ordenamento positivo, das garantias jurídicas que se revelam inerentes ao processo extradicional. Mostra-se irrelevante, nesse contexto, a mera declaração do extraditando de que deseja ser imediatamente entregue à Justiça do Estado requerente<sup>1</sup>.

Entretanto, a convenção de extradicação que preveja tal possibilidade qualifica-se como verdadeira *lex specialis* em face da legislação doméstica brasileira, o que lhe atribui precedência jurídica sobre o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) em hipóteses nas quais se verifique a configuração de eventual omissão ou de antinomia com o direito positivo interno de nosso país.

Nada obstante, a anuência do extraditando não exonera, em princípio, o STF do dever de efetuar rígido controle de legalidade, em obediência ao princípio constitucional do devido processo legal.

Nesse sentido, devem estar satisfeitos todos os demais requisitos e condições a que alude o Estatuto do Estrangeiro, não podendo ocorrer, ademais, quaisquer dos fatores de vedação inscritos tanto na Lei 6.815/1980 quanto na convenção pertinente.

<sup>1</sup> Ext 1.407, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 22-2-2016.

- » Direito Penal Internacional
  - » Cooperação internacional em matéria penal
    - » Extradicação

**O recebimento do pedido de extradicação não constitui causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, salvo disposição expressa em tratado específico.<sup>1, 2 e 3</sup>**

O Código Penal (CP) brasileiro e a Lei 6.815/1980 não preveem, como causa interruptiva da prescrição, a apresentação do pedido de extradicação.

Dessa feita, à míngua de previsão em tratado específico, não há, por força do princípio da legalidade estrita, como se criar um marco interruptivo em desfavor do extraditando.

**A prisão preventiva para fins de extradicação executória não constitui causa interruptiva da prescrição da pretensão executória do Estado requerente.**

Embora, nos termos do art. 117, V, do CP<sup>4</sup>, o início ou a continuação do cumprimento da pena interrompam a prescrição, mesmo em se tratando de extradicação executória, a prisão preventiva não perde sua natureza cautelar.

Essa espécie de prisão é condição de procedibilidade para o processo de extradicação, destinada, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradicação<sup>5</sup>.

Logo, não se trata de prisão para execução da pena imposta ao extraditando no estrangeiro, mas de hipótese diversa que busca apenas viabilizar o próprio procedimento extradicional.

1 Ext 1.261, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, DJE de 19-9-2013.

2 Sobre o tema, o Tratado de Extradicação firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, promulgado pelo Decreto 863/1993, cujo art. 3º, 1, b, determina que a extradicação não será concedida “se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das Partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena”.

- 3 Ext 1.359, rel. min. Dias Toffoli, decisão monocrática, *DJE* de 2-3-2016.
- 4 “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;”
- 5 Ext 579 QO, rel. min. Celso de Mello, *P, DJ* de 10-9-1993.

- » Direito Penal Internacional
  - » Cooperação internacional em matéria penal
    - » Extradicação

**A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição.**

O Estado brasileiro não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, muito menos aderiu a ela; além disso, apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir<sup>1</sup>.

Ademais, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI)<sup>3</sup> quanto o próprio tratado de extradicação firmado entre o Brasil e o Estado requerente vedam categoricamente a extradicação quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

Por fim, o indeferimento do pedido de extradicação com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009)<sup>4</sup>. Afinal, não se trata de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradicação firmado entre o Brasil e o Estado requerente, mas, sim, de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradicação “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido”<sup>5</sup>.

1 Voto do ministro Celso de Mello na ADPF 153, rel. min. Eros Grau, P, DJE de 6-8-2010.

2 Ext 683, rel. min. Celso de Mello, P, DJE de 21-11-2008.

3 “Art. 77. Não se concederá a extradicação quando: (...) VI – estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;” (A Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro – foi revogada pela Lei 13.445/2017 – Lei de Migração.)

- 4 “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”
- 5 Decreto 2.950/1938: “Artigo III. Não será concedida a extradição: (...) c) quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido;”

DIRITTO  
PENALE

DIRITTO  
PENALE

# PENAS

DIREITO PENAL

**Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.**

A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear. Assim, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena faz parte do processo de individualização da pena, tendo, no âmbito do Código Penal (CP), interpretação sistemática dos arts. 33<sup>1</sup> e 59<sup>2</sup>, ou seja, a integração do critério referente ao *quantum* da pena e os vetores subjetivos relacionados às circunstâncias judiciais.

Quando, além de o *quantum* da pena permitir a imposição de regime inicial mais brando, o réu for primário e a pena-base for fixada no mínimo legal, impõe-se a eleição do regime prisional mais adequado. Ademais, em prol do princípio da legalidade, deve haver criteriosa e coerente observância dos limites impostos pelo legislador ordinário<sup>3</sup>.

A estreita correlação entre as circunstâncias judiciais e o regime de pena consta, expressamente, da exposição de motivos do CP<sup>4</sup>. Se o julgador “considerou todos os elementos do art. 59 favoráveis, estabelecendo a pena no patamar mínimo, também o regime deve merecer idêntico critério, determinando-se o mais brando possível”<sup>5</sup>.

Implica manifesto “contrassenso ter sido a pena da paciente fixada no patamar mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à sua majoração, e, ao mesmo tempo, assentar-se o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria”<sup>6</sup>.

Igualmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação consolidada, revertida no Verbete 440 da Súmula do STJ, orienta que, “fixada a pena-base no mí-

nimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

A justificativa adotada pelo magistrado exprime as elementares do delito e revela a opinião do julgador sobre a gravidade do delito, em absoluta desconformidade com o Enunciado 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>.

- 1 “Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”
- 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:”
- 3 HC 121.939, red. p/ o ac. min. Edson Fachin, 1ª T, *DJE* de 5-5-2016; RHC 125.435, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 20-8-2015; HC 113.577, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, *DJE* de 25-11-2015; e HC 83.605, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, *DJE* de 23-4-2004.
- 4 Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983 (exposição de motivos do CP): “34. A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.”
- 5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 260.
- 6 HC 99.996, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 22-11-2010.
- 7 “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

**O condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b), caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis.**

A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, 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 (CP, art. 33, § 3º<sup>1</sup>).

Nessa linha, conclui-se que “a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto”<sup>2</sup>.

Por fim, “afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas 718<sup>3</sup> e 719<sup>4</sup> do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime”<sup>5</sup>.

1 “Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

2 HC 133.028, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 5-8-2016.

3 “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

4 “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

5 RHC 119.893, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, DJE de 19-12-2014.

**Não é possível reconhecer o aumento da pena-base diante da culpabilidade reconhecida meramente por consciência da ilicitude.**

A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade – art. 21, Código Penal (CP)<sup>1</sup> – e, portanto, circunstância inidônea à exasperação da pena.

**A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.**

Em observância ao princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII<sup>2</sup>), somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a consideração de o réu ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes<sup>3</sup>.

Assim, “a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes”<sup>4</sup>.

1 “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

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: (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

3 RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P, DJE de 26-2-2015.

4 RHC 113.381, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 20-2-2014.

# CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

DIREITO PENAL

## Direito Penal

- » Crimes contra o patrimônio
  - » Furto
    - » Furto qualificado

HC 122.940

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 24-4-2017

Informativo STF 851

**No crime de furto (CP, art. 155), a circunstância “rompimento de obstáculo” deve ser utilizada alternativamente ou como qualificadora do crime ou como causa de aumento da pena.**

Configura *bis in idem* a utilização da circunstância de rompimento de obstáculo para qualificar o delito de furto (CP, art. 155, § 4<sup>o</sup>) e para aumentar a pena-base como circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria (CP, art. 59).

- 1 “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;”

- » Crimes contra o patrimônio
- » Furto
- » Causa de aumento de pena

**É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (CP, art. 155, § 1º<sup>1</sup>) no caso de furto praticado na forma qualificada (CP, art. 155, § 4º<sup>2</sup>).**

A inserção pelo legislador da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) antes das circunstâncias qualificadoras (critério topográfico) não teve a intenção de excluir sua incidência sobre as modalidades qualificadas do furto (CP, art. 155, § 4º). Não fosse assim, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal (CP), o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º<sup>3</sup>) no furto qualificado.

A compatibilidade desses dois institutos, furto qualificado-privilegiado, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>. Cuida-se de qualificadoras objetivas que concorrem com uma majorante também objetiva, de modo que não há contradição lógica ou vedação legal que possa obstar a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno e o furto qualificado quando perfeitamente compatíveis com a situação fática.

1 “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.”

2 “Art. 155. (...) § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.”

3 “Art. 155. (...) § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

4 HC 101.256, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, DJE de 14-9-2011; HC 103.245, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, DJE de 23-11-2010; e HC 97.034, rel. min. Ayres Britto, 1ª T, DJE de 7-5-2010.

# CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

DIREITO PENAL

## Direito Penal

- » Crimes contra a dignidade sexual
- » Crimes contra a liberdade sexual
  - » Estupro

HC 100.612

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 31-5-2017

Informativo STF 835

### **Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na forma simples, têm caráter hediondo.**

Os delitos hoje unificados no mesmo tipo penal prescrito no art. 213 do Código Penal (CP)<sup>1</sup> preveem a modalidade simples e a qualificada. A conclusão de que as duas formas são consideradas hediondas (Lei 8.072/1990, art. 1º, V e VI<sup>2</sup>) advém da presunção de violência no caso do crime praticado na forma simples e de o bem jurídico tutelado ser a liberdade sexual<sup>3</sup>.

“Em harmonia com as demais previsões, a norma jungiu o estupro e o atentado violento ao pudor, para merecerem o rótulo de hediondez, à combinação com o art. 223, cabeça e parágrafo único, do CP<sup>4</sup>. Vale dizer que, praticado qualquer dos crimes sem que se faça presente o disposto no art. 223, cabeça e parágrafo único, do CP, a pena a ser aplicada é a majoração pela Lei 8.072/1990, tal como estabelecido no respectivo art. 9º e já constante dos arts. 213 e 214 do CP. (...) A não se entender assim, releva-se a plano secundário, exacerbando-se as normas, o que previsto, embora entre parênteses, nos incisos V e VI do art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.”<sup>5</sup>

### **É admissível o reconhecimento de continuidade delitiva, de acordo com o caso concreto, nos casos previstos no art. 213 do CP.**

Com a edição da Lei 12.015/2009<sup>6</sup>, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, admite-se o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, ante a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica e desde que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 71<sup>7</sup> do CP<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:”

- 2 “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);”
- 3 RHC 119.609, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, *DJE* de 3-2-2014; e HC 120.668, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, *DJE* de 27-5-2014.
- 4 “Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: (...) Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:”
- 5 HC 88.245, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, *DJ* de 20-4-2007.
- 6 “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:”
- 7 “Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”
- 8 HC 114.507, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 2-12-2013.

## Direito Penal

- » Crimes contra a dignidade sexual
  - » Crimes sexuais contra vulneráveis
    - » Estupro de vulnerável

HC 122.945

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 4-5-2017

*Informativo STF 858*

**Para a configuração de estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de quatorze anos.**

Sendo a vítima menor de quatorze anos, por força de presunção legal (CP, art. 217-A)<sup>1</sup>, o estupro é presumido, ainda que se trate de jovens com idades próximas e em relacionamento afetivo.

<sup>1</sup> “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

- » Crimes contra a dignidade sexual
- » Disposições gerais
- » Causa de aumento de pena

**É juridicamente possível a majoração da pena privativa de liberdade imposta a bisavô de vítima, em razão da incidência da causa de aumento prevista no inciso II do art. 226<sup>1</sup> do Código Penal (CP), considerada a figura do ascendente.**

O bisavô encontra-se, na relação de parentesco com a bisneta, no terceiro grau da linha reta (Código Civil, arts. 1.591 e 1.594<sup>2</sup>), e não há no ordenamento jurídico nenhuma regra de limitação quanto ao número de gerações.

O CP não cuida de regras atinentes à personalidade civil das pessoas, ou das suas relações de parentesco, ou até mesmo de filiação. Tais conceitos encontram-se disciplinados no Código Civil e são cotidianamente utilizados em outros ramos do ordenamento jurídico, de forma subsidiária, a fim de suprir eventuais lacunas indesejadas.

1 “Art. 226. A pena é aumentada: (...) II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;”

2 “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. (...) Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.”

# CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

DIREITO PENAL

## Direito Penal

- » Crimes contra a fé pública
  - » Falsidade ideológica
    - » Elemento subjetivo do tipo

AP 931

rel. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 23-6-2017

Informativo STF 868

**No crime de falsidade ideológica, as provas produzidas devem evidenciar que o acusado possui ciência inequívoca do conteúdo inverídico dos documentos que assina ou de que o faça com o objetivo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante.**

Sendo o dolo elemento subjetivo do tipo, se ausente, o fato praticado não é típico. Consequentemente, não constitui infração penal, ainda que provadas a materialidade e a prática da conduta.

Além disso, “o fato de o acusado ter subscrito os documentos, por si só, não é argumento suficiente para a caracterização do dolo da conduta, muito menos em relação à finalidade específica de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, como reclama o tipo penal”<sup>1</sup>.

“Por fim, condenar o chefe do Poder Executivo apenas e tão somente em razão da assinatura dos documentos implicaria, no caso concreto, responsabilização penal objetiva, o que é inadmissível na conjuntura penal moderna.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no presente julgamento.

<sup>2</sup> Idem.

# CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITO PENAL

- » Crimes contra a Administração Pública
  - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
    - » Peculato

**É atípica a conduta de peculato por ato praticado por secretário parlamentar que efetivamente exerce a função pública referente ao cargo e auxilia o parlamentar em assuntos de interesse privado.**

Existe significativa “diferença entre usar funcionário público em atividade privada e usar a Administração Pública para pagar salário de empregado particular, o que configura peculato”<sup>1</sup>.

A atividade de secretário parlamentar não se limita ao desempenho de tarefas burocráticas (pareceres, estudos, expedição de ofícios, acompanhamento de proposições, redação de minutas de pronunciamento, emissão de passagens aéreas, emissão de documentos, envio de mensagens eletrônicas oficiais etc.). Compreende outras atividades de apoio intrinsecamente relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, como o atendimento à população (Ato da Mesa 72/1997, da Câmara dos Deputados, art. 8º<sup>2</sup>).

Essas atribuições devem ser desempenhadas no gabinete parlamentar na Câmara dos Deputados ou no escritório político do deputado federal em seu Estado de representação (Ato da Mesa 72/1997, art. 2º<sup>3</sup>).

Dessa forma, nos casos em que secretário parlamentar exerça efetivamente as atribuições inerentes a seu cargo público, ainda que também tenha desempenhado outras atividades no estrito interesse particular do parlamentar, na condição de administrador, de fato, da empresa da qual ele é sócio, não configura que houve a utilização da Administração Pública para pagar o salário de empregado particular, mas sim o uso de mão de obra pública em desvio para atender a interesses particulares<sup>4</sup>.

Em casos dessa natureza, os fatos imputados não configuram ilícito penal, não cabendo, em sede de ação penal, a emissão de qualquer juízo de valor a respeito da moralidade de sua conduta ou de seu enquadramento em eventual ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992).

- 1 Inq 3.776, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, *DJE* de 4-11-2014.
- 2 “Art. 8º Os cargos de que trata este Ato serão exercidos em 25 (vinte e cinco) níveis diferentes de remuneração, complexidade e responsabilidade e terão as seguintes atribuições básicas: redação de correspondência, discurso e pareceres do Parlamentar; atendimento às pessoas encaminhadas ao gabinete; execução de serviços de secretaria e datilográficos; pesquisas; acompanhamento interno e externo de assuntos de interesse do Parlamentar; condução de veículo de propriedade do Parlamentar; recebimento e entrega de correspondência; outras atividades afins inerentes ao respectivo gabinete.”
- 3 “Art. 2º Os ocupantes dos cargos em comissão de Secretário Parlamentar terão exercício exclusivamente nos gabinetes parlamentares, em Brasília, ou em suas projeções, nos Estados, e reger-se-ão pelas normas estatutárias e disciplinares aplicáveis aos demais servidores da Câmara dos Deputados.”
- 4 Inq 2.952, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 12-12-2014.

- » Crimes contra a Administração Pública
  - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
    - » Concussão

**No crime de concussão<sup>1</sup>, não configura *bis in idem* a elevação da pena na primeira fase da dosimetria, visto que, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, dele se deveria exigir maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo ocupado.**

O delito previsto no art. 316 do Código Penal (CP) é de mão própria, mas não de mão própria específica. Logo, é possível considerar a qualificação específica do funcionário público na primeira fase, ante as circunstâncias do art. 59<sup>2</sup> do CP<sup>3</sup>.

Nesse sentido, exemplificativamente, “a condição de deputado federal do agente não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida para a prática do crime de concussão. A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ele exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio público, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos”<sup>4</sup>.

Da mesma forma, dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito compromete de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que é atuar pelo bem comum e pelo bem público<sup>5</sup>.

Portanto, quem seja investido de parcela de autoridade pública – seja um juiz, seja o Ministério Público, seja a autoridade policial – deve ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido e, por consequência, no que se refere à culpabilidade, promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior<sup>6</sup>.

Diante disso, embora a condição de funcionário público integre o tipo penal do delito previsto no art. 316 do CP, pode-se levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade (CP, art. 59), a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público.

- 1 “Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.”
- 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 Fundamento extraído do voto do ministro Marco Aurélio no presente julgamento.
- 4 RHC 132.657, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 2-3-2016.
- 5 Fundamento extraído do voto do ministro Roberto Barroso no presente julgamento.
- 6 *Idem*.

# LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

DIREITO PENAL

## Direito Penal

- » Legislação penal especial
  - » Lei 8.666/1993 – Licitações
    - » Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade

Inq 3.674

rel. min. **Luiz Fux**

1ª Turma

DJE de 15-9-2017

Informativo STF 856

**O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993<sup>1</sup>.**

O referido parecer jurídico afasta, em princípio, a ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância “fora das hipóteses previstas em lei”<sup>2</sup>.

Quando o administrador público consulta a procuradoria jurídica quanto à regularidade da dispensa ou da inexigibilidade, o parecer do corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea – sem indício de que constitua etapa da suposta empreitada criminosa –, confere embasamento jurídico ao ato, inclusive quanto à observância das formalidades do procedimento.

Dessa maneira, o parecer jurídico constitui óbice ao enquadramento típico da conduta do administrador público que com base nele assine o termo contratual no exercício de sua função, salvo indicação de dolo de beneficiar a si mesmo ou ao contratado e/ou narrativa mínima da existência de união de desígnios entre os acusados, para realização comum da prática delitiva.

**A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isso, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador<sup>3</sup>.**

O crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993, apesar de dispensar a prova do resultado danoso, pressupõe que a conduta do administrador público seja criminosa e que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo, com isso, a *ratio essendi* da licitação, qual seja a impessoalidade da contratação.

O tipo previsto no referido dispositivo tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não os supostamente inábeis. Isso porque a intenção de ignorar ou simular os pressupostos para a contratação direta são elementos do tipo, que não se perfaz a título de negligência, imprudência ou imperícia – caracterizados do atuar culposo.

**A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na peça acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso<sup>4</sup>.**

Para que haja coautoria ou participação, a dogmática penal exige a evidenciação de algum indício de acordo prévio revelador do liame psicológico entre os acusados. Em regra, este elemento poderá ser obtido mediante depoimentos de testemunhos ou, ao menos, quando haja alguma demonstração de que todos obtiveram vantagem ilícita com a prática delituosa comum.<sup>5 e 6</sup>

1 “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

2 Inq 2.482, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 17-2-2012; Inq 3.731, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 2-3-2016; e AP 560, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJ* de 11-9-2015.

3 Inq 3.965, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 6-12-2016; Inq 4.104, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 6-12-2016; Inq 4.106, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 10-11-2016; Inq 4.101, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 10-11-2016; AP 700, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJE* de 26-4-2016; Inq 3.731, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 2-3-2016; e Inq 2.688, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 12-2-2015.

4 AP 595, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, *DJE* de 10-2-2015.

5 “(...) c) Coautoria. É a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram conscientemente e voluntariamente. A coautoria é uma espécie de conspiração levada à prática. (...) Cada coautor responde pelo fato, sempre que este permaneça no âmbito da decisão comum acordada previamente. Qualquer tipo de excesso de um dos coautores repercutirá na forma de imputação subjetiva do resultado que se tenha produzido por excesso; assim, uns podem responder a título de dolo e outros a título de imprudência ou não responder em absoluto pelo excesso. Como na coautoria todos são autores do fato, pode acontecer que cada um responda por um título delitivo diferente. (...) Distinta da coautoria é a autoria colateral, na qual várias pessoas, independentemente umas das outras,

produzem o resultado típico, geralmente de um delito culposo.” (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 523/525.)

- 6 “São coautores aqueles que realizam conjuntamente e de mútuo acordo um fato. (...) Os coautores repartem, entre si, a realização do tipo de autoria. (...) Para que esta imputação recíproca possa ocorrer, é preciso o ‘mútuo acordo’, que converte em partes de um plano global unitário as distintas contribuições. (...) O art. 28 do Código Penal espanhol faz referência à coautoria quando diz que ‘são autores aqueles que realizam o fato conjuntamente’. Deve-se entender que esta expressão requer não apenas a execução conjunta, mas também que a mesma se efetue de mútuo acordo.” (MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 358/359.)

## Direito Penal

- » Legislação penal especial
  - » Lei 8.666/1993 – Licitações
    - » Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade

Inq 3.753

rel. min. **Luiz Fux**

1ª Turma

DJE de 30-5-2017

Informativo STF 861

### **A ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993, leva à rejeição da denúncia.**

O crime de inexigibilidade de licitação<sup>1</sup> reclama dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, causando dano ao erário ou obtendo vantagem indevida<sup>2</sup>. Tal situação não se faz presente quando o acusado atua em conformidade com a lei e com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica, configurando-se, assim, inexistência de justa causa para a ação penal.

