



TESES E FUNDAMENTOS

BOLETIM DE ACÓRDÃOS PUBLICADOS



TESES E FUNDAMENTOS
BOLETIM DE ACÓRDÃOS PUBLICADOS

Este Boletim contém resumos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Elaborado a partir de acórdãos publicados no mês de referência, e cujo julgamento tenha sido noticiado no Informativo STF, o periódico traz os principais fundamentos e conclusões dos julgados.

A fidelidade deste trabalho ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas almejadas, apenas poderá ser aferida pela leitura integral do inteiro teor publicado no Diário da Justiça Eletrônico.

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	9
PRAZO DA CONCESSÃO	
PRORROGAÇÃO CONTRATUAL	
ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	
EMPRESAS PÚBLICAS	
SERVIDORES PÚBLICOS	10
CONCURSO PÚBLICO	
NOMEAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL	
SERVIDORES PÚBLICOS	11
CONCURSO PÚBLICO	
REGRAMENTO JURÍDICO	
SERVIDORES PÚBLICOS.....	11
DIREITOS E DEVERES	
DIREITO DE GREVE – REPERCUSSÃO GERAL	
SERVIDORES PÚBLICOS.....	12
REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL	
APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – REPERCUSSÃO GERAL	
SERVIDORES PÚBLICOS	13
REMUNERAÇÃO	
REAJUSTE	
SERVIDORES PÚBLICOS.....	13
SERVIDORES TEMPORÁRIOS	
REGRAS PARA ADMISSÃO	

DIREITO CIVIL

DIREITO DAS SUCESSÕES	15
SUCESSÃO LEGÍTIMA	
ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA – REPERCUSSÃO GERAL	

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	17
DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO	
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	18
DIREITOS SOCIAIS	
DIREITO DE GREVE	
ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	19
ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA	
CRIAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIOS	
ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	19
UNIÃO	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA	
ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	20
UNIÃO	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA	
ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	20
UNIÃO	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA	
ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	21
ESTADOS FEDERADOS	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	22
PODER LEGISLATIVO	
PROCESSO LEGISLATIVO	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	22
FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA	
TRIBUNAL DE CONTAS	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	23
PODER EXECUTIVO	
RESPONSABILIDADE DOS GOVERNADORES DE ESTADO-MEMBRO	

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	25
PODER EXECUTIVO	
RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	26
PODER JUDICIÁRIO	
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	26
PODER JUDICIÁRIO	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	28
PODER JUDICIÁRIO	
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	28
PODER JUDICIÁRIO	
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	28
PODER JUDICIÁRIO	
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	29
PODER JUDICIÁRIO	
JUSTIÇA COMUM FEDERAL	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	29
PODER JUDICIÁRIO	
JUSTIÇA MILITAR	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	29
PODER JUDICIÁRIO	
JUSTIÇA COMUM	
ORGANIZAÇÃO DOS PODERES.....	30
FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA	
MINISTÉRIO PÚBLICO	
TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO	30
SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	
LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR	
TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO	31
SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	
LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR – REPERCUSSÃO GERAL	
TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO	32
SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	
REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS – REPERCUSSÃO GERAL	

TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO	33
SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	
REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS	
ORDEM SOCIAL.....	34
SAÚDE	
PLANOS DE SAÚDE	
ORDEM SOCIAL	37
SAÚDE	
ASSISTÊNCIA À SAÚDE – REPERCUSSÃO GERAL	
ORDEM SOCIAL	38
EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO	
EDUCAÇÃO	
ORDEM SOCIAL	39
EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO	
EDUCAÇÃO	
ORDEM SOCIAL.....	40
COMUNICAÇÃO SOCIAL	
REGULAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES	

DIREITO INTERNACIONAL

DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	49
CRIMES CONTRA A HUMANIDADE	
SEQUESTRO	

DIREITO PENAL

PENAS.....	50
APLICAÇÃO DA PENA	
CRIME CONTINUADO	
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	50
PRESCRIÇÃO	
TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL	
CRIMES CONTRA A PESSOA	51
CRIMES CONTRA A VIDA	
HOMICÍDIO	
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	51
CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	
ESTUPRO	

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	52
CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL	
DESACATO	
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL	
DESCAMINHO	
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
CRIMES PRATICADOS PELO PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL	
DESCAMINHO	
LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL.....	54
LEI 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	
ART. 12, I – CAUSA DE AUMENTO DE PENA	
LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL.....	55
LEI 8.666/1993 – LICITAÇÕES	
CRIMES E PENAS (ART. 89 E ART. 90)	
LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL.....	56
LEI 11.340/2006 – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	
ART. 41 – INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/1995	

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EXECUÇÃO.....	57
DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO	
EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	
EXECUÇÃO.....	58
DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO	
EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	
PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS.....	58
ORDEM DOS PROCESSOS E PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS	
RECLAMAÇÃO	

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROCESSO EM GERAL.....	59
INQUÉRITO POLICIAL	
ARQUIVAMENTO	
PROCESSO EM GERAL.....	59
AÇÃO PENAL	
DENÚNCIA	

PROCESSO EM GERAL.....	60
AÇÃO PENAL	
DENÚNCIA	
PROCESSO EM GERAL.....	62
COMPETÊNCIA	
COMPETÊNCIA POR CONEXÃO OU CONTINÊNCIA	
PROCESSO EM GERAL.....	62
PROVA	
DISPOSIÇÕES GERAIS	
PROCESSO EM GERAL.....	63
PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA	
PRISÃO PREVENTIVA	
PROCESSOS EM ESPÉCIE	63
PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI	
ACUSAÇÃO E DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR	
PROCEDIMENTO ESPECIAL	64
LEI 12.850/2013 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	
ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	
PROCEDIMENTO ESPECIAL	64
LEI 12.850/2013 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	
ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	
NULIDADES E RECURSOS EM GERAL.....	67
RECURSOS EM GERAL	
EMBARGOS	
NULIDADES E RECURSOS EM GERAL.....	68
RECURSOS EM GERAL	
HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO	
NULIDADES E RECURSOS EM GERAL.....	68
RECURSOS EM GERAL	
HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO	
EXECUÇÃO PENAL.....	69
EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE	
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	
EXECUÇÃO PENAL.....	70
EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE	
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	
EXECUÇÃO PENAL.....	70
ESTABELECIMENTOS PENAIS	
TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO	

DIREITO TRIBUTÁRIO

TRIBUTOS	71
IMPOSTOS	
IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)	
TRIBUTOS	71
IMPOSTOS	
IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) – REPERCUSSÃO GERAL	
TRIBUTOS	72
IMPOSTOS	
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)	
TRIBUTOS	73
CONTRIBUIÇÕES	
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – REPERCUSSÃO GERAL	
EXECUÇÃO FISCAL.....	73
FORMALIDADES E PROCEDIMENTO	
CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA	

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

PRAZO DA CONCESSÃO

PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

Inexiste direito líquido e certo à prorrogação contratual do contrato de concessão de usina hidrelétrica.

É da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa. Essa natural discricionariedade na realização ou não da prorrogação contratual cede apenas ao interesse público, bem como encontra razão de ser na própria finalidade da licitação¹.

A regra é a contratação ter um termo predefinido – prazo contratual –, cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.

Um contrato de concessão de serviços públicos, a teor do art. 175 da Constituição Federal², firmado a partir de certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais. Desse modo, o encerramento do contrato ocorre no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste.

É incongruente com a natureza da prorrogação contratual, portanto, a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato,

¹ “Quando a lei se refere à licitação como forma de garantir a isonomia, encontra-se pressuposta a igualdade de oportunidades e, portanto, a ocorrência periódica de certames, o que define a delimitação temporal dos ajustes firmados com o Estado. De igual modo, ao se referir à vantajosidade, quer a lei ressaltar que o caráter competitivo que é estabelecido pela licitação é salutar ao interesse público, o que, novamente, traduz a intenção da legislação de criar mecanismos de renovação periódica da contratação. Por fim, ao dispor que a licitação tem por finalidade a ‘promoção do desenvolvimento nacional sustentável’, traçou a lei o ideal a ser alcançado com a contratação e, de igual modo, com sua renovação. Trata-se, ressalte-se, de critério volátil, que pode sofrer modificação entre a data de formalização do ajuste e a data de sua eventual

como também é incoerente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual.

Prorrogação é instrumento autorizado pela lei, nunca imposto. Sua realização não poderia, em nenhuma hipótese, ser antecipada, máxime ao ato inicial de formalização do contrato. Ela pressupõe atendimento ao interesse público.

Essa regra é ainda mais pertinente quando se trata de contrato de concessão de energia elétrica, em que a prorrogação se estabelece por décadas, a exigir da Administração ainda maior atenção na análise de seu interesse na renovação.

Admitir o raciocínio contrário implicaria imposição de renovação contratual sem margem alguma de discricionariedade administrativa. Seria o mesmo que conceder ao concessionário posição de supremacia sobre a Administração, o que é um contrasenso com os princípios e postulados administrativos. No mesmo passo, seria conferir à cláusula de prorrogação contratual a natureza de verdadeira cláusula exorbitante em favor do concessionário, o que não se coaduna com a natureza desse instituto.

Embora todo contrato administrativo tenha um prazo definido sobre o qual se perfaz o equilíbrio da relação contratual, não há que cogitar de sua incidência na prorrogação contratual, que pode se dar sob novos termos se assim definido em lei.

O princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que assegura a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato, se aplica pelo período de vigência do ajuste.

Com efeito, a novel legislação, surgida no curso do contrato, deve respeitar as disposições desse contrato de caráter econômico até seu termo final³. Entretanto, esse mandamento não é afrontado caso a Administração Pública faça incidir as novas regras

prorrogação, o que pode, desse modo, também justificar a opção pela não prorrogação do contrato.” (Trecho do voto do ministro Dias Toffoli no julgamento do [RMS 34.203](#).)

² CF, 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: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

³ Precedente: [ADI 1.746](#), rel. min. Marco Aurélio, P.

apenas para fins de prorrogação do contrato.

Nessa hipótese, o concessionário está livre para aceitar ou não os novos termos contratuais, sem haver, entretanto, violação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato por alteração legal prevista para incidir após o término do prazo de ajuste.

[RMS 34.203](#), rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 20-3-2018. ([Informativo 885](#), Segunda Turma)

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

EMPRESAS PÚBLICAS

É incabível aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no art. 100 da Constituição Federal (CF)⁴.