**1** Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – Detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”

**2** Inq 2.688, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 12-2-2015; Inq 1.990, rel. min. Cármen Lúcia, P, DJE de 21-2-2011; Inq 3.016, rel. min. Ellen Gracie, P, DJE de 16-2-2011; Inq 2.677, rel. min. Ayres Britto, P, DJE de 21-10-2010; Inq 2.482, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, DJE de 17-2-2012; Inq 3.077, rel. min. Dias Toffoli, P, DJE de 25-9-2012; HC 107.263, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 5-9-2011; e Inq 3.965, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, DJE de 6-12-2016.

## Direito Penal

- » Legislação penal especial
  - » Lei 9.472/1997 – Lei de Telecomunicações
    - » Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

HC 127.978

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 1º-12-2017

Informativo STF 883

**A conduta de transmitir sinal de internet por radiofrequência sem autorização não configura crime de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 183<sup>1</sup>).**

Nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997<sup>2</sup>, a oferta de serviço de internet, concedido como serviço de valor adicionado, não constitui atividade de telecomunicação.

- 1 “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”
- 2 “Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.”

## Direito Penal

- » Legislação penal especial
  - » Lei 9.472/1997 – Lei de Telecomunicações
    - » Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

HC 138.134

rel. min. Ricardo Lewandowski

2ª Turma

DJE de 28-3-2017

Informativo STF 853

**Excepcionalmente, ante a constatação da irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a prática da conduta, em tese, subsumida ao art. 183 da Lei 9.472/1997<sup>1</sup> não deve ser resolvida na esfera penal, e sim nas instâncias administrativas.**

Caso a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) reconheça que a interferência por parte de atividade clandestina de telecomunicação tenha ocorrido apenas em canais que não tenham recebido a outorga para operar em área de cobertura da rádio comunitária, considera-se que o bem jurídico tutelado pela norma permanece incólume.

Nessa hipótese, a segurança dos meios de telecomunicações não sofre qualquer espécie de lesão ou ameaça de lesão que mereça a intervenção do Direito Penal. Logo, não deve ser reconhecida a tipicidade material da conduta ante a incidência do princípio da insignificância. Assim, a matéria deve ser resolvida nas instâncias administrativas.<sup>2 e 3</sup>

<sup>1</sup> “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:”

<sup>2</sup> RHC 118.014, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, DJE de 21-8-2013.

<sup>3</sup> RHC 119.123, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, DJE de 4-8-2014.

- » Legislação penal especial
  - » Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores
    - » Art. 1º – Lavagem de bens, direitos ou valores

**O crime de lavagem de bens, direitos ou valores praticado na modalidade de ocultação (Lei 9.613/1998, art. 1º<sup>1</sup>) tem natureza de crime permanente.**

Quem oculta a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime, enquanto os mantiver ocultos, ou seja, escondidos, permanece realizando a conduta correspondente a esse verbo núcleo do tipo. Ocultar, portanto, não é ação que se realiza apenas no momento inicial do encobrimento, mas que perdura enquanto o objeto material do crime estiver escondido, máxime quando o autor detém o poder de fato sobre o referido objeto.

Por essa razão, a despeito das discussões sobre o bem jurídico tutelado pelo legislador com a tipificação do crime de lavagem, como a atividade delitiva violadora do bem jurídico tutelado se prolonga no tempo, impende reconhecer que o bem jurídico permanece sendo violado enquanto a atividade delitiva não cessar.

A caracterização de crimes cujo verbo núcleo do tipo é ocultar como permanente não é exclusividade do delito de lavagem de dinheiro. O Direito Penal pátrio tipifica a ocultação de uma série de objetos materiais, em circunstâncias várias, com a consequente majoritária classificação doutrinária dessas condutas como modalidades permanentes de violação dos respectivos bens jurídicos.

É o caso do crime de receptação, que é considerado pela doutrina como “instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na modalidade ‘ocultar’, que é permanente (delito de consumação prolongada). A ocultação tem a peculiaridade de significar o disfarce para algo não ser visto, sem haver a destruição. Por isso, enquanto o agente estiver escondendo a coisa que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal”<sup>2</sup>.

Outro exemplo é o crime de ocultação de cadáver (CP, art. 211<sup>3</sup>), o qual é considerado “crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto,

pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido”<sup>4</sup>.

A mesma consideração deve ser transposta para o delito de lavagem, na modalidade de ocultação. Afinal, é a natureza da ação praticada, que se prolonga no tempo ou não, correspondente ao verbo do qual o legislador se valeu para descrever o crime, que define a natureza instantânea ou permanente do delito. O crime de lavagem de dinheiro na modalidade ocultar, portanto, é igualmente permanente e subsiste até o instante em que os valores provenientes dos crimes antecedentes sejam descobertos.

Por fim, cabe destacar que, ao contrário dos delitos instantâneos, cuja ação ocorre num momento específico e bem delimitado, nos crimes permanentes, “a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado tempo do crime, devendo ser computado como momento exato aquele em que cessa a permanência, inclusive a efeito de prescrição (art. 111, III<sup>5</sup>, do Código Penal)”<sup>6</sup>.

1 “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...) Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.”

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1004.

3 “Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.”

4 HC 76.678, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T, DJ de 8-9-2000.

5 “Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;”

6 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

**É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>.**

Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir atuação enérgica do Estado sobre o tema, devendo combater severamente a traficância de drogas, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais<sup>2</sup>.

Tem-se, então, um cenário: em que essa conduta delituosa é prevista como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia<sup>3</sup>; que permite a extradição do brasileiro naturalizado<sup>4</sup>; que autoriza a expropriação de imóveis rurais e urbanos<sup>5</sup>; que permite o confisco de “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico”<sup>6</sup>. A contextualização constitucional confere normatização única quanto a esse crime, diferenciando-a de todos os demais tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nenhum outro tipo penal teve uma preocupação tão grande do constituinte, com a aplicação simultânea de tantos institutos repressivos ou preventivos.

Em virtude da concepção patrimonial e lucrativa ligada ao tráfico de drogas, exige-se do Direito Penal uma postura adequada como instrumento de controle da ordem social não apenas no contexto repressivo-corporal, mas também com um condão pedagógico, mediante instrumentos que propiciem o desestímulo financeiro à criminalidade, atingindo exatamente aquilo que ela tem como finalidade precípua: o lucro. Afinal, o crime cometido não pode trazer compensação financeira superior a eventual sanção aplicável, sob pena de tornar a responsabilização penal insuficiente no que toca o caráter de prevenção geral e especial.

No direito comparado, o confisco é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada pelo constituinte brasileiro e pela República Federativa do Brasil, que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. A incursão no cenário global sobre a matéria evidencia o amparo às soluções confiscatórias, na medida em que tal prática não é aplicada apenas como pena acessória imposta em uma condenação criminal, mas como procedimento voltado contra o próprio bem, cuja aquisição não seja passível de comprovação lícita ou seja desproporcional aos rendimentos de quem a possua.

O confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da CF deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto<sup>7</sup>. Isso significa que a Constituição deve ser interpretada de modo a evitar contradição entre suas normas, porquanto, ao interpretar determinado preceito, o hermeneuta deve levar em consideração a Constituição em sua globalidade, e não como normas isoladas e dispersas<sup>8</sup>. Em outras palavras, o direito não deve ser interpretado em tiras, mas no seu todo<sup>9</sup>.

Como consequência, esse dispositivo não admite outra interpretação senão a literal, no sentido de que “todo e qualquer bem” deve ser confiscado pelo Estado quando for apreendido “em decorrência” da prática do tráfico ilícito de drogas. Inclusive, não se exige qualquer outro requisito material que não seja o trinômio tráfico-bem-confisco, além do respeito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV<sup>10</sup>). Assim, impor qualquer condição para o confisco de bens apreendidos, como a habitualidade e/ou a reiteração de seu uso para a finalidade ilícita, ou adulteração para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga, contraria frontalmente o art. 243, parágrafo único, da CF<sup>11</sup>.

1 “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

2 Precedente: HC 104.410, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 26-3-2012.

3 CF/1988: “Art. 5º (...) XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos

como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

- 4 CF/1988: “Art. 5º (...) LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”
- 5 CF/1988: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.”
- 6 CF/1988: “Art. 243. (...) Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”
- 7 Precedente: RE 543.974, rel. min. Eros Grau, P, DJE de 28-5-2009.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 1223 / 1224.
- 9 GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131 / 132.
- 10 “Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”
- 11 Precedente: AC 82 MC, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, DJ de 28-5-2004.

- » Legislação penal especial
- » Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas
  - » Art. 33 – Tráfico de drogas

**É irrelevante para a aplicação do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) se o agente infrator visa ou não comercializar drogas com os frequentadores de estabelecimento prisional.**

A aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006<sup>1</sup> se justifica quando constatada a mera comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais.

Nesses locais há maior aglomeração de pessoas, tendo como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas. Assim, torna-se mais fácil ao traficante passar-se despercebido à fiscalização, sendo maior, consequentemente, a reprovabilidade de sua conduta.

“A comercialização de drogas nas dependências ou nas imediações [de estabelecimentos prisionais], por si só, já justifica a incidência da causa especial de aumento de pena, sejam quais forem as condições subjetivas do agente que a comete.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;”

<sup>2</sup> HC 114.701, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, DJE de 8-4-2013.

- » Legislação penal especial
  - » Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas
    - » Art. 33 – Tráfico de drogas

**A quantidade de drogas não pode, automaticamente, proporcionar o entendimento de que o agente faz do tráfico seu meio de vida ou integra organização criminosa.**

O impedimento à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006<sup>1</sup>, com base apenas nessa circunstância, não se encontra devidamente fundamentado. É necessária a demonstração da existência de provas aptas a comprovar que o agente se dedica às atividades criminosas.

Ademais, configura constrangimento ilegal a decisão fundada em premissa de causa e efeito automático, que deixa de aplicar o redutor sem a devida motivação<sup>2</sup>.

**Conhece-se do *habeas corpus*<sup>3</sup> se flagrante a contradição entre a justificativa utilizada para negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a absolvição da acusação do crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35 do mesmo diploma legal.**

Essa situação configura patente constrangimento ilegal apto a afastar o entendimento jurisprudencial segundo o qual, “se as instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o *habeas corpus* não comporta”<sup>4</sup>.

1 “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: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas

de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (Vide Resolução 5, de 2012.)

- 2 HC 131.795, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 17-5-2016.
- 3 HC 118.697, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 27-5-2014; e RHC 121.239, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, *DJE* de 8-4-2014.
- 4 HC 136.177 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJE* de 22-11-2016; e RHC 137.801 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 24-3-2017.

## Direito Penal

- » Legislação penal especial
  - » Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas
    - » Art. 33 – Tráfico de drogas

HC 130.981

rel. min. **Marco Aurélio**

1ª Turma

DJE de 28-4-2017

Informativo STF 844

**É possível considerar a quantidade de droga apreendida para efeito de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º)<sup>1</sup>.**

Afinal, não é crível que alguém surpreendido transportando 500 kg de maconha não esteja integrado, de alguma forma, a grupo criminoso<sup>2</sup>.

**1** “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: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

**2** Trecho de decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio no presente julgamento, ao deixar de implementar a liminar.

- » Legislação penal especial
- » Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas
- » Art. 33 – Tráfico de drogas

**A quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006<sup>1</sup>.**

“Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a causa de diminuição da pena incide nas hipóteses em que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”<sup>2</sup>

Se “o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante com base em circunstâncias que não estão descritas no dispositivo legal (= quantidade de droga), assim como não realizou nenhum juízo de vinculação entre a quantidade de droga apreendida e a suposta participação do paciente no crime organizado (...), a presunção estabelecida pelo acórdão impugnado merece ser afastada”<sup>3</sup>.

Assim, não é “adequada a presunção de que tão somente a quantidade de entorpecente é elemento apto a sinalizar que o acusado dedicava-se a atividades delitivas”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “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: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

<sup>2</sup> HC 116.894, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, DJE de 8-10-2013.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> HC 117.185, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 28-11-2013.

DIR

TA

DIREITO  
PREVIDENCIÁRIO

# FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

## Direito Previdenciário

- » Financiamento da seguridade social
  - » Contribuição do produtor rural e do pescador
    - » Contribuições para a seguridade social –  
Repercussão Geral

RE 718.874

RG – Tema 699

red. p/ o ac. min. **Alexandre de Moraes**

Plenário

DJE de 3-10-2017

Informativo STF 859

**É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.**

A alteração promovida pela Emenda Constitucional 20/1998 trouxe nova redação ao art. 195, I, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup> e permitiu que nova contribuição previdenciária fosse criada, por lei ordinária, em relação aos empregadores rurais pessoas físicas, com base de cálculo na nova receita. Com efeito, essa mudança afastou a necessidade de incidência do § 4º do art. 195<sup>2</sup>, deixando, conseqüentemente, de existir, nos termos do art. 154<sup>3</sup>, a edição de lei complementar.

Diante disso, o novo texto constitucional foi regulamentado pela Lei 10.256/2001, que, alterando o art. 25 da Lei 8.212/1991<sup>4</sup>, reintroduziu o empregador rural como sujeito passivo da contribuição.

Nesse sentido, as alterações da Emenda Constitucional 20/1998 e da Lei 10.256/2001 afastaram o principal e remanescente argumento de inconstitucionalidade formal que havia levado o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do RE 363.853<sup>5</sup>, a desobrigar os empregadores rurais pessoas físicas do pagamento da contribuição social sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.

Cabe destacar que, no julgamento do RE 596.177<sup>6</sup>, o STF, ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 25, decidiu pela exclusão do empregador rural pessoa física como sujeito passivo da obrigação tributária lá prevista. Contudo, a declaração de inconstitucionalidade por meio de controle difuso de constitucionalidade, aplicada em razão da repercussão geral para todos os casos idênticos, não teve o condão de retirar do ordenamento jurídico o texto legal do art. 25, que, inclusive, continua a ser aplicado até os dias de hoje em relação aos segurados especiais. Em outras palavras, não se extinguiu *erga omnes* a referida obrigação tributária, que continuou existente para os segurados especiais, com respectivas alíquotas e base de cálculo constitucionais para essas situações.

Por essa razão, não há falar que as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 20/1998 ao inciso I do art. 195 da CF tiveram o condão de realizar a repristinação da exigência da contribuição no tocante aos empregadores rurais pessoas físicas, fixadas com base na receita. Tampouco se trata da ocorrência de constitucionalidade superveniente, em que a edição da Emenda Constitucional 20/1998 teria realizado o aproveitamento das alíquotas e bases de cálculo de contribuição social declaradas, anteriormente, inconstitucionais pelo STF e retiradas do ordenamento jurídico.

Com isso, a nova regulamentação do texto constitucional (pós-Emenda Constitucional 20/1998), pela Lei 10.256/2001, alterou o art. 25 da Lei 8.212/1991 tão somente para reintroduzir o empregador rural como sujeito passivo da contribuição – ainda existente para os segurados especiais – sem, desta vez, incorrer no vício de inconstitucionalidade formal que havia maculado a anterior redação do art. 25 dada pela Lei 9.528/1997 e que estava em conflito com a redação original do art. 195, I, da CF<sup>7</sup>.

- 1 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;”
- 2 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”
- 3 “Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.”
- 4 “Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea *a* do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: I – 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; II – 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.”
- 5 RE 363.852, rel. min. Marco Aurélio, P, DJE de 23-4-2010.

6 RE 596.177, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 29-8-2011.

7 Redação original do art. 195, I, da CF: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;” (Vide EC 20, de 1998.)

# BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

## Direito Previdenciário

- » Benefícios previdenciários
  - » Aposentadorias
    - » Desaposentação – Repercussão Geral

RE 381.367
DJE de 31-10-2017
RE 661.256
DJE de 28-9-2017
RE 827.833
DJE de 2-10-2017
RG – Tema 503
red. p/ o ac. min. Dias Toffoli
Plenário
Informativo STF 845

**No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991<sup>1</sup>.**

“O fato de não haver contraprestação a essas contribuições vertidas ao Sistema Previdenciário não significa ofensa ao texto constitucional. (...) A solidariedade, que está na base desse sistema de proteção social e que inspira o regime de repartição simples – vigente em nosso ordenamento – afasta, desde logo, qualquer vício de inconstitucionalidade que pudesse ser invocado contra as normas que dispõem a respeito da exigência de contribuição dos segurados aposentados que retornam ao mercado de trabalho.”<sup>2</sup>

“Contrariando a técnica e o objetivo do contrato de seguro no qual buscou, no passado, a inspiração, a seguridade social não pode se ater a uma correspondência estrita entre a obrigação de contribuir e o direito às prestações. A contribuição é social por representar a parcela, fornecida pela pessoa física ou jurídica, a um fundo que se destina a impedir que todos os cidadãos padeçam necessidades. Aliás, funcionando como verdadeiro mecanismo de distribuição de riquezas nacionais, a seguridade social pode vir a ser mais utilizada precisamente por aqueles que, para ela, nunca contribuíram e, vice-versa, pode quase não servir aos que maiores contribuições verteram para o sistema.”<sup>3</sup>

Logo, se o RGPS possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade na norma do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, que veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a

essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional<sup>4</sup>.

Tampouco é o caso de se conferir a ela “interpretação conforme ao texto constitucional em vigor”, pois é clara a interpretação que vêm dando a União e o INSS no sentido de que esse dispositivo, combinado com o art. 181-B do Decreto 3.048/1999<sup>5</sup>, impede a desaposentação.

Embora a Constituição Federal (CF) não vede expressamente a desaposentação, tampouco prevê o direito que se pretende ver reconhecido. Ao contrário, a CF dispõe, de forma clara e específica<sup>6</sup>, que ficam remetidas à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem, de forma direta, na concessão dos benefícios.

Não há que se olvidar que o art. 96, II, da Lei 8.213/1991<sup>7</sup> proíbe expressamente que o tempo de serviço já aproveitado para a concessão da aposentadoria seja novamente computado. Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF), em momento algum, declarou a inconstitucionalidade desses dispositivos<sup>8</sup>. O STF, antes do reconhecimento da repercussão geral dessa matéria, vinha considerando, como tese de natureza infraconstitucional e de eventual ofensa reflexa, a questão da possibilidade de renúncia da aposentadoria para a obtenção de outros benefícios.

Dessa forma, a desaposentação não possui previsão legal e, em razão disso, não tem natureza jurídica de ato administrativo, mesmo porque a prática de qualquer ato desse tipo pressupõe o atendimento ao princípio da legalidade administrativa.

Por fim, não bastasse isso, se a aposentadoria foi declarada por meio de ato administrativo lícito, não há que se falar em desconstituição do ato mediante desaposentação. Afinal, se lícita foi a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos *ex tunc*.

1 “Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: (...) § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.”

2 Trecho do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que deu origem ao presente recurso extraordinário.

3 BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 51/52.

- 4 RE 437.640, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, *DJE* de 2-3-2007.
- 5 “Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”
- 6 “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: (...) § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”
- 7 “Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: (...) II – é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes;”
- 8 RE 442.480, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, *DJE* de 11-12-2008; AI 545.274, rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, *DJ* de 7-5-2007; AI 220.803, rel. min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, *DJ* de 14-12-2005; AI 643.455, rel. min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, *DJ* de 18-4-2007; RE 576.466, rel. min. Cezar Peluso, decisão monocrática, *DJE* de 17-2-2010; RE 656.268, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, *DJE* de 5-12-2011; RE 643.963, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, *DJE* de 9-12-2011; e AI 851.605 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 23-11-2011.

## Direito Previdenciário

- » Benefícios previdenciários
  - » Aposentadorias
    - » Aposentadoria por invalidez – Repercussão Geral

RE 924.456

RG – Tema 754

red. p/ o ac. min. **Alexandre de Moraes**

Plenário

DJE de 8-9-2017

Informativo STF 860

**Os efeitos financeiros das revisões de aposentadoria concedidas com base no art. 6º-A da Emenda Constitucional 41/2003<sup>1</sup>, introduzido pela Emenda Constitucional 70/2012, somente se produzirão a partir da data de sua promulgação (30-3-2012).**

Há expressa determinação no próprio texto da Emenda Constitucional 70/2012 de que os efeitos financeiros nela previstos somente ocorrerão a partir da data de promulgação da emenda, na forma do seu art. 2º<sup>2</sup>, sob pena, inclusive, de violação ao art. 195, § 5º, da Constituição Federal, que exige indicação da fonte de custeio para a majoração de benefício previdenciário. Não há, portanto, margem para maiores questionamentos acerca do termo inicial dos efeitos financeiros da referida emenda constitucional.

Caso se entendesse diversamente, a consequência seria a condenação da Administração Pública ao pagamento da diferença entre os proventos efetivamente percebidos no período anterior à vigência da Emenda Constitucional 70/2012 e aqueles calculados de forma mais vantajosa, com incidência de encargos de mora. No entanto, por imposição do princípio da legalidade, não era lícito à Administração proceder com o pagamento de proventos em desconformidade com o texto constitucional. Nessa medida, retroagir os efeitos financeiros da Emenda Constitucional 70/2012, além de contrariar seu texto expresso, implicaria em enriquecimento sem causa dos aposentados em questão, em prejuízo do erário.

<sup>1</sup> “Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.”

- 2 “Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional.”