Mostra-se incongruente considerar bens integrantes do patrimônio de empresas públicas, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, como bens públicos, gozando das vantagens decorrentes. Tal óptica subverte a organicidade do Direito ao implementar ao acessório e ao principal regimes jurídicos diversos.

A par desse aspecto, há de ser observada a determinação do art. 173, § 1º, II, da CF⁵, o qual submete a empresa pública ao regime jurídico próprio das empresas privadas, no que incluídos os direitos e as obrigações civis, comerciais, tributárias e trabalhistas.

Ademais, descabe a fixação de honorários recursais, previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil⁶, quando se tratar de recurso formalizado no curso de processo cujo rito os exclua.

[RE 851.711 ED-AgR-AgR](#), rel. min. Marco Aurélio, *DJE* de 10-4-2018. ([Informativo 888](#), Primeira Turma)

⁴ CF, 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.”

⁵ CF, 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

SERVIDORES PÚBLICOS

CONCURSO PÚBLICO

NOMEAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL

A nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação.

Não há liame imediato entre a conduta da Administração e o alegado prejuízo. Por se tratar de responsabilidade civil do Estado, a conduta deve revelar o dano ao particular de forma direta.

A promoção ou progressão funcional não se resolve unicamente mediante o cumprimento de requisito temporal, pressupondo a aprovação em estágio probatório e a confirmação no cargo, bem assim o preenchimento de outras condições previstas em lei. Apenas se pode verificar o atendimento a esses pressupostos após a formalização do vínculo hierárquico-funcional do cidadão com a Administração.

Somente considerado o desempenho do agente, por meio de atuação concreta a partir da entrada em exercício, é possível alcançar a confirmação do cargo, bem assim a movimentação funcional.

[RE 629.392](#), rel. min. Marco Aurélio, *DJE* de 1º-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 454](#). ([Informativo 868](#), Plenário)

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;”

⁶ CPC, 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.”

SERVIDORES PÚBLICOS

CONCURSO PÚBLICO

REGRAMENTO JURÍDICO

Não compete ao Conselho Nacional de Justiça examinar o conteúdo de questões formuladas em provas de concursos públicos, nem avaliar seus critérios de correção.

Não cabe ao Judiciário substituir a comissão de concurso na valoração do conteúdo das questões formuladas e dos critérios de correção⁷. Excepcionalmente, é permitido o juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame.

A ausência de oportunidade de manifestação dos interessados na apuração de supostas irregularidades de concurso público, em sede de controle administrativo, viola o devido processo legal.

Assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da garantia constitucional do devido processo legal, independentemente de previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos estatais, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A abrangência da cláusula constitucional do devido processo legal compreende o direito à prova. Assim, o fato de o poder público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção pelo órgão competente de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa⁸.

Não é possível anular concurso público com base em mera presunção de favorecimento a candidatos por parte da banca examinadora.

A decisão que aponta a ocorrência de favorecimento a ensejar a anulação de concurso público

⁷ Precedente: [RE 632.853](#), rel. min. Gilmar Mendes, P.

⁸ Precedente: [RMS 28.517 Agr](#), rel. min. Celso de Mello, 2ª T.

⁹ Precedente: [MI 670](#), red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P.

¹⁰ Precedente: “6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO DO

deve demonstrar a incidência desse fator. A mera existência de relação de amizade ou afetiva entre integrantes do órgão ou entidade que realiza o certame e participante deste não implica irregularidade, uma vez que a Constituição garante a participação de todos em concursos públicos, direito subjetivo assegurado aos cidadãos, em geral, desde que atendidos os requisitos legais.

[MS 28.775](#), red. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, DJE de 9-3-2018.

([Informativo 882](#), Segunda Turma)

SERVIDORES PÚBLICOS

DIREITOS E DEVERES

DIREITO DE GREVE — REPERCUSSÃO GERAL

A Justiça comum federal ou estadual é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público.

A natureza das atividades efetivamente desempenhadas pela categoria profissional é o elemento preponderante para a definição do regramento aplicável em caso de greve dessa categoria, mesmo na hipótese em que o vínculo com a Administração é regulado pelo Direito do Trabalho.

A essencialidade do serviço público prestado e a necessidade de garantias para a sua continuidade não se relacionam diretamente com a natureza do vínculo existente entre servidores e poder público. A análise do prejuízo decorrente da paralisação das atividades realizadas pelos servidores públicos não será influenciada pelo fato de serem servidores celetistas ou estatutários. Na verdade, a própria extensão das regras do regime celetista aos servidores públicos (estatutários) demonstra que, para efeito de greve, são situações intercambiáveis.

Dessa forma, reconhecida a essencialidade das atividades desempenhadas pelos servidores públicos, não há por que excetuá-los da regra de competência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção 670,⁹ e ¹⁰ mesmo em se tratando de servidores contratados pelo Estado sob o

TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS N. 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos

regime celetista.

[RE 846.854](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, DJE de 7-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 544](#). ([Informativo 871](#), Plenário)

servidores públicos civis da Lei n. 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de serem de ‘serviços ou atividades essenciais’ (Lei n. 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei n. 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, *a*, da Lei n. 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei n. 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido

SERVIDORES PÚBLICOS

REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA — REPERCUSSÃO GERAL

Não se aplica a aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal (CF) aos titulares de serventias judiciais não estatizadas, desde que não sejam ocupantes de cargo público efetivo e não recebam remuneração proveniente dos cofres públicos.

O art. 40, § 1º, II¹¹, da CF estabelece que a aposen-

provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei n. 7.783/1989, *in fine*). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.” (MI 670, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P.)

¹¹ CF, 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.”

tadoria compulsória será aplicada apenas aos servidores titulares de cargo efetivo, abrangidos pelo Regime Próprio de Previdência Social. Não se aplica a aposentadoria compulsória pelo implemento de idade a titulares de serventias extrajudiciais por algumas razões, entre elas o fato de não serem servidores públicos titulares de cargo efetivo¹².

Assim, cabe estender aos titulares de serventia judicial não estatizada remunerados, exclusivamente, por custas e emolumentos o mesmo tratamento conferido aos titulares de foro extrajudicial, tendo em vista a similitude das relações jurídicas. Afinal, ambos exercem atividade privada em colaboração com o poder público.

[RE 647.827](#), rel. min. Gilmar Mendes, *DJE* de 1º-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 571](#). ([Informativo 854](#), Plenário)

SERVIDORES PÚBLICOS

REMUNERAÇÃO

REAJUSTE

A decisão judicial que considera procedente o pedido de incorporação de reajuste de 13,23%, indistintamente, a servidor público federal afronta o Enunciado 37 da Súmula Vinculante¹³.

As Leis 10.697/2003 e 10.698/2003 tratam de diferentes aspectos da estrutura remuneratória dos servidores públicos federais. A Lei 10.697/2003 concedeu reajuste de 1% nas remunerações e subsídios. A Lei 10.698/2003, por sua vez, instituiu Vantagem Pecuniária Individual (VPI), devida aos servidores públicos federais ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, fixada em valor absoluto. São parcelas distintas.

A instituição de VPI em valor absoluto supostamente representaria aumento linear que beneficiaria em maior proporção os servidores públicos federais com remunerações mais baixas. Com o objetivo de corrigir essa alegada distorção, esse valor fixo

¹² Precedente: [ADI 2.602](#), red. p/ o ac. min. Eros Grau, P.

¹³ Enunciado 37 da Súmula Vinculante: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

¹⁴ Fundamentos extraídos do voto do ministro Roberto Barroso no julgamento da [Rcl 24.965 AgR](#).

¹⁵ CF, 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

pode ser interpretado judicialmente como um percentual relativo à menor remuneração de servidor público federal na data de promulgação da lei (13,23%). Assim, o reajuste de 1% (Lei 10.697/2003), somado à VPI (Lei 10.698/2003), é transformado, por decisão judicial, em um reajuste de 13,23% e aplicado em benefício de parte interessada, desde que receba remuneração mais elevada.

Esse reajuste de 13,23%, todavia, não tem fundamento na Lei 10.698/2003, de modo que o Judiciário, ao concedê-lo, com base no princípio da isonomia, atua como legislador positivo.

A superveniência da Lei 13.317/2016, que incorporou a VPI à remuneração dos servidores federais, não altera essa conclusão. A norma limitou-se a determinar que a VPI e outras parcelas remuneratórias dela originadas, deferidas por decisão administrativa ou judicial, fossem absorvidas por aumentos de vencimento então concedidos¹⁴.

[Rcl 24.965 AgR](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 30-4-2018. ([Informativo 886](#), Primeira Turma)

SERVIDORES PÚBLICOS

SERVIDORES TEMPORÁRIOS

REGRAS PARA ADMISSÃO

São inconstitucionais a autorização legislativa genérica para contratação temporária e a permissão de prorrogação indefinida do prazo de contratações temporárias.

A Constituição Federal (CF) é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (CF, art. 37, II¹⁵). A exceção prevista no art. 37, IX¹⁶, da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos

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;”

¹⁶ CF, art. 37. “(...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

vínculos contratuais.¹⁷

Diante disso, foi declarado inconstitucional o art. 264, VI e § 1º, parte final¹⁸, da Lei Complementar 4/1990 do Estado de Mato Grosso, com a redação conferida pela Lei Complementar 12/1992, com efeitos *ex nunc*, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até doze meses da publicação da ata de julgamento (31-3-2017.)

[ADI 3.662](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, DJE de 25-4-2018.

([Informativo 858](#), Plenário)

¹⁷ Precedente: [RE 658.026](#), rel. min. Dias Toffoli, P, repercussão geral, [Tema 612](#).

¹⁸ Lei Complementar 4/1990 do Estado de Mato Grosso, art. 264. “Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a: (...) VI – atender a outras situações motivadamente de urgência. § 1º As contratações de que trata este

artigo terão dotação específica e não poderão ultrapassar o prazo de 06 (seis) meses, exceto nas hipóteses dos incisos II, IV e VI, cujo prazo máximo será de 12 (doze) meses, e inciso V, cujo prazo máximo será de 24 (vinte e quatro) meses, prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público.”

DIREITO CIVIL

DIREITO DAS SUCESSÕES

SUCESSÃO LEGÍTIMA

ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA – REPERCUSSÃO GERAL

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil¹⁹.

De acordo com o art. 1.790, III²⁰, do Código Civil, na hipótese de um companheiro falecer sem deixar testamento e sem possuir descendentes ou ascendentes, mas apenas irmãos, o direito sucessório do companheiro vivo limita-se a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais serão recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, caso o companheiro fosse casado com o falecido, teria direito à totalidade da herança.

Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende a participação da família na formação de seus membros, existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Por isso, a Constituição Federal de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado.

Especificamente no que diz respeito ao regime sucessório da união estável, as leis civis foram, progressivamente, concretizando aquilo que a Constituição já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios. Afinal, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna.

O Código Civil, entretanto, trouxe dois regimes

sucessórios diversos: um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. O cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário, o que não ocorreu com o companheiro. O regramento do Código restringe a participação hereditária do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em relação aos quais o companheiro já possuía meação. A regra de que o companheiro só é herdeiro quando for meeiro não possui qualquer similar no regime sucessório do cônjuge e, além disso, não se coaduna com a ideia de proteção do regime sucessório, já que, em relação a esses bens, o companheiro já teria direito à meação. Por outro lado, o caput do art. 1.790 do Código Civil exclui da sucessão qualquer bem adquirido onerosamente em período anterior à vigência da união estável.

Além disso, em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido. Pelo regramento atual, no exemplo citado o companheiro recebe apenas 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, enquanto os irmãos recebem todos os demais bens. Se, diversamente, se tratasse de casamento, o companheiro vivo teria direito a todo o montante sucessório.

Constata-se a discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite. O Código Civil confere amplos recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, em um momento em que estará psicológica e economicamente mais vulnerável. Porém, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se merecedor de menor proteção.

O casamento e a união estável são organizações familiares distintas, mas não há hierarquia constitucional entre as formas de família que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Isso significa, de um lado, que o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável; e, de outro, que a diferenciação de regimes apenas será legítima se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em re-

¹⁹ CC, 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; 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.”

²⁰ CC, 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: (...) III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.”

lação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.

A diferenciação dos regimes sucessórios em apreço também viola o princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão do valor intrínseco e na dimensão da autonomia.

Viola, ademais, o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, pois o tratamento dado ao companheiro pode privá-lo dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna.

Há, de igual modo, violação ao princípio da vedação do retrocesso, na medida em que a regra do Código Civil representou involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do Código Civil de 2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pela Lei 8.971/1994 e pela Lei 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no Código Civil de 1916. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável.

[RE 878.694](#), rel. min. Roberto Barroso, *DJE* de 6-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 809](#). ([Informativo 864](#), Plenário)

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.

A Constituição Federal possui amplo espectro de proteção da liberdade de expressão nas suas diversas formas de manifestação, aí incluídas a liberdade de informação, de imprensa e de manifestação do pensamento em geral: intelectual, artístico, científico etc.²¹

A Constituição proíbe, expressamente, a censura – isto é, a possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento – e a licença prévia, bem como protege o sigilo da fonte²². Ela reconhece a prioridade dessas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial, o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo cabe a quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

Não obstante, a mera preferência da liberdade de expressão (em vez de sua prevalência) decorre do fato de que nenhum direito constitucional é absoluto, tendo em vista que a própria Constituição impõe alguns limites ou algumas qualificações à liberdade de expressão, como a vedação do anonimato; o direito de resposta; as restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias; a classificação indicativa; e o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Dessa forma, em caso de conflito aparente entre

²¹ CF, 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; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

a liberdade de expressão e os direitos da personalidade – conceituados como a versão privada dos direitos fundamentais –, há necessidade de ponderação, pois não há hierarquia entre eles.

Cabe a aplicação de oito critérios a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: a) veracidade do fato; b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; d) local do fato; e) natureza do fato; f) existência de interesse público na divulgação em tese; g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Quanto a este último critério, o uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.

Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade ou a reparação mediante direito de resposta, retificação ou retratação. A opção por uma dessas alternativas tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente

²² CF, 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. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionálísimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam.

[Rcl 22.328](#), rel. min. Roberto Barroso, DJE de 10-5-2018.

([Informativo 893](#), Primeira Turma)

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DIREITOS SOCIAIS

DIREITO DE GREVE

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública.

A carreira policial é diferenciada, como o próprio art. 144²³ da Constituição Federal (CF) reconhece ao afirmar que tem a função de exercer “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, com a finalidade de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, estando, inclusive, destacada do capítulo específico dos servidores públicos.

A previsão e a essencialidade dos órgãos de defesa da segurança pública pela Constituição Federal (CF) de 1988 demonstraram a importância de suas funções e tiveram dupla finalidade nos valores a serem protegidos: a) atendimento aos reclamos sociais por maior proteção; b) redução de possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna, como importantes mecanismos de freios e contrapesos para a garantia da democracia.

²³ CF, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

²⁴ CF, art. 136. “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.”

²⁵ CF, art. 137. “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para

Não se trata do balanceamento entre o direito de greve e a continuidade do serviço público, mas, sim, entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social, cujos reflexos e consequências são tão importantes que são tratados no “sistema constitucional das crises”, com a possibilidade de decretação de Estado de Defesa (CF, art. 136²⁴) e Estado de Sítio (CF, art. 137, I²⁵).

A prevalência do interesse público e do interesse social na manutenção da segurança pública, da ordem e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria dos servidores públicos – na espécie, as carreiras policiais –, excluindo a possibilidade do exercício do direito de greve, é plenamente compatível com a interpretação teleológica do texto constitucional.

A Constituição não deixa dúvidas quanto ao estabelecimento da relatividade do exercício do direito de greve aos servidores públicos, permitindo: a) o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (CF, art. 9º, § 1º²⁶); b) o estabelecimento dos termos e limites do exercício desse direito ao gênero “servidores públicos” (CF, art. 37, VII)²⁷.

Assim, o estabelecimento do limite total para as carreiras policiais, ou seja, a vedação ao exercício do direito de greve a uma das espécies do funcionalismo público, é absolutamente compatível com as restrições possíveis pelo texto constitucional e não suprime de maneira absoluta o direito de greve estabelecido para o gênero “servidores públicos”, pois a constitucionalidade do direito de greve pelos servidores públicos não veda a necessidade de se examinar a compatibilidade de seu exercício com a natureza das atividades públicas essenciais, como as carreiras policiais.

A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática,

decretar o estado de sítio nos casos de: I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;”

²⁶ CF, art. 9º. “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. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

²⁷ CF, 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;”

sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada, seja na segurança pública ostensiva, seja na polícia judiciária. É o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição não permite.

No entanto, vale destacar que é obrigatória a participação do poder público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165²⁸ do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria.

[ARE 654.432](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 11-6-2018, **repercussão geral**, [Tema 541](#).
([Informativo 860](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

CRIAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIOS

Os requisitos constitucionais previstos no art. 18, § 4º, da Lei Maior²⁹, especialmente a exigência de realização de consulta plebiscitária³⁰, devem ser sempre observados, mesmo quando não se trate propriamente de criação, mas de alteração ou retificação de limites.

Essa consulta constitui a intercessão entre o princípio federativo e o princípio da soberania popular, a qual é essencial para a legitimação do processo

²⁸ CF, art. 165. “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

²⁹ CF, art. 18. “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

³⁰ Precedentes: [ADI 1.262](#), rel. min. Sydney Sanches, P; [ADI 1.034](#), rel. min. Marco Aurélio, P; [ADI 2.812](#), rel. min. Carlos Velloso, P; [ADI 2.632](#), rel. min. Sepúlveda Pertence, P; e [ADI 2.994](#), rel. min. Ellen Gracie.

³¹ “(...) o plebiscito já era exigido na Constituição de

de criação e modificação de limites de Municípios³¹.

A Emenda Constitucional 57/2008 somente convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios que tenham obedecido, cumulativamente, a dois requisitos: 1) publicação da lei até 31 de dezembro de 2006; e 2) atendimento às condições estabelecidas na legislação do respectivo Estado à época de sua criação. Ausente o atendimento a esses requisitos, em especial a consulta às populações envolvidas, não há que falar em convalidação por efeito da Emenda Constitucional 57/2008.

Por essas razões, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 3.196/1999 do Estado do Rio de Janeiro. A norma estabeleceu novos limites territoriais para os Municípios de Cantagalo e Macuco sem que fossem observadas as disposições do art. 18, § 4º, da Constituição Federal, inclusive sem a realização da imprescindível consulta popular.

[ADI 2.921](#), red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, *DJE* de 22-3-2018.

([Informativo 872](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

UNIÃO

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA

Lei estadual que impõe a prestação de serviço de segurança em estacionamento a toda pessoa física ou jurídica que disponibilize local para estacionamento é inconstitucional.

1967. Aliás, essa é uma matéria interessante e revestida de importância singular, porque é uma espécie de intercessão entre o princípio federativo e o fundamento da República chamado de soberania, pois a atual Constituição, no art. 14, diz que a soberania se manifesta, entre outras coisas, pelo plebiscito, ou seja, a soberania popular se manifesta pelo voto direto e secreto, etc., e, mediante lei, pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular. Então, o plebiscito, no caso, homenageia, vamos chamar, o protoprincípio da soberania popular, que, segundo o art. 1º, I, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, precisamente o primeiro fundamento. Entendo que, quando a Constituição fala da soberania como fundamento da República, art. 1º, I, não quer se referir à soberania nacional, é soberania popular mesmo, tema que é retomado pelo art. 14. Interesse-me bastante por esse tema e entendo que a exigência do plebiscito é absolutamente inafastável, exatamente porque aproxima os dois princípios da federação e da soberania popular.” (Trecho do voto do ministro Ayres Britto na [ADI 2.660](#), rel. min. Ayres Britto, P.)

A regulamentação de estacionamentos (sobretudo quando interfere na cobrança de preço) bem como a lei que trata de contrato de serviço de vigilância em estacionamento configuram o exercício da competência privativa da União para dispor sobre Direito Civil.

Ademais, se determinada lei obriga qualquer pessoa, física ou jurídica, que disponibilize local para estacionamento a prestar serviço de vigilância, enseja violação à livre iniciativa. Afinal, implica obrigar pessoas privadas a prestar serviço diverso, alheio à natureza do seu negócio.

Lei estadual que impõe a utilização de empregados próprios na entrada e na saída de estacionamento, impedindo a terceirização, é inconstitucional.

Por sua vez, se lei estadual impõe a manutenção de empregados próprios nas entradas e nas saídas dos locais destinados a estacionamento, isso implica vedação à possibilidade de terceirização do serviço de vigilância. É, portanto, invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho, uma vez que a norma dispõe sobre a natureza da relação de trabalho que deverá existir entre o prestador de serviço e o empregado da vigilância.