U

R

H

D

PRO

CESSUAL

DIRITTO  
PROCESSUAL CIVIL

# SUJEITOS DO PROCESSO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- » Sujeitos do processo
  - » Partes e procuradores
    - » Deveres das partes e de seus procuradores

**É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC)<sup>1</sup>, mesmo quando o advogado da parte recorrida não apresentar contrarrazões ou contraminuta.**

“A expressão ‘trabalho adicional’, que está no § 11 desse artigo 85, é um gênero que compreende várias espécies, dentre elas a contraminuta ou as contrarrazões. Há outras espécies de trabalho adicional.”<sup>2</sup>

“Esse ‘trabalho adicional’ não se restringe necessariamente a uma peça processual; existe todo um trabalho de acompanhamento, eventualmente de convencimento oral, que faz parte do dia a dia do advogado.”<sup>3</sup>

Além disso, a sucumbência recursal surgiu com o objetivo de evitar a reiteração de recursos, ou seja, de impedir a interposição de recursos, que serão desprovidos, independentemente da apresentação de contrarrazões. A finalidade não foi remunerar mais um profissional, porque o outro apresentou contrarrazões.

<sup>1</sup> “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

<sup>2</sup> Trecho do voto do ministro Edson Fachin no presente julgamento.

<sup>3</sup> Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski no presente julgamento.

# EXECUÇÃO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- » Execução
  - » Das diversas espécies de execução
    - » Execução contra a Fazenda Pública –  
Repercussão Geral

RE 870.947

RG – Tema 810

rel. min. **Luiz Fux**

Plenário

DJE de 20-11-2017

Informativo STF 878

**O art. 1º-F da Lei 9.494/1997<sup>1</sup>, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*<sup>2</sup>); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios, segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.**

A utilização da remuneração prevista na Lei 9.494/1997 fere a isonomia e viola a equidade no tratamento das dívidas tributárias. O índice utilizado pela Fazenda Pública nos juros moratórios aplicados aos seus créditos tributários – taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) – é superior ao índice da poupança – Lei 8.177/1991, art. 12<sup>3</sup>, com a redação dada pela Lei 12.703/2012.

A igualdade deve ser investigada em cada relação jurídica específica (*e.g.*, tributária, estatutária, processual, contratual etc.), e não a partir de uma dicotomia genérica entre poder público/cidadão. Assim, o Estado e o particular devem estar sujeitos à mesma disciplina em matéria de juros no contexto de uma relação jurídica de igual natureza<sup>4</sup>.

Nesse sentido, deve ser seguida a orientação jurisprudencial firmada no julgamento das ADI 4.357 e ADI 4.425, segundo a qual “a quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, § 1º<sup>5</sup>, CTN)”<sup>6</sup>.

Isso porque, como não há incidência de juros em outras oportunidades, é imperioso entender que a orientação firmada nas referidas ações diretas, ao aludir a “precatórios” de natureza tributária, volta-se, a rigor, para as condenações impostas à Fazenda Pública, isto é, para a fixação dos juros moratórios ao final da fase de conhecimento do processo judicial.

**O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII<sup>7</sup>), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.**

O índice aplicável ao cálculo da remuneração da caderneta de poupança é fixado *ex ante*. É, portanto, inadequado para refletir corretamente a variação de preços da economia, que é sempre constatada *ex post*.

Com efeito, a finalidade básica da correção monetária é preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. Enquanto instrumento de troca, a moeda fiduciária que conhecemos hoje só tem valor na medida em que é capaz de ser transformada em bens e serviços. Ocorre que a inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal<sup>8</sup>.

Esse estreito nexo entre correção monetária e inflação exige, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda. Em outras palavras, índices de correção monetária devem ser, ao menos em tese, aptos a refletir a variação de preços que caracteriza o fenômeno inflacionário, o que somente será possível se consubstanciarem autênticos índices de preços.

A hipótese aqui diz respeito à idoneidade do critério fixado pelo legislador para atingir o fim a que se destina. Assim, a adequação entre meios e fins caracteriza a primeira etapa do itinerário metodológico exigido pelo dever de proporcionalidade, o qual, a seu turno, incide sobre todo e qualquer ato estatal conformador de direitos fundamentais<sup>9</sup>.

É certo que a promoção da finalidade colimada admite graus distintos de intensidade, qualidade e certeza, sendo imperioso respeitar a vontade objetiva do Legislativo e do Executivo sempre que o meio escolhido promova minimamente o fim visado. Sem embargo, em hipóteses de inadequação manifesta, revela-se indispensável a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cabe destacar que a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos.

O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento, com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Essa correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.

O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. O cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 4.357 e a ADI 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela Taxa Referencial (TR) apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

O entendimento firmado no referido julgamento deve ser estendido ao primeiro período relativo à tramitação da ação judicial. Isso porque a remuneração da caderneta de poupança não guarda pertinência com a variação de preços na economia, sendo manifesta e abstratamente incapaz de mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Essa inidoneidade fica patente em pelo menos quatro vertentes: lógico-conceitual, técnico-metodológico, histórico-jurisprudencial e pragmático-consequencialista.

Em primeiro lugar, há um aspecto de ordem lógico-conceitual. Remuneração e atualização de valores são conceitos jurídicos bem delimitados e distintos.

Como o rótulo sugere, a remuneração da caderneta de poupança representa o retorno devido ao investidor em razão da perda de disponibilidade sobre capital próprio. Em termos jurídicos, são os frutos civis do capital, os juros; em linguagem econômica, representam o custo de oportunidade do capital.

Já a correção monetária traduz-se na mera recomposição do poder aquisitivo da moeda em virtude do fenômeno inflacionário. Não se destina a remunerar qualquer coisa, senão apenas a manter constante o valor real de certa expressão monetária.

É possível, pois, que a remuneração do capital seja, em alguma medida, predefinida. Já a correção monetária não é jamais prefixada, uma vez que a inflação é insuscetível de captação apriorística. A variação de preços na economia é sempre constatada *ex post*, mas nunca fixada *ex ante*, exceto em regimes ditatoriais em que há controle de preços e economia planificada. Isso denota que remuneração e rendimento não equivalem ao restabelecimento do valor da moeda no tempo.

Destarte, o legislador ordinário, ao utilizar critério de remuneração do capital, com o objetivo de promover sua atualização, incorre em evidente desvio de finalidade, subvertendo os institutos básicos da boa técnica jurídica.

Sob o ângulo técnico-metodológico, nenhum dos componentes da remuneração da caderneta de poupança guarda relação com a variação de preços de determinado período de tempo. Com efeito, o tema está disciplinado pelo art. 12 da Lei 8.177/1991<sup>10</sup>, com atual redação dada pela Lei 12.703/2012.

A remuneração da caderneta de poupança – diferentemente de qualquer outro índice oficial de inflação – é sempre prefixada, seja na parte já prevista na lei (0,5% ao mês ou 70% da meta da taxa Selic ao ano, consoante as hipóteses do inciso II), seja na parte fixada pelo Banco Central (a TR relativa à respectiva data de aniversário, na forma do inciso I, atualmente calculada com base em Certificados de Depósito Bancário e Recibos de Depósito Bancário prefixados).

Essa circunstância deixa patente a desvinculação entre a evolução dos preços da economia e a remuneração da caderneta de poupança, o que a impede de caracterizar-se, quer sob o ângulo formal (lógico-conceitual) quer sob o ângulo material (técnico-metodológico), como termômetro da inflação.

Em terceiro lugar, a inidoneidade se manifesta em perspectiva histórico-jurisprudencial. O STF, em outras ocasiões, já se pronunciou sobre a controvérsia. Ao julgar a ADI 493, o Plenário do Supremo Tribunal entendeu que a TR não foi criada para captar a variação de preços na economia: “a Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”<sup>11</sup>.

Por seu turno, no julgamento das ADI 4.357 e ADI 4.425, o STF reiterou essa compreensão ao pontuar a inidoneidade *prima facie* da remuneração da caderneta

de poupança para mensurar o fenômeno inflacionário: “a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)”<sup>12</sup>.

Ademais, diante desse quadro jurisprudencial sedimentado, haveria flagrante incoerência na aplicação de critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.

Por fim, a quarta vertente pela qual a inidoneidade se manifesta é de índole pragmático-consequencialista.

Com efeito, admitir que o poder público arbitre, segundo critérios de conveniência, o índice de correção incidente sobre suas dívidas, configura nítida “legislação em causa própria”, subversiva do Estado de Direito ao estimular o uso especulativo do Poder Judiciário em detrimento do direito de propriedade do cidadão.

Em um contexto econômico como o presente, marcado por taxas de inflação persistentemente altas<sup>13</sup>, a discrepância entre a remuneração da caderneta de poupança e a meta de inflação fixada pelo governo é, a um só tempo, aviltante para o credor particular e vantajosa para o devedor público.

Cabe destacar que o regime brasileiro de metas de inflação não utiliza a remuneração da caderneta de poupança como seu critério norteador. De forma análoga, não há qualquer contrato entre particular e poder público que seja reajustado pela caderneta de poupança. Aliás, a Lei 8.666/1993 prevê expressamente que o critério de reajuste dos ajustes firmados com o poder público “deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais” (art. 40, XI<sup>14</sup>).

Se o Estado não utiliza a caderneta de poupança como índice de correção quando tem o objetivo de passar credibilidade ao investidor ou de atrair contratantes, é porque tem consciência de que o aludido índice não é adequado a medir a variação de preços na economia.

Por isso, beira a iniquidade permitir utilizá-lo quando em questão condenações judiciais. O cidadão que recorre ao Poder Judiciário não optou por um investimento ou negócio jurídico com o Estado. Foi obrigado a litigar. Tendo seu direito reconhecido em juízo, vulnera a cláusula do *rule of law* vê-lo definhar em razão de um regime de atualização casuística, injustificável e benéfico apenas da autoridade estatal.

- 1 “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”
- 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:”
- 3 “Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados: I – como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD [Taxa Referencial Diária], no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive; II – como remuneração adicional, por juros de: a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.”
- 4 RE 453.740, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 24-8-2007.
- 5 “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”
- 6 ADI 4.357, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 26-9-2014; e ADI 4.425, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 19-12-2013.
- 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: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade;”
- 8 Cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S.; STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009. p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006. p. 29.
- 9 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- 10 “Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados: I – como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD [Taxa Referencial Diária], no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive; II – como remuneração adicional, por juros de: a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.”

- 11** ADI 493, rel. min. Moreira Alves, P, *DJ* de 4-9-1992.
- 12** ADI 4.357, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 26-9-2014; e ADI 4.425, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 19-12-2013.
- 13** Estimada, pelo Banco Central, em 9,5% em 2015 – Relatório de Inflação. v. 17, n. 3, set. 2015.
- 14** “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;”

- » Execução
  - » Das diversas espécies de execução
    - » Execução contra a Fazenda Pública –  
Repercussão Geral

**A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios.**

A sistemática constitucional dos precatórios não se aplica às obrigações de fato positivo ou negativo, dada a excepcionalidade do regime de pagamento de débitos pela Fazenda Pública, cuja interpretação deve ser restrita. Por consequência, a situação rege-se pela regra geral de que toda decisão não autossuficiente pode ser cumprida de maneira imediata, na pendência de recursos não recebidos com efeito suspensivo.

Não se encontra parâmetro constitucional ou legal que obste a pretensão de execução provisória de sentença condenatória de obrigação de fazer relativa à implantação de pensão de militar, antes do trânsito em julgado dos embargos do devedor opostos pela Fazenda Pública.

Assim, não há razão para que a obrigação de fazer tenha seu efeito financeiro postergado em função do trânsito em julgado, sob pena de hipertrofiar uma regra constitucional de índole excepcionalíssima.

Há compatibilidade material entre o regime de cumprimento integral de decisão provisória e a sistemática dos precatórios, haja vista que este apenas se refere às obrigações de pagar quantia certa.

“Não dependendo da expedição de precatório, tampouco estando tuteladas pelo art. 100, § 3º, da Constituição Federal<sup>1</sup>, as sentenças que contêm obrigação de natureza diversa da obrigação de pagar quantia certa poderão normalmente ser objeto de execução provisória. Dessa forma, a execução provisória de fazer, não fazer e entregar coisa é incontestavelmente cabível contra a Fazenda Pública.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> “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. (...) § 3º O disposto no *caput*

deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

- 2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 809-810.

- » Execução
  - » Das diversas espécies de execução
    - » Execução contra a Fazenda Pública –  
Repercussão Geral

### **Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.**

O entendimento da não incidência dos juros da mora durante o prazo de dezoito meses previsto no art. 100, § 5º, da Constituição Federal (CF) foi superado pela Emenda Constitucional 62/2009, a qual incluiu o § 12<sup>1</sup> no art. 100 da Carta.

Em outras palavras, hoje há norma constitucional confirmando que o sistema de precatório – que abrange as requisições de pequeno valor – não pode ser confundido com moratória<sup>2</sup>. Por essa razão, os juros da mora devem incidir até o pagamento do débito.

Além disso, o Verbete Vinculante 17 da Súmula<sup>3 e 4</sup> não deve ser observado nessa hipótese, porquanto não se trata do período de dezoito meses aludido no art. 100, § 5º, da CF<sup>5</sup>.

Cabe ressaltar que, no plano infraconstitucional, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional 62/2009, entrou em vigor a Lei 11.960/2009, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.494/1997<sup>6</sup>. A norma passou a prever a incidência dos juros para “compensar a mora” nas condenações impostas à Fazenda Pública “até o efetivo pagamento”.

Diante disso, o quadro revela a ausência de fundamento constitucional ou legal que justifique o afastamento dos juros da mora enquanto persistir a inadimplência do Estado. Isso, por certo, abrange o lapso temporal entre a data da elaboração dos cálculos e a requisição de pequeno valor.

**1** “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. (...) § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de re-

muneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.”

- 2 “O precatório estampa o que se contém no título executivo, na sentença coberta pela preclusão maior, a qual, impondo condenação ao Estado, certifica, a mais não poder, que ele mostrou-se inadimplente, devedor, pois deixou de satisfazer – levando o cidadão ao Judiciário – uma obrigação que deveria observar, espontaneamente. O precatório não consubstancia uma moratória, não é um atestado liberatório. Ao contrário, pressupõe o inadimplemento. E se este persiste, incidem juros. Não posso imaginar que, simplesmente, haja um espaço de tempo durante o qual o Estado não é considerado inadimplente. Está inadimplente, conforme certificado na sentença proferida, a contemplar os juros da mora até o pagamento, até a liquidação do débito.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 298.616, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 3-10-2003.)
- 3 Enunciado 17 da Súmula Vinculante: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.”
- 4 “Notem que a Emenda foi publicada em 10 de dezembro de 2009, após a aprovação do Verbete Vinculante 17, ocorrida na sessão plenária de 29 de outubro de 2009. O preceito envolve a incidência de juros simples sobre os requisitórios. (...) Cabe ressaltar, a propósito, que tramita, no Supremo, a Proposta de Verbete Vinculante 111 [Formalizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil], por meio da qual se requer o cancelamento ou a revisão do Verbete Vinculante 17. O incidente foi sobrestado pelo ministro Dias Toffoli, para aguardar o julgamento deste recurso. Assentada a mora da Fazenda até o efetivo pagamento do requisitório, não há fundamento jurídico para afastar a incidência dos juros moratórios durante o lapso temporal anterior à expedição da requisição de pequeno valor, que é objeto do extraordinário.” (Trecho do voto do ministro Marco Aurélio no presente julgamento.)
- 5 “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. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”
- 6 “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

- » Execução
  - » Das diversas espécies de execução
    - » Execução contra a Fazenda Pública –  
Repercussão Geral

**É válida a penhora em bens de pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão desta pela União, não devendo a execução prosseguir mediante precatório – Constituição Federal (CF), art. 100, *caput* e § 1<sup>o</sup>.**

O fato de a União suceder processualmente empresa jurídica de direito privado não tem o condão de alterar o procedimento de execução efetivado no regime anterior. O pagamento de débitos por precatórios possui a natureza jurídica de prerrogativa processual do Estado. Traduz-se no direito de não ser financeiramente executado senão por procedimento ou regime de execução especial do débito bem mais vantajoso, que o resguarda de medidas constritivas, como penhora, arresto, sequestro, entre outras.

Assim, por se tratar de tratamento peculiar concedido à Administração Pública, a União não pode simplesmente transmutar o regime de privado para público em prejuízo dos atos jurídicos já aperfeiçoados, sugerindo a aplicação de regra constitucional que protege as atividades, bens e serviços dos entes públicos e não de empresas públicas, nem de sociedades de economia mista, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5<sup>o</sup>, XXXVI<sup>2</sup>). Com efeito, esse privilégio não pode retroagir a período anterior à sucessão, época em que não incidia nenhum obstáculo à constrição dos bens da pessoa jurídica de direito privado, apenas pelo fato de a União ter assumido o polo passivo da execução, ante a impossibilidade de esse ato ter efeitos retroativos em prejuízo dos atos processuais praticados.

Na execução movida contra a Fazenda Pública, não há expropriação de bens. Afinal, estão revestidos da cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, devendo o pagamento do débito submeter-se ao regime de precatórios ou Requisição de Pagamento de Pequeno Valor (RPV), prescrito no art. 100 da Constituição.

Por expressa disposição normativa (CF, art. 173, § 1<sup>o</sup>, II<sup>3</sup>), bem como pela pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup>, os privilégios da Fazenda Pública, em regra, não são extensíveis às sociedades de economia mista e às empresas

públicas, porquanto submetidas ao regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários<sup>5</sup>. Apenas excepcionalmente, determinadas pessoas jurídicas de natureza privada podem submeter-se ao regime de precatórios, devendo ser analisadas as peculiaridades de cada hipótese.

Nessa mesma linha, a jurisprudência do STF assentou entendimento de que as normas especiais que regem o processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública se estendem a todas as pessoas de direito público interno, o que abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Desse modo, em regra, não é possível a aplicação do regime de precatórios às empresas públicas, nem às sociedades de economia mista, por constituírem pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas ao regime de execução comum às empresas privadas (CF, art. 173, § 1º)<sup>6</sup>.

Acresce-se a esse entendimento que, de certa forma, a mudança do regime do rito de processamento da execução, quando já estabelecida a penhora, aproxima-se de fraude contra os credores. Afinal, a mudança, no curso do processo executivo, representa uma forma de retirar dos credores a garantia de seus créditos já aperfeiçoada e consolidada na forma do regime anterior, o que é inadmissível.

Por fim, admitir a pretensão da União neste processo, no sentido de submeter o crédito dos exequentes à ordem cronológica de apresentação dos precatórios, torna ainda mais penosa a espera dos ex-trabalhadores em verem realizados seus direitos já reconhecidos e amparados pela coisa julgada.

1 “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. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

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: (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

- 3 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”
- 4 RE 599.628, red. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P, *DJE* de 17-10-2011; e AI 616.138 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, *DJE* de 11-12-2012.
- 5 Destaca-se que a questão, quanto à possibilidade de se concederem privilégios próprios de pessoa jurídica de direito público, sucessora de empresa privada, aos atos processuais praticados antes da sucessão, já foi apreciada no julgamento do RE 599.176. Na ocasião, o Plenário concluiu que a imunidade recíproca do art. 150, VI, *a*, da CF não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos ocorridos antes da sucessão.
- 6 RE 220.906, rel. min. Maurício Corrêa, P, *DJ* de 14-11-2002; RE 229.696, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, 1ª T, *DJ* de 19-12-2002; RE 344.975 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJ* de 16-12-2005; e RE 393.032 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, *DJE* de 18-12-2009.

## Direito Processual Civil

- » Execução
  - » Das diversas espécies de execução
    - » Execução de alimentos

HC 121.426

rel. min. **Marco Aurélio**

1ª Turma

DJE de 29-3-2017

*Informativo STF 857*

**A prisão por dívida de natureza alimentícia está ligada ao inadimplemento inescusável de prestação, não alcançando situação jurídica a revelar cobrança de saldo devedor.**

A razão de ser da prisão civil no processo de execução de alimentos é compelir o devedor a satisfazer alimentos, ou seja, quantia voltada à subsistência do alimentando e não medida constritiva a cobrar dívidas pretéritas.

# PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

## Direito Processual Civil

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
  - » Ordem dos processos e processos de competência originária dos tribunais
    - » Ação rescisória

AR 1.551

rel. min. **Gilmar Mendes**

Plenário

DJE de 6-11-2017

Informativo STF 844

**É cabível ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973<sup>1</sup>, contra decisão que viola literal disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).**

O RISTF, tendo força de lei na ordem anterior à Constituição de 1988, foi por ela recepcionado como norma de igual hierarquia<sup>2</sup>.

**1** “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – violar literal disposição de lei;”

**2** AI 148.475 AgR, rel. min. Octavio Gallotti, 1ª T, DJ de 30-4-1993; e RE 146.747 AgR-EDv, rel. min. Marco Aurélio, P, DJ de 11-4-2003.

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
- » Ordem dos processos e processos de competência originária dos tribunais
- » Reclamação

**A partir de 2-5-2017, data da publicação da ata do julgamento do Tema 246 da repercussão geral<sup>1</sup> – que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993<sup>2</sup> –, tornou-se inviável o manejo da reclamação constitucional<sup>3</sup> com fundamento no julgado da ADC 16<sup>4</sup> – de mesmo objeto.**

A superveniência do julgamento do recurso paradigma do Tema 246 (RE 760.931) implica dizer que a conclusão firmada na ADC 16, no que toca à sua eficácia vinculante, foi plenamente substituída pela tese firmada em sede de repercussão geral.

No julgamento da referida ação declaratória, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Assim, passou a admitir a condenação subsidiária do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por suas contratadas, desde que caracterizada a culpa *in vigilando ou in eligendo* da Administração.

Com base nesse entendimento, em alguns casos, o STF julgou improcedente reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, quando fundamentadas em evidências de ausência de fiscalização do contrato<sup>5</sup>.

Ocorre que, ao concluir o julgamento do Tema 246 da repercussão geral, o STF afastou a condenação subsidiária da União pelas dívidas decorrentes de contrato de terceirização e fixou a seguinte tese: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993”<sup>6</sup>. Com efeito, a tese firmada em repercussão geral substituiu o anterior entendimento firmado na ADC 16.