[ADI 451](#), rel. min. Roberto Barroso, *DJE* de 9-3-2018. ([Informativo 871](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

UNIÃO

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA

É inconstitucional lei estadual que estabeleça normas sobre a comercialização de títulos de capitalização.

A teor do disposto no art. 22 da Constituição Federal (CF), compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil, Direito Comercial, política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores,

³² CF, art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; (...) XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;”

³³ Lei 14.507/2002 do Estado de Minas Gerais, art. 1º. “É vedada a vinculação a outro produto de título de capitalização ou similar, por meio de procedimento, técnica ou método utilizado, ainda que indiretamente, para fomentar ou garantir sua circulação ou venda. Art. 2º A informação ou publicidade referente a título de capitalização conterá dados comparativos entre a correção monetária e os juros incidentes sobre o valor capitalizado e a

sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular (CF, art. 22, I, VII e XIX³²).

Assim, lei estadual³³ que veda a vinculação de um produto a outro produto de título de capitalização similar por meio de procedimento, técnica ou método utilizado, a pretexto de proteger o consumidor de venda casada, adentra o campo da disciplina da comercialização.

[ADI 2.905](#), red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, *DJE* de 2-2-2018.

([Informativo 847](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

UNIÃO

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA

A utilização de depósitos judiciais, tributários e não tributários, realizada mediante lei estadual e em desacordo com lei nacional, configura aparente usurpação de competência legislativa da União para editar normas gerais de direito financeiro.

O Supremo Tribunal Federal (STF) delegou ao Conselho Nacional de Justiça a competência para apresentar proposta normativa disciplinando a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios³⁴. Isso não significou, entretanto, a chancela de competência ampla e irrestrita para que as assembleias legislativas estaduais disciplinassem o tema de modo variado e de acordo com as vicissitudes locais.

O entendimento do STF é no sentido da inconstitucionalidade de leis estaduais que disciplinam depósitos judiciais. A competência para a regulamentação da matéria é da União³⁵, que cuidou do tema na Lei Complementar 151/2015.

Assim, é inconstitucional lei local que determina

valorização obtida na caderneta de poupança por investimento de igual valor, no mesmo período. Art. 3º A inobservância do disposto nesta lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades: I – multa; II – suspensão do fornecimento do produto ou serviço; III – imposição de contrapropaganda; IV – suspensão temporária da atividade. Parágrafo único. As penalidades previstas neste artigo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sem prejuízo das de natureza cível, penal e de outras cabíveis. Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.”

³⁴ Precedente: [ADI 4.425](#), rel. min. Luiz Fux, P.

³⁵ Precedente: [ADI 3.458](#), rel. min. Eros Grau, P.

a utilização de depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça, para o custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e assistência judiciária e a amortização da dívida com a União, inclusive porque diverge da lei complementar no aspecto material.

Essas discrepâncias geram crescente percepção de insegurança jurídica no cenário local, abalando a fluidez das relações jurídicas mantidas entre o governo estadual e a instituição financeira oficial que mantém os depósitos judiciais sob custódia.

[ADI 5.353 MC-REF](#), rel. min. Teori Zavascki, DJE de 1º-2-2018.

([Informativo 841](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

ESTADOS FEDERADOS

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

É inconstitucional a norma estadual que disponha sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado-membro e estabeleça as respectivas sanções.

Em sede de competência concorrente, o livre espaço para a atividade legislativa estadual é autorizado na hipótese de não existir legislação nacional a contemplar a matéria. Ao existir norma geral, a legislação estadual poderá preencher eventuais lacunas³⁶.

Se determinada lei estadual, ao disciplinar sobre tema já tratado em lei federal, pretende definir novo regime global do assunto, especificando, sem justificativa, exigências mais rígidas do que o previsto no diploma federal, existe claro conflito entre as leis.

No que diz respeito a Direito do Consumidor – especificamente informações contidas em rótulos ou embalagens –, ainda que a lei local seja mais favorável ao consumidor, não se pode criar cenário em que cada Estado-membro, com esse pretexto, se aventure a criar regra própria sobre o tema, de maneira a haver informações diferentes em âmbito nacional e estadual.

O escopo da norma constitucional, no que tange à competência legislativa concorrente, é, de um lado, promover a integração e a cooperação entre os entes subnacionais; e, de outro, combater todas as práticas que estimulem a concorrência predatória

ou a criação de barreiras ao comércio ou à livre circulação de bens e pessoas no território nacional.

Assim, se determinada lei estadual cuida de proteção ao consumidor de forma excessiva, de maneira a criar dificuldades para produtos provenientes de outros Estados-membros, viola, também, o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, cabe aos entes federados se comportar, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais. O denominado princípio da lealdade à Federação obriga cada parte a considerar o interesse das demais e do conjunto. Consubstancia-se num filtro à liberdade da União e dos Estados-membros, de modo a evitar abusos.

Nesse sentido, é vedado aos Estados-membros tomar medida que impossibilite, dificulte ou prejudique o comércio estadual, qualquer que seja o expediente usado. O Brasil, nos termos da Constituição, é um só mercado, regido exclusivamente pela legislação federal. Cabe ao poder central regradar, no plano interno, a política comercial, de modo a evitar que, de acordo com os respectivos interesses, possam os Estados-membros criar preferências entre si. A União é responsável por uniformizar o comércio interestadual e, conseqüentemente, evitar que os laços federativos sejam embaraçados.

Ao ser constatada aparente incidência de determinado assunto a mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em conta o fim primário a que se destina essa norma, que tem direta relação com o princípio da predominância de interesses. Constatada, assim, a predominância do interesse federal em evitar limitações que possam dificultar o mercado interestadual, resolve-se o aparente conflito de competência legislativa.

Diante disso, são inconstitucionais os incisos II, III e IV do art. 2º da Lei 1.939/1991 do Estado do Rio de Janeiro.

[ADI 750](#), rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 9-3-2018.

([Informativo 871](#), Plenário)

³⁶ Precedente: [ADI 2.396](#), rel. min. Ellen Gracie, P.

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER LEGISLATIVO

PROCESSO LEGISLATIVO

A prática de 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 viola a Constituição Federal (CF).

A medida provisória é instituto de iniciativa privativa do presidente da República. Desse modo, a prática viola o princípio democrático, os contornos do devido processo legislativo constitucional e a separação de poderes³⁷.

A incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Constituição para a conversão de medida provisória em lei quanto a matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, *caput*, da CF. Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento para aprovação das leis ordinárias, submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria.

O chamado “contrabando legislativo”, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático. Afinal, intencionalmente ou não, subtrai do debate político e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que regularão a vida em sociedade.

Nesse sentido, o devido processo legislativo é uma garantia, do parlamentar e do cidadão, envolvendo a correta e regular elaboração das leis.

Não obstante, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, permanecem válidos até a data do

³⁷ Precedente: [ADI 5.127](#), red. p/ o ac. min. Edson Fachin, P.

³⁸ CF, 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.”

judgamento os preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória.

[ADI 5.012](#), rel. min. Rosa Weber, DJE de 1º-2-2018. ([Informativo 857](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

TRIBUNAL DE CONTAS

Não compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) adotar procedimento de fiscalização que alcance a Fundação Banco do Brasil (FBB) quanto aos recursos próprios, de natureza eminentemente privada, repassados pela entidade a terceiros.

Embora a FBB seja instituição de natureza privada do terceiro setor, instituída e patrocinada pelo Banco do Brasil (BB), o simples fato de gerir recursos públicos, em sua maioria, não a vincula às regras da Administração Pública quando do repasse de todo e qualquer montante.

Ao TCU, por sua vez, compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, 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 que resulte prejuízo ao erário.

Nesse sentido, a FBB não integra o rol de entidades obrigadas a prestar contas ao TCU, nos termos do art. 71, II³⁸, da Constituição Federal (CF). Nada obstante, como fundação de caráter privado, submete-se à fiscalização do Ministério Público, por força do art. 66 do Código Civil³⁹, não lhe cabendo, por via reflexa, subserviência aos preceitos que regem a Administração Pública.

que resulte prejuízo ao erário público.”

³⁹ CC, art. 66 “Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.”

A FBB se submete aos princípios da gestão pública quando do repasse de verbas de natureza pública a terceiros.

A despeito de ser pessoa jurídica de direito privado, a FBB recebe recursos públicos oriundos do BB, entidade integrante da Administração Pública.

Se o BB se submete aos postulados constitucionais que regem a Administração Pública e à fiscalização do TCU no manejo de seus recursos⁴⁰, é de se exigir que as movimentações de valores repassados pela estatal à FBB se sujeitem a crivo de idêntico controle fiscalizatório, dada a natureza dessas verbas. Nessa situação, o regime jurídico da FBB tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública⁴¹.

O TCU pode interpor recurso em nome próprio, sem necessidade de representação pela Advocacia-Geral da União.

É reconhecida personalidade judiciária aos órgãos da Administração Pública destituídos de personalidade jurídica própria quando o interesse jurídico no qual se fundamentar a pretensão deduzida em juízo respeitar ao exercício de suas competências ou prerrogativas funcionais⁴².

[MS 32.703 AgR](#); [MS 32.703 AgR-Segundo](#) e [MS 32.703 AgR-Terceiro](#), rel. min. Dias Toffoli, DJE de 11-5-2018.

([Informativo 897](#), Segunda Turma)

⁴⁰ CF, 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.”

⁴¹ Precedente: [ADI 1.923](#), rel. min. Ayres Britto, P.

⁴² Precedentes: [SS 5.182](#), rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática; [MS 25.181](#), rel. min. Marco Aurélio, P.

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER EXECUTIVO

RESPONSABILIDADE DOS GOVERNADORES DE ESTADO-MEMBRO

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 o afastamento do cargo.

É ilegítima a exigência de prévia licença da assembleia legislativa para instauração de ação penal contra governador, pela prática de crime comum.

A vinculação das Constituições estaduais à Constituição Federal (CF) determina que os Estados adotem as normas de observância obrigatória, optem pela previsão ou não de normas de reprodução facultativa e não editem normas de reprodução proibida.

As normas de observância obrigatória podem ser agrupadas em quatro categorias. A primeira é a dos denominados princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII⁴³). A segunda inclui as normas constitucionais de preordenação. Elas definem a organização dos Poderes e instituições estaduais. A terceira é formada pelos princípios extensíveis. Trata-se de regras de organização da União, cuja aplicação se estende aos Estados-membros. A última engloba os princípios estabelecidos, que não são expressamente indicados e são normas limitadoras que não se restringem à disciplina de natureza organizacional ou institucional.

Além disso, é conferida ao poder constituinte decorrente a liberdade de reproduzir ou não algumas normas da CF. Nesse aspecto, cabe aos Estados-membros exercer sua capacidade de auto-organização de forma plena, inclusive destoando das normas constitucionais federais.

⁴³ CF, 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; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

Também existem as normas de reprodução proibida, ou seja, preceitos da CF que o Estado-membro não está autorizado a transplantar para as Constituições estaduais.

O princípio republicano, ao lado do princípio democrático e do princípio federativo, integra o núcleo essencial da Constituição. Ele se concretiza pela presença de três elementos: a eletividade dos governantes, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade dos agentes públicos. Este elemento prevê que os governantes respondem política e juridicamente por seus atos.

O princípio republicano pode ser considerado uma norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, ou, mais especificamente, um princípio constitucional sensível. As exceções a ele previstas na CF são normas de reprodução proibida nas Constituições estaduais.

Ao se auto-organizarem, os Estados-membros não podem vulnerar o princípio republicano. Assim, o art. 51, I⁴⁴, da CF contém norma de exceção a esse postulado, competência que apenas o poder constituinte federal pode exercer legitimamente. Trata-se de norma de extensão proibida aos Estados-membros, por falta de autorização constitucional para tanto.

Ademais, a previsão de suspensão funcional automática do governador, na hipótese de recebimento da denúncia ou queixa-crime, só existe por previsão das próprias Constituições estaduais, que reproduzem em seus textos o art. 86, § 1º, I⁴⁵, da CF. Diante disso, não se pode argumentar em favor de norma de Constituição estadual com base em outra norma de Constituição estadual. Em segundo lugar, se a norma do art. 51, I, da CF não é de reprodução permitida, a do art. 86, § 1º, I, que só existe em função daquela, tampouco o é. Por fim, norma de reprodução proibida também não se justifica pela aplicação do princípio da simetria.

Sequer é possível argumentar que a Emenda Constitucional 35/2001 suprimiu a necessidade de autorização legislativa para a instauração de ação penal contra deputado e senador e, ao não se referir a governador, implicou a admissão sistemática de licença prévia adotada em relação a eles por algumas

Constituições estaduais. Note-se, nesse aspecto, que a CF não contempla essa possibilidade, embora ela conste de algumas Constituições estaduais. Esse argumento não se funda na interpretação histórica da referida emenda; tampouco sua interpretação sistemática favorece esse ponto de vista. A situação do presidente da República, que só pode ser processado criminalmente após autorização da Câmara dos Deputados, é singular. Não há razão para transplantar esse modelo aos governadores.

A instituição de autorização prévia traz o risco de propiciar a impunidade dos governadores. Quando negada a autorização, além de ocorrer a suspensão do prazo prescricional, há também o impedimento da instrução processual, o que inviabiliza investigações criminais e favorece o perecimento de provas.

Não é possível defender a exigência de autorização prévia à luz da governabilidade, pois esta não pode se dar em detrimento da não responsabilização dos governadores. Na prática, é isto que ocorre: a exigência de licença prévia significa impunidade.

Se as Constituições estaduais não podem estabelecer a chamada licença prévia, que equivale à regra atinente ao presidente da República no art. 86, § 1º, I, da CF, também não podem autorizar o afastamento automático do governador quando recebida a denúncia ou aceita a queixa-crime pelo STJ. Como não pode haver controle político prévio, não deve haver afastamento automático, sob pena de violação ao princípio democrático.

Assim, se, por um lado, a permissão do processamento de governadores por crimes comuns sem prévia autorização da correspondente assembleia legislativa preserva o princípio republicano, por outro, a admissão do seu afastamento automático pelo simples recebimento de denúncia ou aceitação de queixa-crime representa grave ameaça ao princípio democrático. Afinal, um representante do povo democraticamente eleito será afastado por ato jurisdicional que nem sequer reclama fundamentação.

Sem a previsão de afastamento imediato, também aos governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319⁴⁶ do Código de Processo Penal. Nesse cenário, o afas-

⁴⁴ CF, 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.”

⁴⁵ CF, 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;”

⁴⁶ CPP, 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

tamento do governador do exercício de suas funções deixa de ser automático, já que essa decisão dependerá de ato judicial fundamentado e recorrível.

Por derradeiro, ao instituir a exigência de licença prévia como condição de procedibilidade para a instauração de ação penal contra governadores, a Constituição estadual viola o princípio da separação de poderes e a competência legislativa da União. Nesse aspecto, a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União⁴⁷.

Subordinar a atuação de juízes e tribunais a prévia manifestação de outro poder, fora dos casos de previsão expressa na CF, tolhe competência material típica do Judiciário. Em segundo lugar, a exigência de prévia autorização legislativa constitui norma de natureza processual, de competência legislativa privativa da União.

[ADI 4.777](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, DJE de 6-2-2018.

([Informativo 872](#), Plenário)

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. (...) § 4º A fiança será aplicada de

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER EXECUTIVO

RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O juízo político de admissibilidade por dois terços da Câmara dos Deputados em face de acusação contra o presidente da República, nos termos da norma constitucional aplicável (CF, art. 86, *caput*⁴⁸), precede a análise jurídica pelo Supremo Tribunal Federal (STF), se assim autorizado for a examinar o recebimento da denúncia, para conhecer e julgar qualquer questão ou matéria defensiva suscitada pelo denunciado.

A Constituição Federal (CF) condiciona a instauração de processo penal por crime comum contra o presidente da República a um duplo juízo de admissibilidade: o primeiro, predominantemente político, realizado pela Câmara dos Deputados⁴⁹, e o segundo, técnico-jurídico, que compete ao STF.

O eventual juízo de admissibilidade positivo por parte do STF, prévio ao da Câmara dos Deputados, implicaria admitir que a Constituição teria imposto ao presidente da República enfrentar o juízo predominantemente político fora do exercício de suas funções, nos termos do art. 86, § 1º, I⁵⁰, da CF.

Tal possibilidade implicaria esvaziar o sentido da norma constitucional, que é o de proteger a soberania do voto popular, impondo que quem fora eleito pelo sufrágio só seja afastado do exercício de seu mandato com autorização dos representantes do próprio povo.

Por essa razão, cabe ao presidente da República, a princípio, apresentar sua defesa ao juízo predominantemente político a ser realizado pela Câmara dos

acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”

⁴⁷ Enunciado 46 da Súmula Vinculante: “A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.”

⁴⁸ CF, 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.”

⁴⁹ CF, 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.”

⁵⁰ CF, art. 86. “(...) § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;”

Deputados. Somente após a autorização da Casa Legislativa, o STF determinará a notificação do denunciado para apresentar resposta à acusação. Essa fase é o primeiro momento em que o investigado exerce sua defesa judicialmente.

Diante disso, como não cabe ao STF proferir juízo de admissibilidade sobre denúncia oferecida contra o presidente da República antes da autorização da Câmara dos Deputados, tampouco cabe proferir juízo a respeito de eventuais teses defensivas veiculadas antecipadamente, cuja ambiência própria é o momento da apresentação de resposta à acusação, após o oferecimento da denúncia (Lei 8.038/1990, art. 4º)⁵¹.

[Inq 4.483 QO](#), rel. min. Edson Fachin, DJE de 13-6-2018.

([Informativo 878](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os Estados-membros não se incluem no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Estão legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade apenas aqueles previstos no rol taxativo constante do art. 103 da Constituição Federal⁵²; os órgãos estatais de que emanou a lei ou o ato normativo impugnado; o advogado-geral da União; e o procurador-geral da República, vedada a intervenção de terceiros (Lei 9.868/1999, art. 7º, *caput*⁵³), embora autorizada, excepcionalmente, a participação

⁵¹ Lei 8.038/1990, art. 4º. “Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.”

⁵² CF, art. 103. “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente

do *amicus curiae* (Lei 9.868/1999, art. 7º, § 2º)⁵⁴.

[ADI 4.420 ED-AgR](#), rel. min. Roberto Barroso, DJE de 28-5-2018.

([Informativo 896](#), Plenário)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É aparentemente cabível o controle, pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de decisões judiciais destinadas ao bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores em contas do Poder Executivo estadual para fins de alteração da destinação orçamentária de recursos públicos, nos casos em que as medidas restritivas determinadas tenham recaído sobre recursos escriturados, com vinculação orçamentária específica ou vinculados a convênios e operações de crédito, valores de terceiros sob a administração do Poder Executivo e valores constitucionalmente destinados aos Municípios.

Essa ação constitucional tem por objeto evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais resultantes de atos do poder público.⁵⁵ O descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional se manifesta na contrariedade às linhas mestras da Constituição Federal (CF), pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo poder constituinte ficaria desfigurada de sua própria identidade.

para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

⁵³ Lei 9.868/1999, art. 7º. “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

⁵⁴ Precedente: [ADI 2.130 AgR](#), rel. min. Celso de Mello, P.

⁵⁵ Lei 9.882/1999, art. 1º. “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Ademais, a aparente usurpação de competências constitucionais reservadas ao Poder Executivo (exercer a direção da Administração) e ao Poder Legislativo (autorizar a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro) sugere lesão aos arts. 2º⁵⁶; 84, II⁵⁷; e 167, VI e X, da CF⁵⁸.

Assim, eventual lesão ao postulado da separação e independência entre os Poderes, ao princípio da igualdade ou ao princípio federativo desfigura a essência do regime constitucional pátrio. O mesmo pode ser dito da garantia de continuidade dos serviços públicos, na medida em que assumem instrumentos particularmente relevantes de distribuição de direitos materiais subjetivos, notadamente os de natureza prestacional.

Os princípios e regras do sistema orçamentário e o regime de repartição de receitas tributárias, assim como a garantia de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ordem cronológica de apresentação de precatórios, têm relação com a efetividade do modelo de organização da Administração Pública preconizado pela Constituição e, em alguma dimensão, com a interação entre os Poderes e a dinâmica do modelo federativo.

A tutela sobre o descumprimento de preceito fundamental alcança um universo de comportamentos estatais mais amplo do que a de inconstitucionalidade, a abranger a lesão à Constituição resultante de ato do poder público outro que não apenas a lei ou ato normativo, sempre que traduza efetivo e material descumprimento da Constituição.

Por isso, é admissível a ADPF para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente diretamente de decisão judicial ou de interpretação conferida pelo Poder Judiciário a determinada controvérsia de matiz constitucional.