Diante disso, cabe destacar que a inobservância da tese firmada em repercussão geral somente enseja o ajuizamento da reclamação, quando “esgotadas as instâncias ordinárias” (CPC/2015, art. 988, § 5º, II<sup>7</sup>). Nesse sentido, a jurisprudência do STF<sup>8</sup> exige o correto percurso de todo o iter processual, ultimado na interposição de

agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I e § 2º, do CPC/2015<sup>9</sup>.

- 1 RE 760.931, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 12-9-2017.
- 2 “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”
- 3 Art. 102, I, I, da CF.
- 4 ADC 16, rel. min. Cezar Peluso, P, *DJE* de 9-9-2011.
- 5 Rcl 13.739 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, *DJE* de 18-4-2016; Rcl 12.050 AgR, rel. min. Celso de Mello, P, *DJE* de 19-6-2013; e Rcl 24.545 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, *DJE* de 10-11-2016.
- 6 RE 760.931, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 12-9-2017.
- 7 “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”
- 8 Rcl 24.686 ED-AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 11-4-2017.
- 9 “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; (...) § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.”

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
- » Ordem dos processos e processos de competência originária dos tribunais
- » Reclamação

**Só cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal (STF) por violação de tese fixada em repercussão geral após terem se esgotado todos os recursos cabíveis nas instâncias antecedentes.**

A interpretação do art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil (CPC)<sup>1</sup> deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, supõe o percurso de todo o caminho recursal possível antes do acesso ao STF.

Se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso ao STF por via de reclamação. Esse é o sentido que deve ser conferido ao art. 988, § 5º, II, do CPC.

Com efeito, a interpretação puramente literal desse dispositivo acabaria por transferir ao STF, pela via indireta da reclamação, a competência de pelo menos três tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral), para onde podem ser dirigidos recursos contra decisões de tribunais de segundo grau de jurisdição.

<sup>1</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
- » Recursos
  - » Recurso extraordinário – **Repercussão Geral**

RE 584.247 QO

RG – Tema 538

rel. min. **Roberto Barroso**

Plenário

DJE de 2-5-2017

Informativo STF 845

**O reconhecimento da repercussão geral no Plenário Virtual não impede sua rediscussão no Plenário físico, notadamente quando tal reconhecimento tenha ocorrido por falta de manifestações suficientes<sup>1</sup>.**

O julgamento proclamado por ausência de manifestações suficientes pode ter sua conclusão revista em razão de mudanças na composição do Supremo Tribunal Federal (STF), abstenção de ministros na votação e unanimidade dos votos proferidos (embora insuficientes) no sentido da ausência de repercussão geral do tema<sup>2</sup>.

**Não apresenta repercussão geral o tema relativo à competência para processar e julgar ação em que se discute pagamento de adicional de insalubridade a servidor público de ex-Território Federal ante a existência de convênio firmado entre a União e o Estado-membro para o qual foi cedido.**

A controvérsia está restrita a parcela limitada de servidores de ex-Território – quadro em extinção da Administração Pública Federal –, cuja análise está vinculada a situações temporais também específicas, decorrentes da celebração e vigência de convênios.

Não se verifica, portanto, a presença de questões relevantes “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (CPC/2015, art. 1.035, § 1<sup>o</sup>), a justificar pronunciamento de mérito do STF.

<sup>1</sup> No mesmo sentido: RE 729. 884, rel. min. Dias Toffoli, P, DJE de 1<sup>o</sup>-2-2017.

<sup>2</sup> RE 607.607 ED, rel. min. Luiz Fux, P, DJE de 12-5-2014.

<sup>3</sup> “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1<sup>o</sup> Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

## Direito Processual Civil

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
  - » Recursos
    - » Agravo interno

RE 916.917 AgR

rel. min. **Edson Fachin**

1ª Turma

DJE de 27-3-2017

Informativo STF 850

**É admissível a juntada extemporânea de prova documental em recursos interpostos no Supremo Tribunal Federal (STF) quando estiver presente interesse público primário na lide.**

Admitida a veracidade do documento trazido aos autos e presente o interesse público indisponível, consubstanciado no interesse de toda a coletividade na apreciação da higidez das contas dos gestores públicos (interesse público primário), deve ser afastada a regra geral<sup>1</sup> segundo a qual é impossível a produção de prova por meio da juntada de documento apenas em sede de recurso interposto perante o STF.

<sup>1</sup> RE 452.780 AgR, red. p/ o ac. min. Cezar Peluso, 1ª T, DJ de 18-8-2006.

- » Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais
- » Mandado de segurança
  - » Legitimidade ativa

**O procurador-geral da República não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em que se questione decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva em processo administrativo disciplinar.**

A legitimidade para impetrar o mandado de segurança pressupõe a titularidade do direito pretensamente lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: “O impetrante, para ter legitimidade ativa, há de ser o titular do direito individual ou coletivo para o qual pede proteção pelo mandado de segurança. (...) O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo. Não há confundir interesse com direito subjetivo líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança”<sup>1</sup>.

O procurador-geral da República, no entanto, não é o titular do direito líquido e certo ultrajado em processo administrativo disciplinar<sup>2</sup>. Também não é suficiente a demonstração do simples interesse ou justificável a sua atuação como *custos legis* em defesa da ordem democrática e jurídica, pois esses são direitos que não lhe são próprios, mas da sociedade.

O art. 127 da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup> dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo suas funções institucionais enunciadas no art. 129 da CF<sup>4</sup>. Entre elas inclui-se a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição” e, portanto, pelo cumprimento do ordenamento jurídico vigente. No exercício de suas funções, o Ministério Público pode assumir em juízo a condição de parte autora, exercendo o direito de ação nos casos previstos em lei, ou de parte interveniente, naqueles em que sua atuação como fiscal da ordem jurídica seja indispensável para assegurar a regularidade do ato, conforme disposições do Código de Processo Civil<sup>5</sup>.

Não se pretende, a partir dessa compreensão, recusar a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a impetração de mandado de segurança. Busca-se

apenas assinalar que esta condiciona-se àquelas situações específicas em que o direito alegadamente transgredido seja titularizado pela instituição (ou respeite às funções descritas no art. 129 da CF) ou por aqueles cuja proteção o poder constituinte incumbiu o Ministério Público.

Essa conclusão não frustra, tampouco debilita, a atuação do Ministério Público no exercício de sua atribuição constitucional de defesa da ordem jurídica. Afinal, a ele são reservados os demais instrumentos processuais de tutela previstos em lei, igualmente eficazes, a exemplo da ação civil pública.

- 1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 62.
- 2 Precedente: RMS 32.970, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, DJE de 18-5-2016.
- 3 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”
- 4 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”
- 5 “Art. 177. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais. Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público. Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II – poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.”

# TUTELA COLETIVA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- » Tutela coletiva
- » Sentença
  - » Eficácia subjetiva da coisa julgada –  
Repercussão Geral

**A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.**

O art. 5º, XXI, da Constituição Federal<sup>1</sup>, concernente às associações, encerra situação de representação processual a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, autorização expressa e específica dos membros, os associados.

Nessa situação, a associação, além de não atuar em nome próprio, persegue o reconhecimento de interesses dos filiados, decorrendo daí a necessidade da colheita de autorização expressa de cada qual, de forma individual, ou mediante assembleia geral designada para esse fim, considerada a maioria formada.<sup>2</sup>

A especificidade da autorização deve ser compreendida sob o ângulo do tema, no que individualizado o interesse a ser buscado, e da vontade, mesmo que em assembleia geral.

A enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento se presta à observância do princípio do devido processo legal, inclusive sob o enfoque da razoabilidade. Por meio dela, presente a relação nominal, é que se viabiliza o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa.

Uma vez confirmada a exigência de autorização específica dos associados para a formalização da demanda, decorre, ante a lógica, a oportunidade da comprovação da filiação até aquele momento. A condição de filiado é pressuposto do ato de anuir com a submissão da controvérsia ao Judiciário. Nesse sentido, não há falar em inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/1997<sup>3</sup>.

Em Direito, os fins não justificam os meios. Logo, descabe potencializar a prática judiciária, tendo em vista a possível repetição de casos versando a mesma matéria,

para buscar respaldar o alargamento da eficácia subjetiva da coisa julgada formada. Essa não é a solução adequada, considerado o efeito multiplicador, uma vez previstos, na legislação ordinária, mecanismos de resolução de casos repetitivos.

Diante disso, a problemática da eficácia territorial do pronunciamento judicial é resolvida a partir da jurisdição do órgão julgador, isso em se tratando de ação plúrima submetida ao rito ordinário. Esse mesmo enfoque seria observado se ajuizada a ação diretamente pelos próprios beneficiários do direito, não havendo tratamento diverso atuando a associação como representante.

- 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: (...) XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”
- 2 AO 152, rel. min. Carlos Velloso, P, DJ de 3-3-2000; RE 192.305, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T, DJ de 8-2-1999; e RE 573.232, red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, DJE de 19-9-2014.
- 3 “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

U

R

H

D

CRIMINOLOGIA

DIRETTO  
PROCESSUAL PENALE

# PROCESSO EM GERAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

- » Processo em geral
- » Ação penal
- » Denúncia

**Excepcionalmente, o momento de apreciação dos argumentos de defesa escrita pode ser deslocado para após o recebimento da denúncia.**

Observado que o juiz não tenha apreciado com profundidade as hipóteses mencionadas no art. 397 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>1</sup>, por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, elas podem (e algumas devem)<sup>2</sup>, desde logo, ser enfrentadas, após a intervenção da defesa escrita<sup>3</sup>.

**A subordinação hierárquica dos envolvidos não significa a responsabilização criminal automática do prefeito.**

Prefeito incluído entre os acusados em razão, unicamente, da função pública hierarquicamente superior que então ocupa, sem indicação mínima de sua participação em prática ilícita, em conluio com os demais envolvidos, evidencia violação à responsabilidade penal subjetiva, cuja demonstração repele a responsabilidade presumida, em contraposição à responsabilidade objetiva, objurgada em matéria penal.

A mera subordinação hierárquica de agentes públicos ou servidores municipais não implica a automática responsabilização criminal do prefeito. Noutros termos: não se pode presumir a responsabilidade criminal do prefeito simplesmente com apoio em “ouvir dizer” das testemunhas, sabido que o nosso sistema jurídico-penal não admite a culpa por presunção<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.”

- 2 CPP: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;”
- 3 AP 933 QO, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJE* de 3-2-2016; e Inq 2.411 QO, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 24-4-2008.
- 4 AP 447, rel. min. Ayres Britto, P, *DJE* de 28-5-2009.

- » Processo em geral
- » Ação penal
- » Denúncia

**A mera posição hierárquica dos acusados na titularidade da empresa de comunicação, sem a descrição da ação e sem elementos que evidenciem a vontade e consciência de praticar o crime imputado, inviabiliza o prosseguimento da ação penal.**

Os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV<sup>1</sup>) impõem que a inicial acusatória tenha como fundamentos elementos probatórios mínimos que demonstrem a materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria.

Nesse contexto, a denúncia ou a queixa que não contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da classificação do crime, impede o exercício da ampla defesa, na medida em que submete o acusado à persecução penal, privando-o do contexto sobre o qual se desenvolverá a relação processual.

Assim, denúncia ou queixa baseada apenas na posição hierárquica do acusado deve ser rechaçada, por manifesta ausência de justa causa. Afinal, “permitir que o acusado seja submetido a processo exclusivamente pela posição hierárquica superior que ocupava (...) viola as regras quanto à autoria e participação que regem o Direito Penal brasileiro. Deve haver indícios de que o acusado atuou com dolo, o que não se verifica no caso dos autos. Ademais, o mero dever de saber não é suficiente para uma condenação em razão de ensejar uma responsabilização objetiva. Não cabe presunção *in malam partem*, ante o princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal)”<sup>2</sup>.

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: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

2 AP 905 QO, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, DJE de 21-3-2016.

- » Processo em geral
- » Competência
  - » Competência por conexão ou continência

**O desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro “deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante”<sup>1</sup>.**

Presente a imbricação de condutas e diante da existência de indícios de liame probatório entre os fatos, ou mesmo de continência (CPP, art. 77, I)<sup>2</sup>, não há como cindir investigação em fase embrionária. Isso ocorre, inclusive, pelo risco de o juízo de primeiro grau promover a investigação de detentores de prerrogativa de foro, ainda que de forma indireta, em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

A usurpação da competência do STF contamina de nulidade toda a investigação realizada em relação ao detentor da prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII)<sup>3</sup>. O que se busca garantir, além da preservação da competência constitucional do STF, é o transcurso da investigação sob supervisão da autoridade judiciária competente, de modo a assegurar sua higidez.

Com efeito, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal<sup>4</sup>, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Por sua vez, dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal<sup>5</sup> que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de normas constitucionais ou legais.

O não desmembramento preserva a higidez do processo investigatório, a racionalidade do sistema. Ficaria impossível persecução investigatória sem que houvesse coordenação das ações, tamanha a dimensão daquilo que é a visão dos órgãos de polícia e do Ministério Público.

Não é a definição de competência de julgamento que pode atingir alguém com prerrogativa de foro, mas a racionalidade da investigação para evitar a coleta de provas por autoridade não competente a fazê-lo.

- 1 Inq 2.903, rel. min. Teori Zavascki, P, *DJE* de 1º-7-2014.
- 2 “Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;”
- 3 “Art. 5º (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”
- 4 “Art. 5º (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”
- 5 “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

- » Processo em geral
- » Competência
  - » Competência pela prerrogativa de função

**A existência concreta de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função nos diálogos interceptados impõe a remessa imediata ao Supremo Tribunal Federal (STF).**

Ainda que a interceptação telefônica seja aparentemente voltada a pessoas que não ostentem prerrogativa de foro por função, o levantamento *incontinenti*, sem nenhuma das cautelas exigidas em lei, do sigilo do conteúdo das conversas mantidas com autoridade detentora de foro por prerrogativa de função no STF é uma decisão que não compete ao juízo de primeiro grau.

Em outras palavras, cabe apenas ao STF, no exercício de sua competência constitucional, decidir acerca do cabimento ou não do desmembramento, bem como sobre a legitimidade ou não dos atos até então praticados nos autos.

Nesse sentido, não tendo havido prévia decisão do STF sobre a cisão ou não da investigação ou da ação relativamente aos fatos envolvendo autoridades com prerrogativa de foro no Tribunal, fica delineada, ainda que em juízo de cognição sumária, a concreta probabilidade de violação da competência prevista no art. 102, I, *b*, da Constituição da República<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;”

- » Processo em geral
- » Competência
  - » Competência pela prerrogativa de função

**Não há cogitar de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal quando a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior.**

Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais<sup>1</sup>.

Ademais, não há considerar a alegada usurpação se a autoridade com foro por prerrogativa de função não tiver sido alvo de nenhuma medida cautelar autorizada pelo juízo no curso da persecução penal, bem como se os fatos verificados sobre a autoridade não tiverem relação direta com o objeto da investigação em desfavor do agravante.

<sup>1</sup> Rcl 2.101 AgR, rel. min. Ellen Gracie, P, DJ de 20-9-2002; HC 82.647, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, DJ de 25-4-2003; e AP 933 QO, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, DJE de 3-2-2016.

- » Processo em geral
- » Prova
- » Disposições gerais

**Na busca e apreensão, caso a autoridade responsável pela unidade administrativa entregue, de maneira espontânea e voluntária, computador de titularidade do ente público, tal ato revela-se compatível com a cláusula de reserva de jurisdição, ainda que sobressalente ao mandado judicial.**

O fato de haver mandado judicial para que seja apreendido determinado equipamento não impede que outros equipamentos sejam entregues espontaneamente, por guardarem interesse com a investigação.

Embora verificada a entrega voluntária ao agente policial, o exame pericial nos equipamentos apreendidos, condicionado à autorização específica da autoridade judicial responsável pela supervisão do caderno investigativo, resguarda a regularidade da apreensão e o direito à privacidade do repositório de dados e de informações neles contidos.

Além disso, a entrega espontânea do equipamento ao agente policial revela dificuldade da invocação de direito à intimidade, visto que se trata de material disponibilizado, inclusive, para o serviço público.

**Não cabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos.**

“A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição<sup>1</sup> é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador.”<sup>2</sup>

Inexistindo quebra da troca de dados, mas, sim, acesso aos dados que estavam registrados nos *Hardwares* (HDs) dos computadores, não há ilegalidade. A proteção à garantia constitucional diz respeito à troca de dados, mas a inviolabilidade cinge-se à interferência de um terceiro na troca dessas informações.

## O procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No processo investigatório do Ministério Público, há formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, e o momento próprio do exercício do contraditório e da ampla defesa é mesmo a instrução judicial.

Ademais, eventual prejuízo advindo do indeferimento de diligências no curso das apurações (nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos) é passível de questionamento na ação penal decorrente do respectivo inquérito policial.

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: (...) 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;” (Vide Lei 9.296/1996.)

2 RE 418.416, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, DJ de 19-12-2006.

- » Processo em geral
- » Prova
- » Disposições gerais

**A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente a infração penal diversa da investigada, deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais.**

No caso de interceptação telefônica autorizada por ordem judicial e crime punível com reclusão, a prova só pode ser afastada se verificada alguma hipótese de desvio de finalidade ou mesmo simulação ou fraude para obtenção dela, como, por exemplo, a realização de simulacro de investigação em crime apenado com reclusão somente para obtenção de ordem judicial decretando interceptação telefônica, porém, com o claro objetivo de descobrir e produzir provas em crimes apenados com detenção, ou, ainda, para produção de provas a serem posteriormente utilizadas em processos civil ou administrativo-disciplinar<sup>1</sup>.

Ademais, cabe destacar que o “crime achado”, ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, sempre deve ser cuidadosamente analisado para que não se relativize em excesso o art. 5º, XII, da Constituição Federal<sup>2</sup>. A interpretação das limitações subjetivas e objetivas na obtenção de provas mediante autorização judicial para interceptações telefônicas deve visar garantir a efetividade da proteção aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, em especial a intimidade, vida privada, sigilo das comunicações telefônicas; além da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

1 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 72-73.

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: (...) 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;”

- » Processo em geral
- » Prova
- » Disposições gerais

**Apreensões de documentos realizadas em automóvel, por constituir típica busca pessoal<sup>1</sup>, prescinde de autorização judicial, quando presente fundada suspeita<sup>2</sup> de que nele estão ocultados elementos de prova ou qualquer elemento de convicção à elucidação dos fatos investigados, a teor do § 2º do art. 240<sup>3</sup> e art. 244<sup>4</sup> do Código de Processo Penal.**

O espaço compreendido dentro de automóvel, salvo a hipótese em que consistir a habitação de seu titular, seja ela de caráter permanente, seja provisório (*trailers*, *cabines de caminhão*, *barcos*, entre outros<sup>5</sup>), não está abarcada no conceito jurídico de domicílio, ao qual a lei dispensa proteção especial e exige autorização judicial (CF, art. 5º, XI<sup>6</sup>). O conceito de “casa”, para os fins da proteção jurídico-constitucional, compreende: (a) qualquer compartimento habitado; (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva; e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de “casa” harmoniza-se com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual, de intimidade pessoal e de privacidade profissional<sup>7</sup>.

Nessa linha de raciocínio, não se pode conceber o veículo automotor como um espaço reservado onde o indivíduo desenvolve livremente a sua personalidade, senão como extensão de seu próprio corpo. Afinal, trata-se de meio de transporte, destinado ao mero deslocamento de seu condutor, e, por vezes, empregado para ocultar vestígios de prática criminosa<sup>8</sup>. Conceber-se o contrário seria inviabilizar agentes policiais ou fiscais a realizar revista nos veículos por ocasião de ações de fiscalização (*blitz*, por exemplo)<sup>9</sup>.

1 “Esse tipo de busca consiste na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão de elementos de convicção ocultados, incluindo-se objetos (bolsas, malas, pastas) e veículos (automóveis, motocicletas) sob custódia da pessoa.” (MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo:

- 2 “No particular, as circunstâncias concretas da busca empreendida no automóvel do recorrente permitem concluir pela validade da medida, já que, no dia em que realizadas as diligências de busca domiciliar, eram obtidas informações, via interceptação telefônica (não contestadas), de que provas relevantes à elucidação dos fatos eram ocultadas no interior do veículo do recorrente, estacionado, no exato momento da apreensão, em logradouro público.” (Trecho do voto do ministro Teori Zavascki no presente julgamento.)
- 3 “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. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.”
- 4 “Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”
- 5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2014.
- 6 “Art. 5º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”
- 7 MS 23.595 MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ de 1º-2-2000.
- 8 “Essa é a hipótese vertente, em que, após informações obtidas por intermédio de interceptação de conversas telefônicas autorizada judicialmente, logo após a efetivação da busca e apreensão domiciliar, descobriu-se que no interior do veículo do recorrente estaria o caderno de anotações contendo dados de suma importância para a elucidação do crime de formação de cartel.” (Trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República no presente julgamento.)
- 9 Trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República no presente julgamento.

- » Processo em geral
- » Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória
- » Prisão cautelar

**A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana.**

Esse postulado representa, considerada a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Cabe enfatizar que o excesso de prazo na duração irrazoável da prisão meramente processual de qualquer pessoa, notadamente quando não submetida a julgamento por efeito de obstáculo criado pelo próprio Estado, revela-se conflitante com esse paradigma ético-jurídico conformador da própria organização institucional do Estado brasileiro. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo da segregação cautelar.

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo.

Essa dilação de prazo, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra prerrogativa básica que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII<sup>1</sup>) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei<sup>2</sup>.

A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – não pode transmutar-se, mediante subversão dos fins que a autorizam, em meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal. Afinal, esse

instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu<sup>3</sup>.