Ademais, são insuficientes os meios processuais ordinários para imprimir solução satisfatória a controvérsia semelhante. Deve-se ter em consideração a eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante). Satisfeito, portanto, o requisito da subsidiariedade.

⁵⁶ CF, art. 2º. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁵⁷ CF, art. 84. “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.”

⁵⁸ CF, art. 167. “São vedados: (...) VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para

Por sua vez, decisões judiciais voltadas a transpor recursos públicos para pagamento de determinada obrigação podem alcançar recursos de terceiros, escriturados contabilmente, individualizados ou com vinculação orçamentária específica. Tais restrições não são conciliáveis com as vedações contidas no art. 167, VI e X, da CF.

Se não é permitido ao Executivo movimentar recursos de uma programação orçamentária para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, tampouco é dado ao Judiciário fazê-lo, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade orçamentária, o que significa lesão às opções de gasto público realizadas pelo povo, por meio de seus representantes eleitos.

Ainda que seja passível de tutela jurisdicional a realização de políticas públicas, em especial para atender mandamentos constitucionais e assegurar direitos fundamentais, a subtração de qualquer margem de discricionariedade do Executivo na execução das despesas sugere indevida interferência do Judiciário na administração do orçamento e na definição das prioridades na execução das políticas públicas.

Além de comprometer a autonomia administrativa do Estado, por retirar do Executivo os meios essenciais à alocação de recursos financeiros, a proliferação de decisões judiciais determinando restrições imediatas, em descompasso com o cronograma de desembolso orçamentário, parece colocar alguns credores em situação mais vantajosa do que outros em igual posição fática e jurídica, quebrando a isonomia.

Não se trata de defender restrição ao direito fundamental de acesso ao Judiciário e à ampla liberdade da magistratura de decidir as lides de acordo com sua convicção. É, entretanto, incabível que decisões judiciais façam determinação de bloqueio, penhora, arresto e sequestro que afrontem expressamente os dispositivos constitucionais citados.

[ADPF 405 MC](#), rel. min. Rosa Weber, DJE de 5-2-2018.

([Informativo 869](#), Plenário)

outro, 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.”

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Não há ilegalidade em decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que (i) anula o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar realizado no tribunal de origem, em que se aplicou a penalidade de aposentadoria compulsória a magistrado; (ii) avoca o processo para posterior julgamento pelo CNJ; e (iii) mantém o afastamento cautelar do magistrado.

O CNJ possui competência constitucional para avocar processos disciplinares em curso (CF, art. 103-B, § 4º, III), assim como para rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (CF, art. 103-B, § 4º, V⁵⁹).

Ademais, como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo Supremo Tribunal Federal somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado.

MS 35.100, red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 15-6-2018.

([Informativo 901](#), Primeira Turma)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito administrativo, é defeso substituir o critério valorativo para escolha e correção das questões pela banca examinadora em concursos públicos.

⁵⁹ 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: (...) V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;”

⁶⁰ Lei 8.935/1994, art. 15, § 2º. “Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador. (...) §2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a

É vedado ao CNJ, assim como ao Poder Judiciário, interferir na esfera da Administração para valorar os critérios adotados pela comissão de concurso. O órgão não pode apreciar matéria referente ao conteúdo de questões, mas somente verificar e julgar a constitucionalidade, legalidade e infringência dos processos seletivos.

No entanto, a discricionariedade da banca de concurso não poderá confundir-se com arbitrariedade, em desrespeito aos princípios constitucionais da administração pública, possibilitando, somente nessas hipóteses, plena revisão pelo CNJ.

Consectariamente, tendo-se em vista que a delegação do exercício do serviço notarial e de registro não é privativa de bacharel em direito,^{60 e 61}, revela-se legítima a atuação do CNJ que aplica interpretação pacífica e reiterada no sentido da inviabilidade dos Tribunais locais atribuírem pontos aos candidatos que exerceram delegação de serviços notariais e/ou registrares por prazo inferior a 10 anos, nos termos da Resolução CNJ 81/2009.

MS 33.527, red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 25-4-2018.

([Informativo 895](#), Primeira Turma)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

É inaplicável o parâmetro temporal inserto no art. 103-B, § 4º, V, da Constituição Federal⁶² nos casos em que a atuação do Conselho Nacional de Justiça decorre do exercício de competência correicional originária, não revisional.

Essa competência é autônoma. Não se trata de atuação subsidiária frente aos órgãos de correição

data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro.”

⁶¹ Precedente: [ADI 4.178 MC-REF](#), rel. min. Cezar Peluso, P.

⁶² 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: (...) V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;”

local, mas sim de competência concorrente, de modo que seu exercício não se submete a condicionantes relativas ao desempenho da competência disciplinar pelos tribunais locais⁶³.

[MS 34.685 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 23-3-2018.

([Informativo 886](#), Segunda Turma)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA COMUM FEDERAL

Compete à Justiça comum federal processar e julgar ação de complementação de aposentadoria prevista nas Leis 8.186/1991 e 10.478/2002, proposta em face da União por pensionista de funcionário de empresa sucedida pela Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA).

Em caso de ações propostas contra a União por aposentados ou pensionistas de funcionários da antiga Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), de suas subsidiárias ou de empresas que foram por ela sucedidas, nas quais se pretende complementação de aposentadoria, o vínculo existente entre as partes ostenta natureza jurídico-administrativa, conforme previsto no art. 1º da Lei 8.186/1991⁶⁴ e no art. 1º da Lei 10.478/2002⁶⁵ e ⁶⁶.

Diante disso, ofende a autoridade do acórdão proferido na [ADI 3.395 MC](#) a decisão que considera competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar a demanda de origem.

[Rcl 24.990 AgR](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 21-6-2018.

([Informativo 895](#), Primeira Turma)

⁶³ Precedentes: [MS 32.581 AgR](#), rel. min. Edson Fachin, 1ª T; [MS 28.353 AgR](#), rel. min. Luiz Fux, 1ª T; e [MS 29.187 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, P.

⁶⁴ Lei 8.186/1991, art. 1º. “É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), constituída *ex-vi* da Lei n. 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.”

⁶⁵ Lei 10.478/2002, art. 1º. “Fica estendido, a partir do 1º de abril de 2002, aos ferroviários admitidos até 21 de maio de 1991 pela Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, em liquidação, constituída *ex vi* da Lei n. 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operaci-

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar é competente para processar e julgar, pelo crime previsto no art. 312 do Código Penal Militar (CPM) (falsidade ideológica), o agente que, na qualidade de militar em serviço, atesta falsamente a regularidade técnica para navegação de embarcações civis.

A conduta, perpetrada por militar em serviço, por se tratar de atividade típica da Marinha, desvirtua o procedimento atinente à obtenção do documento.

O crime tem natureza formal e é praticado em detrimento da fé pública militar, colocando em risco a segurança do tráfego aquaviário.

Incidem, no caso, os arts. 9º, II, e⁶⁷, do CPM e 124⁶⁸ da Constituição Federal.

[HC 110.233](#), red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, *DJE* de 1º-2-2018.

([Informativo 881](#), Primeira Turma)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA COMUM

À Justiça comum compete conhecer de pedido apresentado 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.

A fixação da esfera jurisdicional competente

onais e subsidiárias, o direito à complementação de aposentadoria na forma do disposto na Lei n. 8.186, de 21 de maio de 1991.”

⁶⁶ Precedentes: [Rcl 23.961 AgR](#), rel. min. Edson Fachin, 1ª T; [Rcl 13.780 ED](#), rel. min. Luiz Fux, 1ª T; [Rcl 18.671 AgR](#), rel. min. Roberto Barroso, 1ª T.

⁶⁷ CPM, art. 9º. “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...) II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (...) e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.”

⁶⁸ CF, art. 124. “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

para conhecer de lide envolvendo o poder público está pautada na natureza do vínculo existente com o trabalhador. É competência da Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público baseadas em vínculo jurídico-administrativo, não descharacterizando essa competência os pedidos fundados na CLT ou no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço⁶⁹.

[Rcl 26.064 AgR](#), red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, *DJE* de 21-2-2018.

([Informativo 885](#), Segunda Turma)

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

MINISTÉRIO PÚBLICO

Os membros do Ministério Público da União (MPU) devem ser processados e julgados no tribunal perante o qual atuavam na época dos fatos.

O art. 108, I, *a*, da Constituição Federal⁷⁰ deve ser interpretado de modo a abranger os membros do MPU. Estes, diversamente dos juízes federais, não estão vinculados necessariamente a um dos tribunais regionais federais.

Assim, a competência para processar e julgar procurador da República será do Tribunal Regional Federal perante o qual atuava à época dos fatos, pois definida pelo critério *ratione loci*⁷¹, em conjugação com a prerrogativa de foro.

[Pet 7.063](#), red. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 6-2-2018.

([Informativo 871](#), Segunda Turma)

⁶⁹ Precedentes: [Rcl 8.110 AgR](#), red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P; [Rcl 5.924 AgR](#), rel. min. Eros Grau, P; [Rcl 7.208 AgR](#), red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P; e [Rcl 7.039 AgR](#), rel. min. Cármen Lúcia, P.

⁷⁰ CF, art. 108. “Compete aos Tribunais Regionais Federais: I – processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

⁷¹ CPP, art. 70. “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.”

⁷² CF, 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

TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Inexiste imunidade relativa a tributos incidentes sobre a importação de máquina automática grampeadeira.

A consagração da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal (CF)⁷² visa à garantia e efetivação da livre manifestação do pensamento, da cultura e da produção cultural, científica e artística, sem possibilidade de criação de empecilhos econômicos, via tributação, por parte do Estado⁷³, sendo extensível a qualquer outro material assimilável a papel utilizado no processo de impressão e à própria tinta especial para jornal⁷⁴.

Entretanto, a imunidade não é aplicável aos equipamentos do parque gráfico, que, evidentemente, não são assimiláveis ao papel de impressão⁷⁵ ou aos serviços de composição gráfica que integram o processo de edição de livros⁷⁶, mas não guardam relação direta com a finalidade constitucional.

A regra imunizante constante do art. 150, VI, *d*, da CF não pode ser interpretada de modo amplo e irrestrito, mas, sim, de forma a afastar a imunidade de todo e qualquer produto, maquinário ou insumos utilizados no processo de produção de livros, jornais e periódicos^{77 e 78}.

[ARE 1.100.204 AgR](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 13-6-2018.

([Informativo 904](#), Primeira Turma)

destinado a sua impressão.”

⁷³ MELLO, Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 124; CARRAZA, Roque. Importação de bíblias em fitas: sua imunidade exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 26, p. 125; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 378 *apud* ministro Alexandre de Moraes em seu voto no julgamento do [ARE 1.100.204 AgR](#).

⁷⁴ Precedente: [RE 215.435](#), rel. min. Moreira Alves, 1ª T.

⁷⁵ Precedente: [RE 215.798](#), rel. min. Ilmar Galvão, 1ª T.

⁷⁶ Precedente: [RE 230.782](#), rel. min. Ilmar Galvão, 1ª T.

⁷⁷ Precedente: [RE 739.085 AgR](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, 1ª T.

⁷⁸ Precedente: [RE 202.149](#), rel. min. Celso de Mello, 1ª T.

TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR — REPERCUSSÃO GERAL

Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), instituída pela Portaria 655/1993⁷⁹, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários.

O princípio da isonomia, refletido no sistema constitucional tributário (CF, art. 5º, caput e art. 150, II e III), não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica, mas também ampara a implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade.

A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição. Uma norma se revela antijurídica, ante as discriminações injustificadas no seu conteúdo intrínseco, encerrando distinções não balizadas por critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.

O fator de desigualação prestigiado pela Portaria 655/1993 é genérico, aplicando-se a todas as situações nela mencionadas, ou seja, nenhum contribuinte com depósito judicial relativo à Cofins poderá aderir ao parcelamento. Não há restrição aos contribuintes que ingressaram em juízo em detrimento dos demais; nem, tampouco, a restrição se dirige aos contribuintes depositantes, mas, sim, aos valores objeto de depósito judicial⁸². O discriminação ado-

tado pela mencionada portaria guarda estrita relação de pertinência lógica com o objetivo pretendido, que foi justamente o de promover o pagamento voluntário dos débitos relativos à Cofins por parte do contribuinte que ainda não havia adimplido as suas obrigações.

Nesse ponto, cabe destacar que o regime jurídico do depósito judicial para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, como faculdade do contribuinte, impõe que o montante depositado no bojo da ação judicial se torne litigioso, permanecendo à sorte do resultado da ação. Conseqüentemente, o montante depositado resta indisponível para ambas as partes enquanto durar o litígio, posto garantia da dívida *sub judice*⁸³. Assim, os contribuintes que efetuaram depósitos em juízo de valores relativos a débitos da Cofins se equiparam àqueles que adimpliram as suas obrigações, efetuando o pagamento do crédito tributário, porquanto o montante depositado fica condicionado ao resultado da ação.

Nesse contexto, o critério de desigualação adotado pela Portaria 655/1993 está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal. Afinal, prestigia a racionalização na cobrança do crédito público, consubstanciando solução administrativa que evita o ajuizamento de demandas desnecessárias e estimula o contribuinte em situação irregular ao cumprimento de suas obrigações.

Houvesse a Fazenda Pública editado parcelamento que eximisse o sujeito passivo dos encargos relativos a mora, aí, sim, tal medida importaria em ofensa à isonomia. Não por distinguir contribuintes em situações idênticas, mas, ao contrário, por não distinguir duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito, ficando imune aos consectários legais decorrentes da mora, e a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos débitos de Cofins que possuía com o Fisco.

Por fim, não há que falar, igualmente, em ofensa ao livre acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV⁸⁴), porque

⁷⁹ Portaria 655/1993 do Ministério da Fazenda, art. 1º “Os débitos para com a Fazenda Nacional, decorrentes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, vencidos até 30 de novembro de 1993, poderão ser objeto de parcelamento em até oitenta prestações mensais e sucessivas, se requerido até 15 de março de 1994. (...) Art. 4º Os débitos que forem objeto de depósito judicial não poderão ser parcelados.”

⁸⁰ CF, 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:”

⁸¹ CF, 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;”

⁸² Precedente: [RE 353.486](#), rel. min. Ayres Britto, decisão monocrática.

⁸³ Precedente: [ADI 1.933](#), rel. min. Eros Grau, P.

⁸⁴ CF, art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo. Caso o contribuinte tenha entrado em juízo e realizado o depósito do montante que entendera devido, subsistindo eventual saldo a pagar, pode aderir ao parcelamento para sua quitação, inexistindo, portanto, obstrução à garantia de acesso ao Judiciário.

[RE 640.905](#), rel. min. Luiz Fux, DJE de 1º-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 573](#). ([Informativo 851](#), Plenário)

TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS — **REPERCUSSÃO GERAL**

É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios (FPM) e respectivas quotas devidas às municipalidades.

Por um lado, compreendida a autonomia financeira como capacidade de autofinanciamento das atividades estatais representadas pelo autogoverno, à luz de suas características essenciais, que são a independência, a suficiência e a eficiência, os Municípios têm-se afirmado progressivamente como parte vital da Federação pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, não se extrai da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

A repartição de receitas correntes tributárias conjuga duas espécies de financiamento dos governos locais: uma pelo critério da fonte (cobrança de tributos de competência própria); outra, pelo produto (participação no bolo tributário de competên-

cia do governo central). Nesta hipótese, não há direito a participação referente a arrecadação potencial máxima em que se incluiriam os incentivos e as renúncias fiscais, sob pena de subversão da decisão do poder constituinte no que diz respeito ao modelo de federalismo fiscal.

A natureza jurídica do FPM é mais de objeto de direito e menos de sujeito de direito, considerada a relação jurídico-financeira. Afinal, não tem capacidade de realizar ato jurídico, não dispondo de autonomia na gestão dos recursos que o integram.

Nesse sentido, o produto da arrecadação abrange a arrecadação tributária bruta, sem a possibilidade de dedução das despesas administrativas e computando-se as multas moratórias e punitivas⁸⁵.

No caso das desonerações tributárias, coloca-se a diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado.

Portanto, a expressão “produto da arrecadação”, prevista no art. 158, I, da Constituição Federal⁸⁶, não permite interpretação de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública.

Esses estágios são fases evidenciadoras do comportamento da receita pública, de modo a facilitar o conhecimento e a gestão dos ingressos públicos no erário. Nesses termos, dividem-se cronologicamente em previsão, arrecadação e recolhimento.

A “arrecadação” pode ser conceituada como a entrega, realizada pelos contribuintes ou devedores aos agentes arrecadadores ou bancos autorizados pelo ente, dos recursos devidos ao Tesouro. Ela ocorre somente uma vez, vindo em seguida o recolhimento. Quando um ente arrecada para outro ente, cumpre-lhe apenas entregar os recursos mediante transferência, não sendo considerada arrecadação, quando do recebimento pelo ente beneficiário.

Considerando-se que a Constituição submete a lei específica a concessão de qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁸⁵ Enunciado 578 da Súmula do STF: “Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do imposto de

circulação de mercadorias, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.”

⁸⁶ CF, 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.”

impostos, taxas ou contribuições, por sua vez regulada na Lei Complementar 101/2000, a desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão da receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação” de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.

[RE 705.423](#), rel. min. Edson Fachin, *DJE* de 5-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 653](#). ([Informativo 847](#), Plenário)

TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

O Poder Judiciário não pode alterar os critérios de compensação das desonerações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) decorrentes das operações de exportações previstos no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸⁷, na redação dada pela Emenda Constitucional 42/2003 e na Lei Complementar 87/1996, na redação dada pela Lei Complementar 115/2002.

Tal atitude equivaleria a inovar o ordenamento jurídico contra o direito posto. Configuraria, ademais, intromissão do Judiciário em competência específica de outro Poder, violando a cláusula da separação dos poderes.

⁸⁷ ADCT, 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 se-

O sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prevê a competência estadual ou distrital para instituição de imposto sobre “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”, o ICMS (CF, art. 155, II⁸⁸). Trata-se de importante fonte de receita para os Estados-membros, à qual o texto constitucional dispensa minucioso tratamento.

Essas disposições constitucionais estão em consonância com a forma de estado federalista, que, por meio da cooperação entre os entes federados, apresenta definições mínimas, dentre as quais sobressaem aspectos tributários e financeiros. “Traço importante que também deve ser destacado diz respeito à divisão constitucional de recursos financeiros (expressão aqui adotada em sentido amplo), seja em relação à definição dos bens públicos, a atribuição de sua titularidade e a participação nos resultados de sua exploração; seja em relação às receitas públicas e sua consecutória repartição. Aliás, esse é um ponto particular de alta influência sobre o campo do Direito Financeiro, no qual se discute importante ferramenta para a execução do autogoverno, da auto-organização e da autoadministração dos entes federativos, das políticas públicas, da Federação e da própria democracia em geral: o orçamento público.”⁸⁹

Imerso nesse contexto constitucional federativo, o art. 155, X, § 2º, *a*⁹⁰, da Constituição Federal, na

tembro 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.”

⁸⁸ CF, 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;”

⁸⁹ ARABI, Abhner Youssif Mota. Desdobramentos financeiros do federalismo fiscal: participação no resultado da exploração de petróleo e o bônus de assinatura. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. Direito financeiro e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2016, p. 13-14 *apud* ministro Luiz Fux em seu voto no julgamento da [ACO 1.044](#).

⁹⁰ CF, art. 155. “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de servi-

redação dada pela Emenda Constitucional 42/2003, fixa alguns casos de imunidades específicas relativas ao ICMS nos quais não há a incidência do tributo. A referida emenda ampliou a hipótese de imunidade, diminuindo os casos de incidência do imposto⁹¹. Contribuiu, assim, para a política de desoneração tributária das exportações, tanto de produtos como de serviços, excluindo a incidência do ICMS em tais operações. Se, por um lado, tais medidas estimularam o objetivo último de fomentar as exportações, contribuindo para a competitividade dos produtores brasileiros no mercado internacional, por outro, alimentaram o receio dos Estados em verem diminuída a sua arrecadação tributária.

No entanto, a Emenda Constitucional 42/2003 também constitucionalizou a obrigação dos repasses devidos pela União aos Estados-membros decorrentes da desoneração das exportações (ADCT, art. 91). Preocupou-se, portanto, em instituir uma espécie de compensação pelas possíveis perdas arrecadatórias decorrentes do processo de desoneração das exportações, especialmente em relação àqueles entes federativos que realizam muitas operações de exportação e poucas de importação.

A regulamentação definitiva da matéria foi atribuída a outra lei complementar ainda não editada, a qual deve dispor sobre os novos critérios de definição do montante a ser entregue pela União aos Estados e ao Distrito Federal, seus prazos e condições.