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: (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

2 HC 83.773, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJ de 6-11-2006.

3 RTJ 201/286-288, rel. min. Celso de Mello.

- » Processo em geral
- » Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória
  - » Prisão preventiva

**A superveniência da sentença penal condenatória, que mantém a prisão preventiva com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário, não torna prejudicado o *habeas corpus*<sup>1</sup>.**

Embora a sentença lançada em desfavor do paciente possa ter ampliado o espectro de análise dos fundamentos da custódia, baseando-se em um exame mais robusto das provas, ainda estará valendo-se dos mesmos critérios sopesados no decreto cautelar primeiro, razão pela qual não há cogitar da prejudicialidade da impetração.

**Por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar<sup>2</sup>.**

A prisão cautelar é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer. Somente pode ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do *periculum libertatis* (CPP, art. 282, § 6<sup>o</sup>).<sup>4 e 5</sup>

**O risco concreto da reiteração delitiva, invocado para garantir a ordem pública, deve ser contemporâneo ao decreto prisional.**

“A proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (‘o que está a acontecer’) e evidência (‘o que é claro, manifesto’)<sup>6</sup>. Se a prisão por ‘ordem pública’ é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada

muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados.”<sup>7 e 8</sup>

Ademais, “a referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério da atualidade: os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência”<sup>9</sup>.

- 1 HC 122.939, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, *DJE* de 6-10-2014.
- 2 HC 127.186, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 3-8-2015.
- 3 “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).”
- 4 “Hélio Tornaghi, muito antes da introdução no sistema processual penal brasileiro das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, apontou dois princípios a respeito da prisão provisória: ‘1º) a prisão provisória é um mal e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior. 2º) a prisão provisória, embora má, pode vir a ser necessária; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível’ (*Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 7 (...)). Esse eminente jurista assinalava, como orientação nessa matéria, que o magistrado ‘deve ser prudente e mesmo avaro na decretação’ (op. cit., p. 10).” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli no presente julgamento.)
- 5 HC 101.537, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, *DJE* de 14-11-2011.
- 6 TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 48.
- 7 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 395; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. p. 734.
- 8 CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. 357 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- 9 Inq 3.842, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, *DJE* de 29-2-2016.

- » Processo em geral
- » Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória
  - » Prisão preventiva

**É incabível o decreto prisional ter como fundamento apenas a quebra do acordo de colaboração premiada.**

Na Lei 12.850/2013, não se apresenta a revogação da prisão preventiva como benefício previsto pela realização de acordo de colaboração premiada. Tampouco há previsão de que, em decorrência do descumprimento do acordo, seja restabelecida prisão preventiva anteriormente revogada<sup>1</sup>.

Dessa forma, na hipótese de celebração ou descumprimento de acordo de colaboração premiada, faz-se necessário o exame do caso concreto, ou seja, da presença de requisitos para a prisão preventiva – Código de Processo Penal (CPP), art. 312<sup>2</sup> – ou para a imposição das medidas cautelares – CPP, art. 282<sup>3</sup> c/c art. 319<sup>4</sup>.

Não existe a aplicação de medidas cautelares gravosas nem decreto de prisão preventiva automático. Para tanto, é necessária a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional (CPP, art. 316<sup>5</sup>).

1 HC 131.002, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 20-9-2016.

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.”

3 “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia

do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

- 4 “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.”
- 5 “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

- » Processo em geral
- » Citações e intimações
- » Citações – Repercussão Geral

**É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>.**

O art. 5º, LV, da Constituição Federal<sup>2</sup> e o art. 8º, item 2, *b*, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>3</sup>, por não trazerem conformação pormenorizada da garantia da ampla defesa e do contraditório, conferem ao legislador a tarefa de atribuir-lhes as delimitações normativas, com ampla margem de discricionariedade.

No exercício desta atividade de densificação de tais princípios, o legislador, por meio da Lei 11.719/2008, incluiu entre as modalidades de citação no âmbito do processo penal a citação por hora certa. Nada há, nessa regulamentação legislativa, de contradição com a Carta Constitucional ou com o Pacto de São José da Costa Rica. Justamente buscando conferir eficácia aos preceitos constitucionais e supralegais acerca do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da razoável duração do processo é que houve a implementação legislativa da citação por hora certa, para que não fosse realizado o ato citatório pela via do edital.

Aliado a isso, a aludida reforma legislativa pretendeu obstar que o acusado, utilizando-se de meios escusos para não ser encontrado, mesmo possuindo endereço certo, pudesse impedir a continuidade da ação penal, inviabilizando o prosseguimento da própria prestação jurisdicional, num evidente exercício abusivo do seu direito de defesa. Nessa medida, não haveria de se tolerar atuação disfuncional dos acusados no exercício dos seus direitos constitucionalmente assegurados, por configurar o abuso do direito, a ser rechaçado pela ordem jurídica<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.”

- 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: (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”
- 3 “Art. 8º (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;”
- 4 HC 111.226, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, *DJE* de 3-10-2012; e HC 105.478, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 23-3-2011.

- » Processo em geral
- » Citações e intimações
- » Citações

**A antecipação da prova testemunhal configura medida necessária quando, considerando-se a gravidade do crime praticado, houver a possibilidade concreta de perecimento de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo.**

Nessas circunstâncias, como nas hipóteses em que há a possibilidade de “não serem mais localizadas as testemunhas” e porque uma das testemunhas é “policia militar”, a antecipação da prova testemunhal resguarda a produção probatória e, em última análise, o resultado prático do processo penal.

Sobre esse aspecto, a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal<sup>1</sup> veio a conferir mais visibilidade ao direito à razoável duração do processo, que passou a ser um direito fundamental positivado e trouxe aos estudiosos (doutrinadores) e também aos operadores do direito (juízes, promotores, advogados, defensores públicos etc.) a sinalização da necessidade de buscar a efetividade desse mandamento constitucional. Em outras palavras, a duração razoável do processo penal é um direito público subjetivo de todo investigado/processado e precisa, realmente, efetivar-se, obtendo-se dos agentes do Poder Judiciário sua real aplicação.

No âmbito penal, a demora da prestação jurisdicional assume contornos bem específicos. O réu, preso ou não, tem o direito de obter uma resposta estatal; o Estado precisa ofertar a prestação jurisdicional, pois o processo não pode durar para sempre. A demora na prestação jurisdicional afeta o jurisdicionado, mesmo que não exista prisão cautelar decretada. Afinal, uma das misérias do processo penal é a punição decorrente do simples trâmite processual.

Nesse sentido, além de acarretar sérias consequências ao investigado/processado, a duração irrazoável do processo penal pode ocasionar o enfraquecimento da lembrança dos fatos pelas testemunhas, o desaparecimento dos elementos de prova, o esquecimento social e a impossibilidade de perícia. A construção de uma Justiça mais

célere depende do emprego de medidas que preservem os atos praticados. Nesse sentido, é fundamental a coibição de repetições desnecessárias<sup>2</sup>.

Por fim, com relação às garantias inerentes à defesa, a antecipação da oitiva das testemunhas não revela prejuízo. Quando o processo retomar o curso, caso haja algum ponto novo a ser esclarecido em favor do réu, basta que se proceda à nova inquirição.

- 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: (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”
- 2 “Em artigo para uma coletânea de homenagem publicada há mais de vinte anos, Barbosa Moreira já lamentava a excessiva demora dos processos, afirmando que o fenômeno tem causas tão complexas e mal individuadas nos respectivos pesos pela carência de estatísticas judiciárias, que ‘seria ambição vã querer encontrar no puro receituário processual remédio definitivo para a enfermidade’. E arrolou algumas delas: ‘falhas da organização judiciária, deficiência na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos’ (DOTTI, René Ariel. *A prescrição pela pena presumida*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 385, maio/jun. 2006).” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)

## Direito Processual Penal

- » Processo em geral
  - » Citações e intimações
    - » Intimações

HC 118.294

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 20-4-2017

Informativo STF 856

**É válida apenas a intimação da Defensoria Pública da União (DPU) ainda que o recurso especial tenha sido interposto pela Defensoria Pública estadual.**

Em caso de recurso especial interposto por Defensoria Pública estadual que não tenha representação no Distrito Federal e seja longínqua, a exemplo do Estado do Amapá, é válida a intimação da DPU, já organizada e no desempenho regular de suas atividades perante os tribunais superiores<sup>1</sup>.

A DPU foi estruturada sob o pálio dos princípios da unidade e da indivisibilidade, para dar suporte às Defensorias Públicas estaduais e fazer as vezes daquelas de Estados-membros longínquos, que não podem exercer o múnus a cada recurso endereçado aos tribunais superiores.

<sup>1</sup> HC 82.118, rel. min. Ilmar Galvão, 1ª T, DJ de 29-11-2002; e HC 126.081, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, DJE de 16-10-2015.

# PROCESSO EM ESPÉCIE

DIREITO PROCESSUAL PENAL

- » Processo em espécie
  - » Processo comum
    - » Procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri

**A retirada dos autos de prova considerada ilícita não exclui, necessariamente, as demais peças processuais que a ela façam referência.**

A denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime. Por isso, em princípio, estão fora da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos – art. 5º, LVI, da Constituição Federal<sup>1</sup>. A legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, tampouco determina a exclusão de peças processuais que a elas façam referência – art. 157 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>2</sup>.

As limitações ao debate em plenário são mencionadas nos arts. 478 e 479 do CPP<sup>3</sup> e são pontuais. Dessa forma, não se pode impedir que os jurados tenham conhecimento da própria realização da prova ilícita e dos debates processuais que levaram a sua exclusão. A exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate, que são de discutível constitucionalidade e que vêm sendo interpretadas restritivamente pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>4 e 5</sup>

O envelopamento como alternativa à desconstituição da pronúncia não é viável. Ofende o direito do acusado e a própria soberania dos veredictos assegurada à instituição do júri<sup>6</sup>.

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: (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

2 “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

3 “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; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição

de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.”

- 4 “A própria constitucionalidade das normas de restrição ao debate tem sido questionada com bons argumentos. Nucci, por exemplo, defende que a censura de referências a documentos dos autos, beira à inconstitucionalidade. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237.)” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)
- 5 RHC 123.009, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, *DJE* de 2-12-2014; e RHC 120.598, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 3-8-2015.
- 6 RHC 122.909, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, *DJE* de 12-12-2014.

# NULIDADES E RECURSOS EM GERAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

**Por mais caras que as prerrogativas da defesa e do advogado sejam ao sistema de garantias, de sua violação não decorre a automática absolvição do imputado.**

A violação judicial das prerrogativas da defesa e dos advogados cria consequências de outras três ordens, que devem ser criteriosamente sanadas para não impedir o curso do julgamento.

Em primeiro lugar, é fundamento para a cassação ou invalidação do ato judicial. No caso de interceptação de telefone de advogado de réu em ação penal, a destruição da prova determinada em primeira instância é suficiente e não há nulidade a ser decretada, visto que o ato já foi tornado ineficaz.

Em segundo lugar, a relação com o ato atentatório é fundamento para a invalidação dos atos processuais subsequentes a ele relacionados. O regime de invalidação de atos processuais subsequentes é regrado pela legislação. Conforme o art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, a nulidade de um ato atinge os atos que “dele diretamente dependam” e os que dele “sejam consequência”.

Os atos subsequentes não são atos que violam as prerrogativas da defesa ou dos advogados, mas que dependem e são consequência do ato violador. Logo, quanto a eles, as garantias defensivas e advocatícias não estão em jogo. Sendo assim, a importância dessas garantias não dispensa a demonstração donexo entre o ato violador e o ato contaminado.<sup>2 e 3</sup>

Ademais, não se vislumbra invalidação dos atos subsequentes por suposta intimidação da defesa ante o uso abundante dos recursos e os meios de impugnação, arrostando o que supostamente poderia ser violação a prerrogativas advocatícias com exceção de suspeição e representações buscando a responsabilização do julgador no Conselho Nacional de Justiça.

Em terceiro lugar, se a violação apontar para a parcialidade do julgador, haverá fundamento para a recusa do magistrado. Isso não ocorre se o contexto leva a crer que a interceptação decorreu de suspeita infundada de participação em atividade cri-

minosa pelo titular do terminal telefônico, sem que a qualidade de advogado tenha sido percebida.

**O art. 2º da Lei 9.296/1996 não exige que sejam quebrados os dados cadastrais de todos os terminais interceptados previamente à interceptação.**

O que a Lei 9.296/1996 exige é a identificação o mais precisa possível dos investigados, mas admite sua omissão, em caso de impossibilidade manifesta e justificada.

- 1 “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.”
- 2 HC 95.518, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, *DJE* de 19-3-2014.
- 3 “Em muitos casos, os atos processuais subsequentes terão evidente nexos com a violação de garantias. No exemplo da prisão do advogado para impedir a sustentação oral, o nexos entre o julgamento contrário aos interesses da defesa e a prisão do causídico seria intuível. Em outros casos, no entanto, a ligação não será tão patente, dependendo de demonstração.” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no presente julgamento.)

## Direito Processual Penal

- » Nulidades e recursos em geral
  - » Recursos em geral
    - » *Habeas corpus* e seu processo

HC 127.834

red. p/ o ac. min. **Alexandre de Moraes**

1ª Turma

DJE de 19-12-2017

Informativo STF 887

**O *habeas corpus* não é o meio adequado para discutir a suspensão de processo-crime sobre a prática da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006<sup>1</sup> (porte de drogas para consumo pessoal).**

Não existe previsão de pena privativa de liberdade para essa conduta. Isso evidencia a impossibilidade de qualquer ameaça à liberdade de locomoção que enseje a impropriedade do *writ*<sup>2</sup>.

O *habeas corpus* não é espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal. É uma ação constitucional de procedimento especial que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade e abuso de poder.

1 “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

2 HC 131.395, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, DJE de 21-11-2017.

## Direito Processual Penal

- » Nulidades e recursos em geral
  - » Recursos em geral
    - » *Habeas corpus* e seu processo

HC 138.286

rel. min. **Marco Aurélio**

1ª Turma

DJE de 18-12-2017

Informativo STF 887

**O *habeas corpus* não é o meio adequado para buscar-se o reconhecimento do direito a visitas íntimas em estabelecimento prisional.**

Nesse caso, não está em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão.

- » Nulidades e recursos em geral
  - » Recursos em geral
    - » Disposições gerais

### A ordem jurídica não contempla a interposição de recurso via *e-mail*.

Por não se poder potencializar a forma pela forma, a legislação instrumental visa, acima de tudo, realizar o implemento da almejada justiça. Todavia, parâmetros voltados à segurança jurídica devem ser considerados.

No campo da informática, da formalização de atos por meio de recursos eletrônicos, devem-se levar em conta, presente o disposto no art. 1º da Lei 9.800/1999<sup>1</sup>, certos requisitos. Dessa forma, os atos emitidos pelos tribunais, consoante o preceito da mencionada lei, a prever que “é permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”, não contemplam a adoção do *e-mail*, quanto mais sem a apresentação no prazo legal do original.

O fac-símile ou o envio mediante outro método pressupõe a observância de endereço que confira certeza quanto ao recebimento da mensagem. A Lei 9.800/1999, excepcionando a interposição direta de recurso, permitiu a utilização da transmissão de dados e imagens via fac-símile. Mesmo assim, tem-se que, empregado tal meio, há de apresentar-se o original. Ademais, maior inviabilidade verifica-se quando o recurso for protocolado mediante *e-mail* sem respaldo em qualquer norma legal e sem haver sido apresentado posteriormente em peça física.

<sup>1</sup> “Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.”

# EXECUÇÃO PENAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

- » Execução penal
  - » Limite das penas
    - » Benefícios da execução penal

**O limite de trinta anos, enunciado no art. 75 do Código Penal (CP), não é considerado para o cálculo de benefícios da execução penal (Verbete 715 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>).**

O “art. 75 do CP<sup>2</sup> é o consectário lógico da expressa vedação constitucional concernente às penas de caráter perpétuo (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, b<sup>3</sup>). Levando-se em conta a necessidade de ressocialização do apenado, não seria coerente, de fato, permitir-se a subsistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de penas de caráter perpétuo. Por isso a expressa disposição legal no sentido de que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

Todavia esse limite apenas se reporta ao tempo máximo de efetivo cumprimento da pena, não podendo servir de cotejo para a aferição de requisitos temporais necessários à obtenção de outros benefícios legais”<sup>4 e 5</sup>.

1 “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

2 “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

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: XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo;”

4 HC 98.450, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJE de 20-8-2010.

5 HC 69.423, rel. min. Carlos Velloso, P, DJ de 17-9-1993; e HC 106.909, rel. min. Ayres Britto, 2ª T, DJE de 4-10-2011.

- » Execução penal
  - » Trabalho
    - » Trabalho interno

**Excepcionalmente, pode ser considerado, para fins de remição da pena, o total de horas trabalhadas em jornada diária inferior a seis horas, quando houver determinação da administração do presídio.**

Apesar de a Lei de Execução Penal (LEP), no art. 33<sup>1</sup>, prever que a jornada diária não deve ser inferior a seis nem superior a oito horas para fins de remição de pena<sup>2</sup>, em casos dessa natureza deve-se observar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Isso torna indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária<sup>3</sup>, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização.

Assim, excepcionalmente, pode ser considerada jornada diária inferior a seis horas nos casos em que houver determinação da administração do presídio, ou seja, em que a jornada de trabalho não derive de ato voluntário nem de indisciplina ou insubmissão do preso. Dessa forma, admite-se que, para computar os dias de remição, as horas trabalhadas sejam somadas e divididas por seis. Feita a conversão matemática do cálculo da remição, age-se dentro dos limites previstos na LEP.

1 Lei 7.210/1984: “Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.”

2 “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: (...) II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.”

3 ACO 79, rel. min. Cezar Peluso, P, DJE de 28-5-2012.

- » Execução penal
  - » Execução das penas em espécie
    - » Penas privativas de liberdade

**O marco inicial para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios executórios é a data da custódia cautelar<sup>1</sup>. Essa data deve necessariamente ser computada desde que não ocorra condenação posterior apta a configurar falta grave.**

Diante da execução de uma única condenação, o legislador não impôs qualquer requisito adicional além dos estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>2</sup>.

Assim, a sentença penal condenatória não interrompe o lapso temporal para a obtenção de benefícios em sede de execução penal de um único crime.

A solução juridicamente adequada e que se coaduna com o sistema progressivo de cumprimento de pena previsto na LEP é a de que a sentença condenatória funciona como parâmetro acerca do *quantum* de pena que deverá ter sido cumprido para obtenção de benefícios relacionados à progressão de regime.

<sup>1</sup> Enunciado 716 da Súmula do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

<sup>2</sup> “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.”

- » Execução penal
  - » Execução das penas em espécie
    - » Penas privativas de liberdade

### **O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional<sup>1</sup>.**

A modificação legislativa realizada pela Lei 9.268/1996 no art. 51 do Código Penal (CP)<sup>2</sup>, referindo-se à multa como “dívida de valor”, não retirou desta o caráter de pena, de sanção criminal, e sequer poderia cogitar em fazê-lo. O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal (CF)<sup>3</sup>, ao cuidar da individualização da pena, faz menção expressa à multa, ao lado da privação da liberdade e de outras modalidades de sanção penal.

Por sua vez, a análise dos requisitos necessários para a progressão de regime não se restringe ao que é referido no art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>4</sup>, tendo em vista que outros elementos podem, e devem, ser considerados pelo julgador na tarefa de individualização da resposta punitiva do Estado, especialmente na fase executória. Afinal, tal como previsto na exposição de motivos à LEP, “a progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito”, “compreendido esse vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução”.

Nesse sentido, o julgador, atento às finalidades da pena e de modo fundamentado, está autorizado a lançar mão de outros requisitos, não necessariamente enunciados no art. 112 da LEP, mas extraídos do ordenamento jurídico, para avaliar a possibilidade de progressão no regime prisional, tendo como objetivo, sobretudo, o exame do merecimento do sentenciado.<sup>5 e 6</sup>

Circunstâncias brasileiras – como as limitações orçamentárias, a superlotação dos presídios e a existência de centenas de milhares de mandados de prisão à espera de cumprimento – fazem com que o sistema de cumprimento de penas e de progressão de regime entre nós seja menos severo do que o de outros países. Menos do que uma opção filosófica ou uma postura de leniência, trata-se de uma escolha política acerca da alocação de recursos, feita pelas instâncias representativas da sociedade e materializada na lei.

Todavia, especialmente em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos.

Assim, 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 modalidade autônoma de resposta penal expressamente concebida pela Constituição, nos termos do art. 5º, XLVI, c. Essa espécie de sanção penal exige cumprimento espontâneo por parte do apenado, independentemente da instauração de execução judicial.

É o que também decorre do art. 50 do CP<sup>7</sup>, ao estabelecer que “a multa deve ser paga dentro de 10 (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 e deve impedir a progressão de regime. Além disso, admitir-se o não pagamento da multa configuraria tratamento privilegiado em relação ao sentenciado que espontaneamente paga a sanção pecuniária.

Não bastasse essa incongruência lógica, a passagem para o regime aberto exige do sentenciado “autodisciplina e senso de responsabilidade” (LEP, art. 114, II<sup>8</sup>), o que pressupõe o cumprimento das decisões judiciais que se lhe aplicam. Tal interpretação é reforçada pelo que dispõe o art. 36, § 2º, do CP<sup>9</sup> e o art. 118, § 1º, da LEP<sup>10</sup>, que estabelecem a regressão de regime para o condenado que “não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta”. O deliberado inadimplemento da pena de multa sequer poderia ser comparável à vedada prisão por dívida, nos moldes do art. 5º, LXVII, da CF<sup>11</sup>, configurando apenas óbice à progressão no regime prisional.

A exceção admissível ao dever de pagar multa é a impossibilidade econômica absoluta de fazê-lo, ou seja, é possível a progressão se o sentenciado, veraz e comprovadamente, demonstrar sua absoluta insolvabilidade que o impossibilite até mesmo de efetuar o pagamento parcelado da quantia devida, como autorizado pelo art. 50 do CP.