Deveras, a referida emenda constitucional, em dispositivo próprio (ADCT, art. 91, § 3º), prevê que, até a edição dessa nova lei complementar, devem ser adotados para o repasse os critérios estabelecidos no Anexo da Lei Complementar 87/1996, com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar 115/2002. Vale dizer: o próprio texto constitucional transitório já previu a solução a ser adotada até que

ços 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: (...) 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19-12-2003).”

⁹¹ “Conforme sua redação original, o dispositivo constitucional excluía dos casos de imunidade as operações de exportação de produtos industrializados semielaborados, assim definidos em lei complementar, não abrangendo também as hipóteses de incidências de serviço, casos em que era de incidir o tributo. Veja-se, a propósito, a redação original do dispositivo, revogada pela EC 42/2003: ‘X – não incidirá: a) sobre operações que destinem ao exterior pro-

seja editada a lei complementar.

Consectariamente, não há espaço para atuação do Poder Judiciário na hipótese que possibilite a superação da necessária deferência à previsão legislativa expressa, alterando a disposição constitucional já existente sobre o tema.

[ACO 1.044](#), rel. min. Luiz Fux, DJE de 1º-2-2018. ([Informativo 849](#), Plenário)

ORDEM SOCIAL

SAÚDE

PLANOS DE SAÚDE

É constitucional norma que estabelece parâmetros para a atuação do particular no mercado de planos de saúde.

O legislador, ao editar a Lei 9.656/1998, atentou para o objetivo maior do Estado: proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a satisfazer valor maior – a preservação da dignidade do homem. A defesa intransigente da livre iniciativa é incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem assim com os deveres constitucionais do Estado de promover a saúde (CF, art. 196⁹²) e prover a defesa do consumidor (CF, art. 170, V⁹³).

Além disso, a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro, sob pena de ter-se, inclusive, ofensa à isonomia, consideradas as barreiras ao acesso aos planos de saúde por parte de pacientes portadores de moléstias graves. A atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no art. 197⁹⁴

duetos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar;’ (redação anterior, revogada pela EC 42/2003)” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux no julgamento da [ACO 1.044](#)).

⁹² CF, 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.”

⁹³ CF, 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;”

⁹⁴ CF, art. 197. “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou

da CF.

Não viola o devido processo legal substantivo norma que inviabiliza a variação da contraprestação pecuniária dos planos de saúde relativamente a consumidores com mais de sessenta anos de idade (Lei 9.656/1998, art. 15, parágrafo único⁹⁵).

Trata-se de regra protetiva, alinhada aos postulados constitucionais, no que assegura tratamento digno à pessoa idosa (CF, art. 230⁹⁶). A própria evolução legislativa posterior à publicação do referido diploma veiculou determinações igualmente tuteladoras, limitando a livre iniciativa em favor da proteção do idoso (Lei 10.741/2003, art. 15, § 3⁹⁷). A par desse aspecto, o qual, por si só, legitima o preceito em jogo, é necessário reconhecer a razoabilidade da norma ao adicionar ao componente etário, como requisito para estabilização da contraprestação, a fidelidade ao plano de saúde por ao menos dez anos.

através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

⁹⁵ Lei 9.656/1998, art. 15. “A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.”

⁹⁶ CF, art. 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

⁹⁷ Lei 10.741/2003, art. 15. “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (...) § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

⁹⁸ Lei 9.656/1998, art. 19. “Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. (...) § 5º Independentemente do cumprimento, por parte da operadora, das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos textos das condições gerais ou dos instrumentos contratuais, ficam garantidos, a todos os usuários de produtos a que alude o *caput*, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, todos os benefícios de acesso e cobertura

No mesmo sentido, o art. 19, § 5º⁹⁸, da Lei 9.656/1998 também não viola o devido processo legal substantivo. A norma conforma-se ao princípio da razoabilidade, direcionando à linearidade. É dizer, estabelece que, independentemente de impasses no registro administrativo das empresas de planos de saúde ou na adequação, à disciplina normativa, dos contratos celebrados após 2 de janeiro de 1999, os consumidores não podem ser prejudicados, tendo jus à sistemática inaugurada pela Lei 9.656/1998.

É constitucional norma que prevê o ressarcimento, por planos de saúde, de despesas relativas a serviços de atendimento aos respectivos consumidores, previstos nos contratos, prestados por entidades do Sistema Único de Saúde (Lei 9.656/1998, art. 32⁹⁹).

previstos nesta Lei e em seus regulamentos, para cada segmentação definida no art. 12.”

⁹⁹ Lei 9.656/1998, art. 32. “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. § 1º O ressarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde – FNS. § 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. § 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o 15º (décimo quinto) dia da data de recebimento da notificação de cobrança feita pela ANS. § 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos: I – juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; II – multa de mora de dez por cento. § 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos. § 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde. § 7º A ANS disciplinará o processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo, cabendo-lhe, inclusive, estabelecer procedimentos para cobrança dos valores a serem ressarcidos. § 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. § 9º Os valores a que se referem os §§ 3º e 6º deste artigo não serão computados para fins de aplicação dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde nos termos da Constituição Federal.”

Embora o poder público atue gratuitamente em relação aos cidadãos, não o faz no tocante às entidades cuja atividade-fim é justamente assegurar a cobertura de lesões e doenças. Cabe distinguir os vínculos constitucional, entre Estado e cidadão (CF, art. 196), obrigacional, entre pessoa e plano de saúde, e legal, entre Estado e plano de saúde (Lei 9.656/1998, art. 32).

A escolha do agente privado de atuar na prestação de relevantes serviços à saúde, de forma concorrente com o Estado, pressupõe a responsabilidade de arcar integralmente com as obrigações assumidas. A norma impede o enriquecimento ilícito das empresas e a perpetuação de modelo no qual o mercado de serviços de saúde submeta-se unicamente à lógica do lucro, ainda que às custas do erário. Entendimento em sentido contrário resulta em situação em que os planos de saúde recebem pagamentos mensais dos segurados, mas os serviços continuam a ser fornecidos pelo Estado, sem contrapartida.

¹⁰⁰ Lei 9.656/1998, art. 10. "(...) § 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores."

¹⁰¹ Lei 9.656/1998, art. 35-E. "A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; II – a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; III – é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV – é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. § 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: I – a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; II – para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; III – a nova

São inconstitucionais os arts. 10, § 2º¹⁰⁰, e 35-E da Lei 9.656/1998¹⁰¹; e o art. 2º¹⁰² da Medida Provisória 2.177-44/2001, que prevêem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma.

É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova (CF, art. 5º, XXXVI¹⁰³).

[ADI 1.931](#), rel. min. Marco Aurélio, *DJE* de 8-6-2018. ([Informativo 890](#), Plenário)

cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; IV – a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; V – na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. § 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. § 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo."

¹⁰² Medida Provisória 2.177-44/2001, art. 2º. "Os arts. 3º, 5º, 25, 27, 35-A, 35-B, 35-D e 35-E da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, entram em vigor em 5 de junho de 1998, resguardada às pessoas jurídicas de que trata o art. 1º a data limite de 31 de dezembro de 1998 para adaptação ao que dispõem os arts. 14, 17, 30 e 31."

¹⁰³ CF, 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;"

ORDEM SOCIAL

SAÚDE

ASSISTÊNCIA À SAÚDE – REPERCUSSÃO GERAL

É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32¹⁰⁴ da Lei 9.656/1998, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e posteriores a 4-6-1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.

Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), o ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199¹⁰⁵ da Constituição Federal (CF).

O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional (CF, art. 196¹⁰⁶), possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (Agência Nacional de Saúde – ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional (CF, art. 197¹⁰⁷). Passou, portanto, a fomentar a atividade privada com o objetivo de dividir a missão de realizar o programa de acesso aos serviços de saúde, possibilitando, ao revés, a obtenção de receita pelo particular, a qual visa qualquer empresa privada (independentemente de ser com ou sem fins lucrativos), apesar de continuar a exercer serviço de relevância pública.

Nessa situação, encaixa-se perfeitamente a aplicação da máxima de que é vedado o locupletamento ilícito do empreendedor privado que auferir receita para prestar o serviço assistencial e acaba onerando o Estado por algo pelo qual recebeu a correspondente contraprestação, ainda que precipuamente

seja sua obrigação.

Seja o serviço prestado pelo Estado (incluindo empresas contratadas ou conveniadas) ou pela rede privada de saúde, a partir do momento em que o Estado autoriza que empresas privadas possam desempenhar a prestação de relevância pública de assegurar assistência médica ou hospitalar e ambulatorial, mediante contraprestação pecuniária preestabelecida, deve haver o repasse dos bônus (receita) e dos ônus (custo da prestação do serviço).

Caso se admita a impossibilidade desse ressarcimento, indiretamente estar-se-á financiando com recursos públicos as empresas privadas, as quais certamente calculam suas receitas como forma de compensar financeiramente os custos dos serviços contratados, criando situação de lucro certo.

Dessa forma, apesar de a repercussão constitucional do ônus econômico ser primordialmente do Estado, no momento em que há a autorização à iniciativa privada da assistência à saúde, tanto o bônus quanto o ônus devem ser assumidos pelo segundo setor (iniciativa privada), sob pena de desvirtuamento da matriz constitucional que possibilitou esse fomento (CF, art. 199, *caput*), além da destinação de recursos públicos de forma indireta para auxílio às instituições privadas (com ou sem fins lucrativos).

Além disso, cabe destacar que a cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/1998 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar, pois não se trata de instituição de nova fonte de custeio da seguridade social (CF, art. 195, § 4º¹⁰⁸).

[RE 597.064](#), rel. min. Gilmar Mendes, *DJE* de 16-5-2018.

([Informativo 890](#)), Plenário, **repercussão geral**, [Tema 345](#).

¹⁰⁴ Lei 9.656/1998, art. 32 “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.”

¹⁰⁵ CF, art. 199. “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

¹⁰⁶ CF, 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.”

¹⁰⁷ CF, art. 197. “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

¹⁰⁸ 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: (...) § 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

ORDEM SOCIAL

EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO

EDUCAÇÃO

Admite-se o ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Constituição, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

A interdependência e a complementariedade das noções de Estado laico e liberdade de crença e de culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal (CF), pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões.

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não apenas as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio laicidade do Estado (CF, art. 19, I¹⁰⁹)/consagração da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI¹¹⁰), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no art. 210, §1º¹¹¹, autorizando à rede pública o oferecimento, em

¹⁰⁹ CF, art. 19. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

¹¹⁰ CF, 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

igualdade de condições (CF, art. 5º, *caput*), de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação.

A Constituição garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa por integrantes dela, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o poder público. A oferta