A absoluta incapacidade econômica do apenado, portanto, deve ser devidamente demonstrada nos autos, inclusive porque a decisão condenatória fixa o *quantum* da sanção pecuniária especialmente em função da situação econômica do réu (CP,

art. 60<sup>12</sup>), como deve ser. A relativização dessa resposta penal depende de prova robusta por parte do sentenciado.

- 1 EP 12 AgR, rel. min. Roberto Barroso, P, *DJE* de 11-6-2015.
- 2 “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.”
- 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: (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”
- 4 “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.”
- 5 EP 22, rel. min. Roberto Barroso, P, *DJE* de 7-4-2016; e RHC 116.033, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, *DJE* de 22-4-2013.
- 6 Enunciado 26 da Súmula Vinculante: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”
- 7 “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. § 1º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. § 2º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.”
- 8 “Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; 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. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta Lei.”
- 9 “Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso

ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.”

- 10** “Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111). § 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.”
- 11** “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: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”
- 12** “Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.”

- » Execução penal
  - » Incidentes de execução
    - » Anistia e indulto

**O indulto da pena privativa de liberdade não alcança a pena de multa que tenha sido objeto de parcelamento espontaneamente assumido pelo sentenciado.**

A automática concessão do indulto da multa a condenado que tenha condições econômicas de quitá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio ou de sua família, constituiria, em última análise, injustificável descumprimento de decisão judicial e indesejável tratamento privilegiado em relação àqueles sentenciados que tempestivamente pagaram a sanção pecuniária.

Sendo o pagamento parcelado da multa e a permanência do sentenciado no regime aberto requisitos indispensáveis para a obtenção do benefício do indulto (Decreto 8.830/2014, art. 1º, XV<sup>1</sup>), não há como exonerar o sentenciado de continuar a honrar o acordo espontaneamente assumido. “Entender de modo diverso desprestigia o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que beneficiaria indevidamente quem adota comportamento contraditório”<sup>2</sup>.

Assim, a liberalidade contida no parágrafo único do art. 7º<sup>3</sup> do Decreto 8.380/2014 somente deve ser admitida na hipótese em que estiver comprovada a extrema carência econômica do condenado, que sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito. Essa interpretação mais restritiva leva em consideração: (i) o fato de que a pena de multa, embora convertida em dívida de valor, não perdeu seu caráter de sanção criminal, e o seu injustificado inadimplemento interfere no gozo dos benefícios da execução penal (como na progressão de regime); e (ii) o caráter essencialmente igualitário que permeia a concessão, pelo presidente da República, da clemência estatal.

<sup>1</sup> “Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...) XV – condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2014, não sejam superiores a oito anos,

se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;”

- 2 Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no presente julgamento.
- 3 “Art. 7º O indulto ou a comutação da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos alcança a pena de multa aplicada cumulativamente. Parágrafo único. A inadimplência da pena de multa cumulada com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos não impede a declaração do indulto ou da comutação de penas.”

- » Execução penal
  - » Incidentes de execução
    - » Anistia e indulto

**Poderá se dar *a posteriori* à publicação da norma a homologação judicial da aplicação de sanção por falta grave para obstar a comutação de pena.**

O art. 5º, *caput*, do Decreto 8.380/2014<sup>1</sup> limita-se a impor a homologação judicial da aplicação da sanção por falta grave, não exigindo que ela tenha de se dar nos doze meses anteriores a sua publicação<sup>2</sup>.

Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de não haver tempo hábil para a apuração de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto.

1 “Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.”

2 AP 512, rel. min. Ayres Britto, P, DJE de 20-4-2012; e HC 132.236, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, DJE de 27-9-2016.

DIREITO

DIRERITO  
TRIBUTÁRIO

# TRIBUTOS

DIREITO TRIBUTÁRIO

- » Tributos
- » Impostos
- » Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – Repercussão Geral

**O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.**

A tarifa de assinatura básica mensal não é serviço. É contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito, prestado pelas concessionárias de telefonia e consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS.

Existe um complexo sistema de redes e equipamentos para conferir ao usuário do serviço de telefonia fixa a possibilidade de originar e receber chamadas. É justamente o custo da manutenção desse complexo sistema que a cobrança de assinatura mensal visa remunerar. Ademais, é de se ressaltar que a manutenção do serviço ao usuário constitui, por si só, prestação efetiva desse serviço<sup>1</sup>.

O valor pago pela assinatura mensal da telefonia fixa é, sem dúvida, tarifa, e tem por objetivo custear a manutenção, o aperfeiçoamento e a expansão desse complexo sistema telefônico<sup>2</sup>.

O fato de a assinatura mensal dar ou não direito ao usuário de utilizar a franquia de minutos é irrelevante e não tem o condão de descaracterizar o serviço remunerado pelo valor da assinatura básica mensal como serviço de comunicação propriamente dito. Afinal, o que a Constituição da República autoriza os Estados e o Distrito Federal a tributar não é “propriamente o transporte transmunicipal, a comunicação ou quaisquer outros serviços, mas, sim, as prestações onerosas desses serviços.”<sup>3</sup> É legítima a incidência do ICMS-comunicação sobre o valor pago a título de tarifa de assinatura básica mensal, portanto.

Essa tarifa não se confunde com os serviços preparatórios e acessórios. Esses serviços, prestados pelas empresas de telefonia, também conhecidos como serviços intermediários de comunicação, tais como habilitação, instalação, disponibilidade,

assinatura (inicial), cadastro de usuário e equipamento, entre outros, configuram atividades-meio ou serviços suplementares. O valor pago por esses serviços é eventual e remunera serviço episódico; portanto, não incide ICMS sobre ele<sup>4</sup>.

- 1 Parecer do professor Carlos Ari Sunfeld em consulta feita pelas Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP-TELEFÔNICA).
- 2 Parecer do professor Paulo de Barros Carvalho em consulta feita pela Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX).
- 3 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 238.
- 4 RE 572.020, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P, *DJE* de 13-10-2014.

- » Tributos
- » Impostos
- » Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – Repercussão Geral

**É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida<sup>1</sup>.**

Uma interpretação restritiva do § 7º do art. 150 da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>, para fins de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, o qual é fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e contribuinte.

A razão precípua da constitucionalidade desse preceito é o princípio da praticidade, tendo em conta que esse dispositivo constitucional promove comodidade, economicidade e eficiência na execução administrativa das leis tributárias. No entanto, o princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

“Ao acrescentar na parte final no § 7º do art. 150 da Constituição o direito à restituição, o poder constituinte reformador pretendeu explicitar a inconstitucionalidade da cobrança de tributo quando não houve o fato gerador tal como presumido, determinando por isso a devolução. Caso se interpretasse que o direito à restituição existe somente nas hipóteses de inocorrência total do fato gerador, permaneceria a injustiça que o constituinte derivado buscou eliminar de forma expressa e estar-se-ia interpretando o dispositivo de maneira contrária à sua finalidade.”<sup>3</sup>

Portanto, a garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas exauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

Em suma, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, tendo em conta a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

Diante disso, foram declarados inconstitucionais o art. 22, § 10, da Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais<sup>4</sup> e o art. 21 do Regulamento do ICMS de Minas Gerais<sup>5</sup>,

aprovado pelo Decreto 43.080/2002, em razão de ofensa ao art. 150, § 7º, da CF. Logo, deve-se fixar interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da lei estadual e “a fato gerador presumido que não se realizou” no art. 22 do Regulamento do ICMS.

Dessa forma, fica superado parcialmente o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 1.851<sup>6</sup>. Na ação, o STF decidiu que a devolução deveria ocorrer apenas nas hipóteses em que o fato gerador não ocorresse.

Os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral<sup>7</sup>.

- 1 ADI 2.675, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 30-6-2017; e ADI 2.777, red. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, P, *DJE* de 30-6-2017.
- 2 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”
- 3 Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no presente julgamento.
- 4 “Art. 22. (...) § 10. Ressalvada a hipótese prevista nos §§ 11 e 12 deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: 1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo; 2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.”
- 5 “Art. 21. Ressalvada a situação em que o fato gerador presumido não se realizar, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: I – o contribuinte ou responsável sujeito ao recolhimento da diferença do tributo; II – o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.”
- 6 ADI 1.851, rel. min. Ilmar Galvão, P, *DJ* de 8-5-2002.
- 7 “Isso porque, está-se diante de uma hipótese de reescrita (*overriding*) de precedente. Ademais o § 3º do art. 927 do CPC/2015 assim dispõe: ‘Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.’”

- » Tributos
- » Impostos
  - » Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

**A falta de edição de lei complementar que estabeleça os critérios para compensar os Estados por conta das desonerações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações (Emenda Constitucional 42/2003) configura estado de inconstitucionalidade por omissão.**

No caso, existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>1</sup>, e uma omissão legislativa que já perdura por mais de dez anos e traz consequências econômicas relevantes, sobretudo em relação a determinados Estados-membros.

Com a Emenda Constitucional 42/2003, alterou-se a redação do art. 155, § 2º, X, a, da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup>, para remover completamente as exportações brasileiras do campo de incidência do ICMS. Essa nova disposição redefiniu os limites da competência tributária estadual, reduzindo-a, com o evidente escopo de induzir, pela via da desoneração, as exportações brasileiras. Em termos técnicos, ocorreu redução dos limites da competência tributária estadual; ou seja, essa desoneração deu-se em prejuízo de uma fonte de receitas públicas estaduais. Originariamente, os Estados e o Distrito Federal poderiam cobrar ICMS em relação às operações que destinassem produtos primários ao exterior. Agora não mais.

Então, se, de um lado, é certo que a modificação prestigia e incentiva as exportações em prol de toda a Federação, de outro, não é menos verdade que a nova regra afeta uma fonte de recursos dos Estados e traz consequências severas especialmente para aqueles que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários. Por isso, em contrapartida, para compensar a perda de arrecadação que naturalmente decorreria da desoneração das exportações imposta pela Emenda Constitucional 42/2003, esta estabeleceu, no art. 91 do ADCT, uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos Estados e do Distrito Federal.

Contudo, a necessária lei complementar, prevista no *caput* do art. 91 do ADCT, nunca foi editada, e, até hoje, segue sendo aplicada a regra – que deveria ser temporá-

ria – prevista no § 3º do art. 91. Permanece “vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31<sup>3</sup> e Anexo da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar 115, de 26 de dezembro de 2002”.

Cabe destacar que a existência de projetos de lei complementar tramitando no Congresso Nacional com o fito de regulamentar essa entrega dos recursos não é suficiente para afastar a inércia legislativa, passados mais de dez anos da promulgação da Emenda Constitucional 42/2003. A *inertia deliberandi* das casas legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>4</sup>.

Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados de forma relativamente precisa no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (CF, art. 66<sup>5</sup>), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da CF<sup>6</sup>, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.

Ademais, o fato de a Emenda Constitucional 42/2003 ter disposto critérios provisórios para o repasse (ADCT, art. 91, § 3º) não configura razão suficiente para afastar a omissão inconstitucional em questão. Ao contrário: o sentido de provisoriedade estampado no teor do § 2º do art. 91 só confirma a omissão do Congresso Nacional na matéria. Não tem o condão de convalidá-la<sup>7</sup>.

Diante disso, reconhece-se a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão.

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para a fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, *a*, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

- 1 “Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, *a*. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição. § 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar n. 115, de 26 de dezembro de 2002. § 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.”
- 2 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) X – não incidirá: a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;”
- 3 “Art. 31. Nos exercícios financeiros de 2003 a 2006, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar.”
- 4 ADI 3.682, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJE de 6-9-2007.
- 5 “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

6 “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.”

7 ADI 875, rel. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 30-4-2010.

**A vedação pela legislação estadual ao aproveitamento dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) gerados pela entrada de insumos tributados, quando o contribuinte faz opção pela tributação da saída das mercadorias com base de cálculo do imposto reduzida, não viola o princípio da não cumulatividade<sup>1</sup>.**

O princípio da não cumulatividade não confere direito absoluto e irrestrito com relação aos créditos escriturais do ICMS. Dessa forma, inexistente qualquer vedação a restrições quanto ao aproveitamento dos créditos financeiros apurados na aquisição de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento<sup>2</sup>.

A redução da base de cálculo do ICMS constitui isenção parcial, e não, como outrora se considerava, categoria autônoma em relação tanto à isenção quanto à não incidência<sup>3</sup>.

A norma prevista no inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal<sup>4</sup> ressalva que, nas hipóteses em que o contribuinte é favorecido com a concessão, pelo Fisco, dos benefícios fiscais da “isenção” e da “não incidência”, o direito ao creditamento do imposto pago nas operações anteriores é mitigado.

Nesses casos, o contribuinte somente pode se beneficiar dos créditos do ICMS, ainda que proporcionalmente ao benefício recebido, se expressamente prevista a possibilidade em legislação estadual, a teor do dispositivo constitucional citado.

Assim, concedido o benefício fiscal, fica obstado o crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, bem como anulado o crédito relativo às operações anteriores, salvo determinação em contrário na legislação.

<sup>1</sup> RE 584.023 AgR-EDv-AgR, rel. min. Celso de Mello, P, DJE de 12-12-2015.

<sup>2</sup> AI 856.339 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, DJE de 17-12-2015.

<sup>3</sup> RE 174.478 ED, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, DJE de 13-5-2010.

- 4 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;”

- » Tributos
- » Impostos
  - » Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

**É inconstitucional lei estadual<sup>1</sup> que, embora não tenha criado propriamente um novo benefício fiscal, ampliou unilateralmente programas de incentivo relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sem qualquer anuência dos demais Estados e do Distrito Federal.**

A concessão unilateral de benefícios fiscais em matéria de ICMS por Estado-membro, sem prévia aprovação em convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), viola o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal (CF)<sup>2</sup> e infringe os requisitos previstos na Lei Complementar 24/1975<sup>3</sup>, caracterizando hipótese típica de “guerra fiscal”<sup>4</sup>.

O art. 155, § 2º, XII, g, da CF confere à lei complementar a atribuição de “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

Por sua vez, a Lei Complementar 24/1975 deixa claro, no art. 1º, que a exigência de prévia celebração de convênio no Confaz aplica-se a “quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus”.

Inexiste na Constituição reserva de iniciativa do Poder Executivo para apresentar projeto de lei concernente a matéria tributária<sup>5</sup>, mesmo as que implicam renúncia de receita<sup>6</sup>, não havendo inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa (CF, art. 25<sup>7</sup>) em projeto de lei sobre essa matéria iniciado por parlamentar.

No mesmo sentido, não há afronta ao art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000)<sup>8</sup> se a lei estadual não amplia, em abstrato, a renúncia fiscal concedida pelos programas de incentivo, mas apenas reintegra ao programa os contribuintes desligados por terem desatendido às condições nele antes fixadas.

Embora, em regra, não se admita a modulação de efeitos da decisão em casos de lei estadual que incentive a guerra fiscal<sup>9</sup>, excepcionalmente se adota a modulação para que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex nunc*, sob pena de punir as empresas que a tenham cumprido, visto ter a lei estadual vigorado por muitos anos<sup>10</sup>.

- 1 Lei 15.054/2006 do Estado do Paraná, que restabelece benefícios fiscais relativos ao ICMS, cancelados no âmbito dos programas “Bom Emprego”, “Paraná Mais Emprego” e “Desenvolvimento Econômico, Tecnológico e Social do Paraná”.
- 2 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º O imposto previsto no inciso II 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 “Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.”
- 4 Precedentes: ADI 286, rel. min. Maurício Corrêa, P, DJ de 30-8-2002; ADI 1.247, rel. min. Dias Toffoli, P, DJE de 17-8-2011; ADI 4.152, rel. min. Cezar Peluso, P, DJE de 21-9-2011; ADI 2.549, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, DJE de 3-10-2011; ADI 3.936 MC, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJE de 9-11-2007; ADI 3.410, rel. min. Joaquim Barbosa, P, DJE de 8-6-2007; ADI 3.429, rel. min. Ayres Britto, P, DJ de 27-4-2007; ADI 3.312, rel. min. Eros Grau, P, DJE de 9-3-2007; e ADI 2.722, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJ de 19-12-2006.
- 5 Precedentes: ADI 724 MC, rel. min. Celso de Mello, P, DJ de 27-4-2001; ADI 2.464, rel. min. Ellen Gracie, P, DJE de 25-5-2007; e ADI 2.724, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJ de 2-4-2004.
- 6 Precedente: ARE 743.480 RG, rel. min. Gilmar Mendes, P, DJE de 20-11-2013.
- 7 “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. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”
- 8 “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetar as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orça-

mentárias; II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.”

9 ADI 3.794 ED, rel. min. Roberto Barroso, P, *DJE* de 25-2-2015.

10 ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, P, *DJE* de 19-5-2015.

- » Tributos
  - » Impostos
    - » Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)

**É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional<sup>1</sup>.**

Tal previsão<sup>2</sup> invade a competência da União para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III, *a*<sup>3</sup>). Isso caracteriza vício formal de inconstitucionalidade<sup>4</sup>.

Cabe destacar que “o art. 7º da Lei Complementar 116/2003 foi categórico ao considerar como base de cálculo o preço do serviço, sem nenhuma outra exclusão que não a definida em seu § 2º, I<sup>5</sup>: o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa. Logo, em alguns serviços relacionados a obras de construção civil, o valor dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço fica excluído da base de cálculo”<sup>6</sup>.

Assim, “a lei complementar, quando o quis, fez expressa exclusão de valores da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços (ISS). Não cabe, por conseguinte, cogitar de omissão, mas de silêncio eloquente do legislador nacional. Por isso, não há espaço para que os Municípios, a pretexto de detalhar aspectos não abordados pela lei nacional de Direito Tributário, subtraíam da base de cálculo do ISS aquilo que não foi expressamente autorizado pela Lei Complementar 116/2003”<sup>7</sup>.

Com efeito, “o preço do serviço, considerada a receita bruta, refere-se ao total do valor percebido, a título oneroso e em caráter negocial, pela prestação da atividade a terceira pessoa. A pessoa a quem se presta o serviço não é sujeito passivo do ISS, mas o prestador (Lei Complementar 116/2003, art. 5º)”<sup>8</sup>.

Diante disso, “os tributos federais que oneram a prestação do serviço são, independentemente do destinatário ou da qualificação contábil que se lhes dê, embutidos no preço do serviço e, por conseguinte, compõem a base de cálculo do tributo, por falta de previsão em contrário da lei complementar nacional”<sup>9</sup>.

**Também é incompatível com o texto constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante.**

Há violação do art. 88, I e II, do ADCT<sup>10</sup>, incluído pela Emenda Constitucional 37/2002, o qual fixou alíquota mínima para os fatos geradores do ISSQN, assim como vedou a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resultasse, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida<sup>11</sup>.

- 1 O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da norma impugnada (arts. 190, § 2º, II; e 191, § 6º, II, e § 7º, da Lei 2.614/1997, do Município de Estância Hidromineral de Poá) e determinou a modulação prospectiva dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a contar da data do deferimento da medida cautelar em 15-12-2015.
- 2 Lei 2.614/1997 do Município de Estância Hidromineral de Poá, na redação dada pelas Leis 3.269/2007 e 3.276/2007: “Art. 190. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta. (...) § 2º Não serão incluídos no preço do serviço: (...) II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência: a) Imposto de Renda de Pessoa Jurídica; b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido; c) PIS/PASEP; d) COFINS. Art. 191. A base de cálculo do Imposto Sobre Serviços é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta, a qual se aplica mensalmente a alíquota constante na Tabela XVI do artigo 184. (...) § 6º Não serão incluídos no preço do serviço: (...) II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência: a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica; b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido; c) PIS/PASEP; d) COFINS. § 7º Na prestação de serviço a que se refere o subitem 15.09 da Lista de Serviços não será incluído no preço do serviço o valor do bem, na proporção do valor arrendado.”
- 3 “Art. 146. Cabe à lei complementar: III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”
- 4 RE 567.935, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 4-11-2014; ADI 1.945 MC, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, *DJE* de 14-3-2011; e ADI 1.951 MC, rel. min. Nelson Jobim, P, *DJ* de 17-12-1999.
- 5 “Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. (...) § 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;”
- 6 Trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República adotado como razões de decidir.
- 7 *Idem*.

- 8 Idem.
- 9 Idem.
- 10 “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do *caput* do mesmo artigo: I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968; II – não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.”
- 11 Vide nota 2.

**As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), previsto no art. 156, III, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>.**

O dispositivo constitucional, ao referir-se a serviços de qualquer natureza, não os restringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o Direito Privado. O que se verifica é maior amplitude semântica do termo adotado pela Constituição Federal, a qual inevitavelmente leva à ampliação da competência tributária na incidência do ISSQN<sup>2</sup>.

O conceito de prestação de serviço, para efeito da incidência do tributo, está relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.

Ademais, por força do comando constitucional expresso no art. 156, III, reforçado pela prescrição da alínea *a* do inciso III do art. 146, c/c o inciso I do art. 146 da CF<sup>3</sup>, o constituinte remete à lei complementar a função de definir o conceito “de serviços de qualquer natureza”, o que é efetuado pela Lei Complementar 116/2003<sup>4</sup>.

**1** “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.”

**2** RE 547.245, rel. min. Eros Grau, P, DJ de 5-3-2010.

**3** “Art. 146. Cabe à lei complementar: I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”

- 4 “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...) 4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres. 4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário;”

**O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e da Cofins<sup>1</sup>.**

A parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento<sup>2</sup>, nem mesmo de receita, mas de simples ingresso de caixa. Assim, enquanto o montante de ICMS circula pela contabilidade dos sujeitos passivos das contribuições, eles apenas obtêm ingresso de caixa de valores que não lhes pertencem.

Em assim sendo, o montante de ICMS, nessas situações, não se incorpora ao patrimônio dos sujeitos passivos das contribuições, porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-membros ou do Distrito Federal.

Além disso, o mesmo ocorre especificamente com o contribuinte posicionado no meio da cadeia produtiva; pois, embora nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido (pelo sujeito passivo da obrigação tributária), ele será recolhido e também não constitui receita daquele contribuinte.

A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há que levar em consideração o conteúdo normativo do art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal<sup>3</sup>, ou seja, examinar a não cumulatividade a cada operação.

Nesse sentido, ainda que contabilmente o valor do ICMS seja escriturado, ele não se relaciona com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, em um sistema que se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.

Ademais, se o art. 3º, § 2º, I, *in fine*, da Lei 9.718/1998<sup>4</sup> excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados,

não há como excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

- 1 RE 240.785, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJE* de 16-12-2014.
- 2 RE 346.084, red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 6-2-2006; RE 358.273, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 6-2-2006; RE 357.950, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 6-2-2006; e RE 390.840, rel. min. Marco Aurélio, P, *DJ* de 6-2-2006.
- 3 “Art. 155. (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;”
- 4 “Art. 3º (...) § 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta: I – (...) o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.” (Revogado pela Lei 12.973/2014.)

**É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.**

A remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de elementos tributários essenciais. Para o respeito do princípio da legalidade (CF, art. 150, I<sup>1</sup>), é essencial que a lei (em sentido estrito) prescreva o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreu no caso em tela.

A ideia de legalidade, no tocante às contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, é de fim ou de resultado, notadamente em razão de a Constituição não ter traçado as linhas de seus pressupostos de fato ou o fato gerador.

Como nessas contribuições existe um quê de atividade estatal prestada em benefício direto ao contribuinte ou a grupo, é imprescindível uma faixa de indeterminação e de complementação administrativa de seus elementos configuradores, dificilmente apreendidos pela legalidade fechada<sup>2</sup>.

No entanto, a lei que autoriza os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar as anuidades devidas por pessoas físicas ou jurídicas não estabelece expectativas. Cria-se, assim, uma situação de instabilidade institucional ao deixar ao puro arbítrio do administrador o estabelecimento do valor da exação. Afinal, não há previsão legal de qualquer limite máximo para a fixação do valor da anuidade.

Diversamente, respeita o princípio da legalidade a lei que disciplina os elementos essenciais determinantes para o reconhecimento da contribuição de interesse de categoria econômica como tal e deixa espaço de complementação para o regulamento. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada, e o diálogo com

o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.

Diante disso, foi declarada a inconstitucionalidade material sem redução de texto do art. 2º da Lei 11.000/2004<sup>3</sup>, de forma a excluir de sua incidência a autorização para os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas fixarem as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, e, por arrastamento, da integralidade do seu § 1º.

Por fim, na esteira do assentado no RE 838.284 (*DJE* de 22-9-2017) e nas ADI 4.697 e ADI 4.762 (*DJE* de 30-3-2017), as inconstitucionalidades presentes na Lei 11.000/2004 não se estendem às Leis 6.994/1982 e 12.514/2011. Essas duas leis são constitucionais no tocante às anuidades devidas aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, haja vista que elas, além de prescreverem o teto da exação, realizam o diálogo com o ato normativo infralegal em termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade.

- 1 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”
- 2 RE 343.446, rel. min. Carlos Velloso, P, *DJ* de 4-4-2003; e RE 290.079, rel. min. Ilmar Galvão, P, *DJ* de 4-4-2003.
- 3 “Art. 2º Os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho. § 1º Quando da fixação das contribuições anuais, os Conselhos deverão levar em consideração as profissões regulamentadas de níveis superior, técnico e auxiliar.”

**São constitucionais os dispositivos da Lei 12.514/2011 que dizem respeito à fixação de anuidades devidas aos conselhos profissionais.**

Sob o aspecto formal, não há violação à reserva de lei complementar. Essa forma é dispensável para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais<sup>1</sup>.

Não procede a alegação de ausência de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à Medida Provisória 536/2011 e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral. Embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha afirmado, na ADI 5.127<sup>2</sup>, “não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apresentação”, tendo em vista que foi emprestada eficácia prospectiva ao julgamento dessa ação direta, os efeitos desse entendimento não se aplicam à medida provisória em questão.

Sob o aspecto material, a Lei 12.514/2011 observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física. Além disso, há diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social da pessoa jurídica contribuinte.

Não ocorre violação ao princípio da reserva legal. O diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/2011<sup>3</sup>.

No tocante à legalidade tributária estrita, é adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade.

Cabe lembrar que os conselhos profissionais são autarquias de índole federal<sup>4</sup> e, tendo em conta que a fiscalização deles envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se serem as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais tributos da espécie “contribuições de interesse das categorias profissionais”, nos termos do art. 149 da Constituição da República.<sup>5, 6 e 7</sup>

Diante disso, foi declarada a constitucionalidade dos arts. 3º<sup>8</sup>, 4º<sup>9</sup>, 6º<sup>10</sup>, 7º<sup>11</sup>, 8º<sup>12</sup>, 9º<sup>13</sup>, 10<sup>14</sup> e 11<sup>15</sup> da Lei 12.514/2011.

- 1 AI 739.715 AgR, rel. min. Eros Grau, 2ª T, *DJE* de 19-6-2009; e RE 451.915 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJ* de 1º-12-2006.
- 2 “Ementa: Direito constitucional. Controle de constitucionalidade. Emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei. Conteúdo temático distinto daquele originário da medida provisória. Prática em desacordo com o princípio democrático e com o devido processo legal (devido processo legislativo). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput* e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. **Em atenção ao princípio da segurança jurídica (arts. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantêm-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.” (Ementa da ADI 5.127, red. p/ o ac. min. Edson Fachin, *DJE* de 23-9-2016 – Sem grifos no original.)
- 3 “Art. 3º As disposições aplicáveis para valores devidos a conselhos profissionais, quando não existir disposição a respeito em lei específica, são as constantes desta Lei. Parágrafo único. Aplica-se esta Lei também aos conselhos profissionais quando lei específica: I – estabelecer a cobrança de valores expressos em moeda ou unidade de referência não mais existente; II – não especificar valores, mas delegar a fixação para o próprio conselho.”
- 4 MS 10.272, rel. min. Victor Nunes, P, *DJ* de 11-7-1963; e MS 22.643, rel. min. Moreira Alves, P, *DJ* de 4-12-1998.
- 5 “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; III – poderão ter alíquotas: a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita

bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. § 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. § 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.”

- 6 MS 21.797, rel. min. Carlos Velloso, P, DJ de 18-5-2001.
- 7 ADI 1.717, rel. min. Sydney Sanches, P, DJ de 28-3-2003.
- 8 “Art. 3º As disposições aplicáveis para valores devidos a conselhos profissionais, quando não existir disposição a respeito em lei específica, são as constantes desta Lei. Parágrafo único. Aplica-se esta Lei também aos conselhos profissionais quando lei específica: I – estabelecer a cobrança de valores expressos em moeda ou unidade de referência não mais existente; II – não especificar valores, mas delegar a fixação para o próprio conselho.”
- 9 “Art. 4º Os Conselhos cobrarão: I – multas por violação da ética, conforme disposto na legislação; II – anuidades; e III – outras obrigações definidas em lei especial.”
- 10 “Art. 6º As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de: I – para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais); II – para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e III – para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos: a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); R\$ 500,00 (quinhentos reais); b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); R\$ 1.000,00 (mil reais); c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais); d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); R\$ 2.000,00 (dois mil reais); e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais); R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); R\$ 3.000,00 (três mil reais); g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). § 1º Os valores das anuidades serão reajustados de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou pelo índice oficial que venha a substituí-lo. § 2º O valor exato da anuidade, o desconto para profissionais recém-inscritos, os critérios de isenção para profissionais, as regras de recuperação de créditos, as regras de parcelamento, garantido o mínimo de 5 (cinco) vezes, e a concessão de descontos para pagamento antecipado ou à vista, serão estabelecidos pelos respectivos conselhos federais.”
- 11 “Art. 7º Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.”
- 12 “Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Parágrafo único. O disposto no *caput* não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.”
- 13 “Art. 9º A existência de valores em atraso não obsta o cancelamento ou a suspensão do registro a pedido.”

- 14 “Art. 10. O percentual da arrecadação destinado ao conselho regional e ao conselho federal respectivo é o constante da legislação específica.”
- 15 “Art. 11. O valor da Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, prevista na Lei n. 6.496, de 7 de dezembro de 1977, não poderá ultrapassar R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Parágrafo único. O valor referido no *caput* será atualizado, anualmente, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou índice oficial que venha a substituí-lo.”

**Não viola a legalidade tributária lei que, prescrevendo o teto, possibilita ao ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.**

O princípio da reserva de lei não é absoluto. É possível haver maior ou menor abertura dos tipos tributários, dependendo da natureza e da estrutura do tributo a que se aplica.

Com relação às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, por força da ausência de exauriente e minuciosa definição legal dos serviços compreendidos, admite-se o especial diálogo da lei com os regulamentos na fixação do aspecto quantitativo da regra matriz de incidência.

A lei autorizadora deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.

Alguns critérios devem ser observados para aferir a constitucionalidade da norma regulamentar: “a) a delegação pode ser retirada daquele que a recebeu, a qualquer momento, por decisão do Congresso; b) o Congresso fixa *standards* ou padrões que limitam a ação do delegado; c) razoabilidade da delegação”<sup>1</sup>.

A razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração Pública, por estar estreitamente ligada à atividade estatal direcionada a contribuinte, conhecer da realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa, visando encontrar, com maior grau de proximidade (quando comparado com o legislador), a razoável equivalência do valor da exação com os custos que ela pretende ressarcir.

A taxa devida pela anotação de responsabilidade técnica, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei 6.994/1982<sup>2</sup>, insere-se nesse contexto.

Os conselhos de fiscalização, por estarem mais próximos da atividade-fim do que o legislador, podem complementar, com mais conhecimento e razoabilidade, o aspecto quantitativo da taxa de anotação de responsabilidade técnica. Esse quantitativo só não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.

1 RE 343.446, rel. min. Carlos Velloso, P, DJ de 4-4-2003.

2 “Art. 2º (...) Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às taxas referentes à Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, criada pela Lei n. 6.496, de 7 de dezembro de 1977, as quais poderão ser fixadas observado o limite máximo de 5 MRV [Maior Valor de Referência].”

**As taxas municipais de fiscalização e funcionamento não podem ter como base de cálculo o número de empregados ou ramo de atividade exercida pelo contribuinte.**

“A taxa é um tributo contraprestacional (vinculado) usado na remuneração de uma atividade específica, seja serviço ou exercício do poder de polícia e, por isso, não se atém a signos presuntivos de riqueza. As taxas comprometem-se tão somente com o custo do serviço específico e divisível que as motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida.”<sup>1</sup>

O número de empregados é um indício insuficiente para fundamentar maior demanda pelo serviço de fiscalização desempenhado pelo Estado.

Além disso, o critério da atividade exercida pelo contribuinte para se aferir o custo do exercício do poder de polícia desvincula-se do maior ou menor trabalho ou atividade que o poder público se vê obrigado a desempenhar.

Por fim, o valor da taxa deve refletir, tanto quanto possível, não apenas a intensidade do exercício do poder de polícia, mas também sua extensão e periodicidade<sup>2</sup>.

1 RE 554.951 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, DJE de 19-11-2013.

2 RE 220.316, rel. min. Ilmar Galvão, P, DJ de 29-6-2001.

# ÍNDICE DE TESES

## Direito Administrativo

### Atos administrativos

#### Mérito administrativo

##### Controle do mérito

É vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito de ato administrativo. .... 14

Aumento de vencimento legalmente concedido, com data predeterminada para início de eficácia, caracteriza aquisição de direito. .... 14

### Contratos administrativos

#### Execução dos contratos

##### Responsabilidade subsidiária da Administração – Repercussão Geral

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. .... 16

### Controle da Administração Pública

#### Controle judicial

##### Mandado de segurança – Repercussão Geral

Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei 10.559/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo. .... 19

Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de sessenta dias. .... 20

##### Mandado de segurança

A instauração de processo específico de anulação de anistia caracteriza ato impugnável capaz de, por si só, viabilizar impugnação pela via mandamental. .... 22

## Intervenção do Estado na propriedade

### Expropriação

#### Demonstração de culpa – Repercussão Geral

A expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal (CF) pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*. ..... 25

## Organização da Administração Pública

### Administração Indireta

#### Sociedades de economia mista

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. .. 28

#### Autarquias – Repercussão Geral

Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos conselhos de fiscalização não se submetem ao regime de precatórios. .... 30

## Processo administrativo

### Comunicação dos atos

#### Ciência do interessado

O termo inicial para a formalização de mandado de segurança pressupõe a ciência do impetrante, quando o ato impugnado surgir no âmbito de processo administrativo do qual seja parte. .... 32

Instruído o processo com documentos suficientes ao exame da pretensão veiculada na petição inicial, descabe suscitar a inadequação da via mandamental. ... 32

## Responsabilidade civil do Estado

### Responsabilidade objetiva

#### Estabelecimentos penitenciários – Repercussão Geral

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. .... 35

## Servidores públicos

### Concurso público

#### Regramento jurídico

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. .... 38

#### Regramento jurídico – Repercussão Geral

Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. .... 41

### Direitos e deveres

#### Direito de greve – Repercussão Geral

A Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do poder público. .... 44

### Regime jurídico

#### Jornada de trabalho

A jornada de trabalho dos ocupantes de cargos públicos do Poder Judiciário federal das áreas de medicina e odontologia é, respectivamente, de quatro (vinte horas semanais) e seis (trinta horas semanais) horas diárias. .... 47

### Regime próprio de previdência social

#### Aposentadoria compulsória – Repercussão Geral

Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal (CF), a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão. .... 48

Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional, inexistente óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça

no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para outro cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração. ....	49
<b>Aposentadoria</b>	
O cômputo do tempo de serviço como aluno-aprendiz exige a demonstração da efetiva execução do ofício para o qual recebia instrução, mediante encomendas de terceiros. ....	51
<b>Abono de permanência</b>	
A ocupação de novo cargo da magistratura dentro da estrutura do Poder Judiciário, pelo titular do abono de permanência, não implica a cessação do benefício. .	52
<b>Remuneração</b>	
<b>Acumulação de cargos públicos – Repercussão Geral</b>	
Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal (CF) pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. ....	54
<b>Acumulação de proventos e pensões</b>	
É legítima a acumulação de proventos civis e militares quando a reforma se deu sob a égide da Constituição Federal de 1967, e a aposentadoria ocorreu antes da vigência da Emenda Constitucional 20/1998. ....	56
<b>Servidores militares</b>	
<b>Curso de formação</b>	
O pedido de desligamento, uma vez completado o período de Escola Naval, gera para o Estado o direito à indenização, nos termos da Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares). ....	58
<b>Servidores temporários</b>	
<b>Regras para admissão – Repercussão Geral</b>	
É compatível com a Constituição Federal (CF) a previsão legal que exija o transcurso de 24 meses, contados do término do contrato, antes de nova admissão de professor temporário anteriormente contratado. ....	59

## Regras para admissão

São inconstitucionais dispositivos de lei estadual de iniciativa parlamentar que asseguraram a permanência dos servidores públicos admitidos em caráter temporário sem a prévia aprovação em concurso público. .... 61

## Particulares colaboradores

### Forma de provimento

É ilegítimo o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de permuta. .... 64

## Direito Ambiental

### Política nacional do meio ambiente

#### Princípios

##### Princípio da precaução – Repercussão Geral

No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009. .... 68

## Direito Civil

### Pessoas

#### Pessoas jurídicas

##### Associações

O art. 59 do Código Civil é compatível com a autonomia das entidades desportivas prevista no art. 217, I, da Constituição Federal. .... 72

### Direito de família

#### Direito pessoal

##### Relações de parentesco – Repercussão Geral

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede

o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. .... 74

#### Relações de parentesco

O direito de ter reconhecida a filiação biológica prevalece sobre a presunção legal de paternidade. .... 77

### Direito das sucessões

#### Sucessão legítima

##### Ordem da vocação hereditária – Repercussão Geral

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. .... 79

## Direito Constitucional

### Direitos e garantias fundamentais

#### Direitos e deveres individuais e coletivos

##### Direito de resposta

Inexiste decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade e sobre a regulamentação adequada para o exercício do direito de resposta hábil a justificar o cabimento da reclamação. .... 83

##### Liberdade de expressão religiosa

Não se revela ilícita, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. .... 85

##### Liberdade de exercício profissional

É constitucional a expressão “privativas”, contida no *caput* do art. 3º da Lei 8.234/1991, que regulamenta a profissão de nutricionista, respeitado o âmbito de atuação profissional das demais profissões regulamentadas. .... 86

##### Direito à informação

É garantido o amplo acesso a registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento do Superior Tribunal Militar (STM), públicas ou secretas, ocorridas na década de 1970. .... 88

## Devido processo legal

É necessária a observância da garantia do devido processo legal, em especial do contraditório e da ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência. .... 90

A inscrição do nome do Estado-membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência. .... 90

## Prisão civil por dívida

É inconstitucional dispositivo de lei federal que admite seja erigido à condição de “depositário infiel” aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor designado, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária. .... 92

É inconstitucional o ajuizamento de demanda que coage ao depósito da quantia devida com ou sem apresentação de contestação, sob pena de decretação de revelia (arts. 3º e 4º da Lei 8.866/1994). .... 93

## Direitos sociais

### Direito ao trabalho

É constitucional a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso dos bombeiros civis. .... 97

## Nacionalidade

### Perda da nacionalidade originária

Aquele que não ostenta mais a nacionalidade brasileira, por ter adquirido outra nacionalidade em situação que não se subsume às exceções previstas no art. 12, § 4º, da Constituição Federal (CF), pode ser extraditado pelo Brasil. .... 99

## Organização do Estado

### União

#### Bens da União

Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado. .... 101

#### Bens da União – Repercussão Geral

A Emenda Constitucional 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição Federal (CF), sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios. .... 102

### **Competência legislativa privativa**

É inconstitucional a instituição, por meio de lei estadual, de Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor como requisito para contratação com a Administração Pública. .... 105

É inconstitucional lei estadual que disponha sobre bloqueadores de sinal de celular em presídio. .... 107

É formalmente inconstitucional a lei estadual que regulamenta a cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado por serviços de estacionamento privado de veículos no Estado-membro. .... 109

### **Estados federados**

#### **Competência legislativa concorrente**

É constitucional lei estadual que declara em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça estadual. .... 112

É inconstitucional dispositivo de lei estadual que veda que o Estado-membro responda, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, tampouco responsabilize-se por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura. .... 112

É constitucional dispositivo de lei estadual que autoriza as empresas que facultativamente patrocinarem bolsas para a formação superior de professores a exigir dos beneficiários, em contrapartida, serviços na área educacional. .... 115

É inconstitucional a instituição unilateral, por meio de lei estadual, de benefício fiscal relativo a Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) à empresa patrocinadora de bolsas de estudo a professores. .... 116

### **Municípios**

#### **Competência legislativa suplementar**

O Município tem competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, quando se tratar de interesse local. .... 118

#### **Fiscalização do Município – Repercussão Geral**

Para os fins do art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas

de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos tribunais de contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores. .... 120

## Organização dos Poderes

### Poder Legislativo

#### Deputados e senadores

A suspensão do exercício do mandato de deputado federal pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de decisão cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato. .... 124

É lícita a adoção da votação nominal em parecer do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. .... 125

Não acarreta duplicidade o cômputo dos membros suplentes para o quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). .. 125

A competência das casas legislativas para decidir sobre a perda do mandato de congressista condenado criminalmente (art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal) não é absoluta. .... 127

### Fiscalização contábil, financeira e orçamentária

#### Tribunal de Contas

A ausência de participação de terceiros indiretamente afetados pelas determinações do Tribunal de Contas da União em auditoria realizada para apurar a gestão administrativa de órgão público não viola o direito ao contraditório (CF, art. 5º, LV). .... 129

Uma vez envolvida fiscalização linear exercida pelo Tribunal de Contas, presente o disposto no art. 71, IV, da Carta da República, inexistente campo para evocar-se a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999. .... 129

A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União (TCU) é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. .... 131

Configura usurpação de atribuição típica do Tribunal de Contas, preconizada no art. 71, II, da Constituição da República, atribuir à respectiva Assembleia Legislativa competência para julgar as contas do Poder Legislativo. .... 134

É inconstitucional a norma de Constituição estadual que dispensa apresentação de parecer prévio sobre as contas de chefe do Poder Executivo municipal a ser emitido pelo respectivo Tribunal de Contas estadual. .... 135

É permitida apenas uma recondução ao cargo de procurador-geral de Justiça. .... 135

A escolha do superintendente da Polícia Civil, pelo governador do Estado, circunscreve-se a delegados ou delegadas de polícia da carreira, independentemente do estágio de sua progressão funcional. .... 135

### **Tribunal de Contas – Repercussão Geral**

O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo, exclusivamente, à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo. .... 137

### **Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas**

Os membros do Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas (MPTCU) não possuem legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento de reclamação no Supremo Tribunal Federal. .... 141

### **Procuradoria especial dos Tribunais de Contas**

É constitucional a criação de procuradoria jurídica vinculada a Tribunal de Contas estadual, com a atribuição de assegurar em juízo a autonomia e a independência da Corte de Contas, bem como de exercer as funções de consultoria e assessoramento jurídico internos. .... 143

A procuradoria jurídica vinculada a Tribunal de Contas estadual não possui legitimidade ativa para a cobrança em juízo de multas aplicadas pela Corte de Contas. .... 143

## **Poder Executivo**

### **Responsabilidade do presidente da República**

O § 4º do art. 187 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) é compatível com a Constituição Federal (CF). .... 145

É vedado às unidades federativas instituir normas que condicionem a instauração de ação penal contra o governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispor,

fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo. .... 147

## **Poder Judiciário**

### **Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal (STF) é competente para julgar ação ordinária coletiva ajuizada contra o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quando a controvérsia versar sobre o alcance dos poderes deste órgão. .... 152

Não compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental. .... 153

O Supremo Tribunal Federal (STF) não possui competência originária para julgar ação na qual se discute o direito de magistrado de gozar de licença-prêmio. .... 155

### **Controle de constitucionalidade**

Os princípios constitucionais relacionados ao sistema financeiro e orçamentário, os princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (CF, art. 2º) e o regime constitucional de precatórios (CF, art. 100) podem ser utilizados como parâmetro de controle na arguição de descumprimento de preceito fundamental. .... 156

Na ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de revogação da lei – após a decisão de mérito – não enseja prejudicialidade da ação, por perda de objeto. ... 158

As associações que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional em cujo interesse vêm a juízo não possuem legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade. .... 160

É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ou em súmula deste Tribunal. .... 162

### **Controle de constitucionalidade – Repercussão Geral**

Não há usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) quando os tribunais de justiça exercem controle abstrato de constitucionalidade de leis

municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal (CF), desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. .... 164

O art. 39, § 4º, da CF não é incompatível com o pagamento de terço de férias e 13º salário. .... 164

### **Conselho Nacional de Justiça**

Não cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o controle de controvérsia submetida à apreciação do Poder Judiciário. .... 167

Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho. .... 169

### **Justiça Federal – Repercussão Geral**

Compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual. .... 172

Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres ameaçados de extinção e espécies exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. .... 174

### **Justiça comum**

Compete à Justiça comum julgar ação movida por trabalhador contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas regido por lei que instituiu o regime estatutário no âmbito do ente público, com o objetivo de receber diferenças salariais originadas no primeiro período que possuam reflexo no período posterior à transmutação de regime jurídico. .... 176

### **Justiça do Trabalho**

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar causa relativa a depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) de servidor que ingressou no serviço público antes da Constituição de 1988 sem prestar concurso. .... 178

<b>Justiça Militar</b>	
A competência penal da Justiça Castrense não se limita apenas aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, <i>ratione personae</i> . ....	179
<b>Tribunais e juízes dos Estados</b>	
É inconstitucional o art. 3º da Resolução TJ/TP/RJ 1/2014, do Plenário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que dispõe sobre regras de processo eleitoral no Poder Judiciário estadual. ....	180
<b>Funções essenciais à Justiça</b>	
<b>Ministério Público</b>	
Cabe ao procurador-geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do Ministério Público. ....	182
<b>Tributação e orçamento</b>	
<b>Sistema tributário nacional</b>	
<b>Princípios gerais – Repercussão Geral</b>	
A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim. ....	185
<b>Limitações do poder de tributar – Repercussão Geral</b>	
A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, <i>a</i> , da Constituição Federal (CF), não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese, é constitucional a cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) pelo Município. ....	187
Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar. ....	189
A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 20/1998. ....	192
Incide o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido à pessoa jurídica de direito privado devedora do tributo. ....	193

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal (CF) aplica-se ao livro eletrônico (*e-book*), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo. .... 195

A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido. .... 198

A imunidade da alínea *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988 alcança componentes eletrônicos destinados, exclusivamente, a integrar unidade didática com fascículos. .... 200

#### **Limitações do poder de tributar**

A imunidade tributária prevista no art. 150, IV, *a*, da Constituição Federal (CF) não alcança imóveis da União e das unidades federadas, cedidos para empreendimentos privados exploradores de atividade econômica com fins lucrativos. .... 201

#### **Repartição das receitas tributárias**

Não cabe à União criar, por meio de legislação ordinária, novos critérios de dedução e distribuição da receita arrecadada de impostos, em desacordo com o art. 159, I, *a*, da Constituição Federal (CF). .... 203

### **Finanças públicas**

#### **Orçamentos**

É assegurado ao Poder Judiciário estadual o direito de receber, até o dia vinte de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, sendo facultado ao Poder Executivo do Estado proceder ao desconto uniforme da Receita Corrente Líquida prevista na Lei Orçamentária Anual estadual em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos. .... 205

É constitucional a Lei federal 13.255, de 15 de fevereiro de 2016 (Lei Orçamentária Anual), em especial quanto às disposições em que são estipuladas as dotações orçamentárias destinadas à Justiça do Trabalho (Lei Orçamentária Anual de 2016, Anexo IV). .... 209

## **Ordem econômica e financeira**

### **Princípios gerais da atividade econômica**

#### **Livre iniciativa**

É inconstitucional lei estadual que impõe a existência de serviço de empacotamento em supermercados, sob pena de multa e interdição de estabelecimento. ... 213

#### **Ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre – Repercussão Geral**

Nos termos do art. 178 da Constituição Federal (CF), as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). ..... 215

## **Ordem social**

### **Seguridade social**

#### **Assistência social – Repercussão Geral**

Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal (CF), uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais. .... 221

### **Educação, cultura e esporte**

#### **Educação – Repercussão Geral**

A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização. .... 224

#### **Autonomia universitária**

É inconstitucional lei estadual de iniciativa parlamentar que determina que os escritórios de prática jurídica de universidade estadual mantenham plantão criminal para atendimento, nos finais de semana e feriados, dos hipossuficientes presos em flagrante delito. .... 228

### **Comunicação social**

#### **Regulação de diversões e espetáculos públicos**

É inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/1990. .... 230

### **Meio ambiente**

#### **Proteção da fauna**

Lei que regulamenta a atividade da vaquejada, manifestação cultural com ca-

racterísticas de entretenimento, é incompatível com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal (CF). ..... 233

## Direito Eleitoral

### Eleições

#### Propaganda eleitoral

##### Propaganda eleitoral no rádio e na televisão

Os candidatos aptos a participar de debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los. .... 237

São constitucionais os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997, que disciplinam a distribuição dos horários reservados à propaganda eleitoral gratuita nas emissoras de rádio e de televisão e nos canais de televisão por assinatura. .... 239

## Direito Empresarial

### Propriedade intelectual

#### Direitos autorais

##### Gestão coletiva

A mera rapidez no trâmite de projeto de lei para aprovação da Lei 12.853/2013, que alterou ou introduziu dispositivos na Lei 9.610/1998, ao reconfigurar o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, não configura inconstitucionalidade formal. .... 245

É legítima a promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais com o intuito de impedir práticas abusivas por entes intermediários. .... 245

As associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social. .... 246

São constitucionais as disposições acerca dos critérios de votação previstos na Lei 9.610/1998, que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. .. 247

É constitucional a habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órgão da Administração Pública Federal para a cobrança de direitos autorais. ..	248
São constitucionais as normas relativas à negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais (art. 98, §§ 3º e 4º) e ao prazo mínimo para comunicação da arrecadação pessoal de direitos por seus titulares (art. 98, § 15) previstas na Lei 9.610/1998. ....	248
É constitucional a criação de cadastro unificado de obras e dados autorais. ....	249
A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais é constitucional e deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas. ....	250
É constitucional dispositivo que incumbe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos. ....	250
É constitucional dispositivo que prevê a participação do Ministério da Cultura na prestação de contas pelas associações de gestão coletiva. ....	251
É constitucional dispositivo que determina que o ente arrecadador deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal. ..	251

## Direito Financeiro

### Dívida pública

#### Resgate

##### Requisitos

É constitucional condicionar o resgate antecipado de títulos da dívida pública emitidos em favor das instituições de ensino superior à satisfação de suas obrigações previdenciárias. ....	259
--	-----

## Direito Internacional

### Direito Penal Internacional

#### Cooperação internacional em matéria penal

##### Extradição

Em caso de reingresso de extraditando foragido, não é necessária nova decisão jurisdicional colegiada acerca da entrega, basta a emissão de ordem judicial pelo relator do processo. .... 262

A anuência do extraditando com o pedido do Estado requerente poderá surtir efeitos jurídicos para fins de deferimento da extradição, desde que essa possibilidade esteja prevista em norma convencional pertinente e obedeça às formalidades exigidas. .... 264

O recebimento do pedido de extradição não constitui causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, salvo disposição expressa em tratado específico..... 265

A prisão preventiva para fins de extradição executória não constitui causa interruptiva da prescrição da pretensão executória do Estado requerente. .... 265

A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição. .... 267

## Direito Penal

### Penas

#### Aplicação da pena

##### Fixação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal. .... 271

O condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b), caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis. ... 273

## Dosimetria da pena

Não é possível reconhecer o aumento da pena-base diante da culpabilidade reconhecida meramente por consciência da ilicitude. .... 274

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. .... 274

## Crimes contra o patrimônio

### Furto

#### Furto qualificado

No crime de furto (CP, art. 155), a circunstância “rompimento de obstáculo” deve ser utilizada alternativamente ou como qualificadora do crime ou como causa de aumento da pena. .... 276

#### Causa de aumento de pena

É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (CP, art. 155, § 4º). .... 277

## Crimes contra a dignidade sexual

### Crimes contra a liberdade sexual

#### Estupro

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na forma simples, têm caráter hediondo. .... 279

É admissível o reconhecimento de continuidade delitiva, de acordo com o caso concreto, nos casos previstos no art. 213 do CP. .... 279

### Crimes sexuais contra vulneráveis

#### Estupro de vulnerável

Para a configuração de estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de quatorze anos. .... 281

### Disposições gerais

#### Causa de aumento de pena

É juridicamente possível a majoração da pena privativa de liberdade imposta a bisavô de vítima, em razão da incidência da causa de aumento prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal (CP), considerada a figura do ascendente. .... 282

## Crimes contra a fé pública

### Falsidade ideológica

#### Elemento subjetivo do tipo

No crime de falsidade ideológica, as provas produzidas devem evidenciar que o acusado possui ciência inequívoca do conteúdo inverídico dos documentos que assina ou de que o faça com o objetivo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante. .... 284

## Crimes contra a Administração Pública

### Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

#### Peculato

É atípica a conduta de peculato por ato praticado por secretário parlamentar que efetivamente exerce a função pública referente ao cargo e auxilia o parlamentar em assuntos de interesse privado. .... 286

#### Concussão

No crime de concussão, não configura *bis in idem* a elevação da pena na primeira fase da dosimetria, visto que, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, dele se deveria exigir maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo ocupado. .... 288

## Legislação penal especial

### Lei 8.666/1993 – Licitações

Art. 89 – Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade

O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993. .... 291

A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isso, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador. .. 291

A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na peça acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso. .... 292

A ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993, leva à rejeição da denúncia. .... 294

#### **Lei 9.472/1997 – Lei de Telecomunicações**

##### **Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação**

A conduta de transmitir sinal de internet por radiofrequência sem autorização não configura crime de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 183). .... 295

Excepcionalmente, ante a constatação da irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a prática da conduta, em tese, subsumida ao art. 183 da Lei 9.472/1997 não deve ser resolvida na esfera penal, e sim nas instâncias administrativas. .... 296

#### **Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores**

##### **Art. 1º – Lavagem de bens, direitos ou valores**

O crime de lavagem de bens, direitos ou valores praticado na modalidade de ocultação (Lei 9.613/1998, art. 1º) tem natureza de crime permanente. .... 297

#### **Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas**

##### **Art. 33 – Tráfico de drogas – Repercussão Geral**

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal (CF). .... 299

##### **Art. 33 – Tráfico de drogas**

É irrelevante para a aplicação do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) se o agente infrator visa ou não comercializar drogas com os frequentadores de estabelecimento prisional. .... 302

A quantidade de drogas não pode, automaticamente, proporcionar o entendimento de que o agente faz do tráfico seu meio de vida ou integra organização criminosa. .... 303

Conhece-se do <i>habeas corpus</i> se flagrante a contradição entre a justificativa utilizada para negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a absolvição da acusação do crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35 do mesmo diploma legal. ....	302
É possível considerar a quantidade de droga apreendida para efeito de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º). ....	305
A quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. ....	306

## Direito Previdenciário

### Financiamento da seguridade social

#### Contribuição do produtor rural e do pescador

##### Contribuições para a seguridade social – Repercussão Geral

É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção. ....	309
--	-----

### Benefícios previdenciários

#### Aposentadorias

##### Desaposentação – Repercussão Geral

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. ....	313
---	-----

##### Aposentadoria por invalidez – Repercussão Geral

Os efeitos financeiros das revisões de aposentadoria concedidas com base no art. 6º-A da Emenda Constitucional 41/2003, introduzido pela Emenda Constitucional 70/2012, somente se produzirão a partir da data de sua promulgação (30-3-2012). ....	316
---	-----

## Direito Processual Civil

### Sujeitos do processo

#### Partes e procuradores

##### Deveres das partes e de seus procuradores

É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC), mesmo quando o advogado da parte recorrida não apresentar contrarrazões ou contraminuta. .... 321

### Execução

#### Das diversas espécies de execução

##### Execução contra a Fazenda Pública – Repercussão Geral

O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios, segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. .... 323

O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. .... 324

A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios. .... 330

Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório. .... 332

É válida a penhora em bens de pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão desta pela União, não devendo a execução prosseguir mediante precatório – Constituição Federal (CF), art. 100, *caput* e § 1º. .... 334

#### **Execução de alimentos**

A prisão por dívida de natureza alimentícia está ligada ao inadimplemento inescusável de prestação, não alcançando situação jurídica a revelar cobrança de saldo devedor. .... 337

### **Processos nos tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais**

#### **Ordem dos processos e processos de competência originária dos tribunais**

##### **Ação rescisória**

É cabível ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, contra decisão que viola literal disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). .... 339

##### **Reclamação**

A partir de 2-5-2017, data da publicação da ata do julgamento do Tema 246 da repercussão geral – que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 –, tornou-se inviável o manejo da reclamação constitucional com fundamento no julgado da ADC 16 – de mesmo objeto. .... 340

Só cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal (STF) por violação de tese fixada em repercussão geral após terem se esgotado todos os recursos cabíveis nas instâncias antecedentes. .... 342

#### **Recursos**

##### **Recurso extraordinário – Repercussão Geral**

O reconhecimento da repercussão geral no Plenário Virtual não impede sua rediscussão no Plenário físico, notadamente quando tal reconhecimento tenha ocorrido por falta de manifestações suficientes. .... 343

Não apresenta repercussão geral o tema relativo à competência para processar e julgar ação em que se discute pagamento de adicional de insalubridade a servidor público de ex-Território Federal ante a existência de convênio firmado entre a União e o Estado-membro para o qual foi cedido. .... 343

### **Agravo interno**

É admissível a juntada extemporânea de prova documental em recursos interpostos no Supremo Tribunal Federal (STF) quando estiver presente interesse público primário na lide. .... 344

### **Mandado de segurança**

#### **Legitimidade ativa**

O procurador-geral da República não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em que se questione decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva em processo administrativo disciplinar. .... 345

## **Tutela coletiva**

### **Sentença**

#### **Eficácia subjetiva da coisa julgada – Repercussão Geral**

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento. ... 348

## **Direito Processual Penal**

## **Processo em geral**

### **Ação penal**

#### **Denúncia**

Excepcionalmente, o momento de apreciação dos argumentos de defesa escrita pode ser deslocado para após o recebimento da denúncia. .... 353

A subordinação hierárquica dos envolvidos não significa a responsabilização criminal automática do prefeito. .... 353

A mera posição hierárquica dos acusados na titularidade da empresa de comunicação, sem a descrição da ação e sem elementos que evidenciem a vontade e consciência de praticar o crime imputado, inviabiliza o prosseguimento da ação penal. .... 355

## Competência

### Competência por conexão ou continência

O desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro “deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante”. ..... 356

### Competência pela prerrogativa de função

A existência concreta de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função nos diálogos interceptados impõe a remessa imediata ao Supremo Tribunal Federal (STF). ..... 358

Não há cogitar de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal quando a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior. .... 359

## Prova

### Disposições gerais

Na busca e apreensão, caso a autoridade responsável pela unidade administrativa entregue, de maneira espontânea e voluntária, computador de titularidade do ente público, tal ato revela-se compatível com a cláusula de reserva de jurisdição, ainda que sobressalente ao mandado judicial. .... 360

Não cabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos. .... 360

O procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. .... 361

A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente a infração penal diversa da investigada, deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais. .... 362

Apreensões de documentos realizadas em automóvel, por constituir típica busca pessoal, prescinde de autorização judicial, quando presente fundada sus-

peita de que nele estão ocultados elementos de prova ou qualquer elemento de convicção à elucidação dos fatos investigados, a teor do § 2º do art. 240 e art. 244 do Código de Processo Penal. ....	363
---	-----

**Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**

**Prisão cautelar**

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana. ....	365
--	-----

**Prisão preventiva**

A superveniência da sentença penal condenatória, que mantém a prisão preventiva com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário, não torna prejudicado o <i>habeas corpus</i> . ....	367
--	-----

Por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. ....	367
--	-----

O risco concreto da reiteração delitiva, invocado para garantir a ordem pública, deve ser contemporâneo ao decreto prisional. ....	367
--	-----

É incabível o decreto prisional ter como fundamento apenas a quebra do acordo de colaboração premiada. ....	369
---	-----

**Citações e intimações**

**Citações – Repercussão Geral**

É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362 do Código de Processo Penal. ....	371
---	-----

**Citações**

A antecipação da prova testemunhal configura medida necessária quando, considerando-se a gravidade do crime praticado, houver a possibilidade concreta de perecimento de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo. ....	373
--	-----

**Intimações**

É válida apenas a intimação da Defensoria Pública da União (DPU) ainda que o recurso especial tenha sido interposto pela Defensoria Pública estadual. ....	375
--	-----

## Processos em espécie

### Processo comum

#### Procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri

A retirada dos autos de prova considerada ilícita não exclui, necessariamente, as demais peças processuais que a ela façam referência. .... 377

## Nulidades e recursos em geral

### Nulidades

#### Nulidades relativas

Por mais caras que as prerrogativas da defesa e do advogado sejam ao sistema de garantias, de sua violação não decorre a automática absolvição do imputado. .... 380

O art. 2º da Lei 9.296/1996 não exige que sejam quebrados os dados cadastrais de todos os terminais interceptados previamente à interceptação. .... 381

### Recursos em geral

#### *Habeas corpus* e seu processo

O *habeas corpus* não é o meio adequado para discutir a suspensão de processo-crime sobre a prática da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de drogas para consumo pessoal). .... 382

O *habeas corpus* não é o meio adequado para buscar-se o reconhecimento do direito a visitas íntimas em estabelecimento prisional. .... 383

#### Disposições gerais

A ordem jurídica não contempla a interposição de recurso via *e-mail*. .... 384

## Execução penal

### Limite das penas

#### Benefícios da execução penal

O limite de trinta anos, enunciado no art. 75 do Código Penal (CP), não é considerado para o cálculo de benefícios da execução penal (Verbete 715 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). .... 386

### Trabalho

#### Trabalho interno

Excepcionalmente, pode ser considerado, para fins de remição da pena, o total de horas trabalhadas em jornada diária inferior a seis horas, quando houver determinação da administração do presídio. .... 387

## Execução das penas em espécie

### Penas privativas de liberdade

O marco inicial para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios executórios é a data da custódia cautelar. Essa data deve necessariamente ser computada desde que não ocorra condenação posterior apta a configurar falta grave. .... 388

O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. .... 389

### Incidentes de execução

#### Anistia e indulto

O indulto da pena privativa de liberdade não alcança a pena de multa que tenha sido objeto de parcelamento espontaneamente assumido pelo sentenciado. .... 393

Poderá se dar *a posteriori* à publicação da norma a homologação judicial da aplicação de sanção por falta grave para obstar a comutação de pena. .... 395

## Direito Tributário

### Tributos

#### Impostos

##### Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – Repercussão Geral

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário. .... 398

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. .... 400

##### Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

A falta de edição de lei complementar que estabeleça os critérios para compensar os Estados por conta das desonerações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações (Emenda Constitucional 42/2003) configura estado de inconstitucionalidade por omissão. .... 402

A vedação pela legislação estadual ao aproveitamento dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) gerados pela entrada de insumos tributados, quando o contribuinte faz opção pela tributação da saída das mercadorias com base de cálculo do imposto reduzida, não viola o princípio da não cumulatividade. .... 406

É inconstitucional lei estadual que, embora não tenha criado propriamente um novo benefício fiscal, ampliou unilateralmente programas de incentivo relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sem qualquer anuência dos demais Estados e do Distrito Federal. .... 408

#### **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)**

É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. .... 411

Também é incompatível com o texto constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante. .... 412

#### **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) – Repercussão Geral**

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), previsto no art. 156, III, da Constituição Federal (CF). .... 414

### **Contribuições**

#### **Contribuições para a seguridade social – Repercussão Geral**

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e da Cofins. .... 416

#### **Contribuições profissionais – Repercussão Geral**

É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título

de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos. .... 418

#### **Contribuições profissionais**

São constitucionais os dispositivos da Lei 12.514/2011 que dizem respeito à fixação de anuidades devidas aos conselhos profissionais. .... 420

#### **Taxas**

##### **Ato normativo infralegal – Valor da taxa – Repercussão Geral**

Não viola a legalidade tributária lei que, prescrevendo o teto, possibilita ao ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos. .... 424

##### **Taxa de fiscalização e funcionamento**

As taxas municipais de fiscalização e funcionamento não podem ter como base de cálculo o número de empregados ou ramo de atividade exercida pelo contribuinte. .... 426

Este livro foi produzido na Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, vinculada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal. Foi projetado por Eduardo Franco Dias e composto por Camila Penha Soares. A capa foi criada por Roberto Hara Watanabe.

A fonte é a Dante MT Std, projetada nos anos 1950 por Giovanni Mardersteig, influenciado pelos tipos cunhados por Francesco Griffó entre 1495 e 1516, e editada em versão eletrônica por Ron Carpenter em 1993.

O livro foi concluído em 25 de julho de 2018.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL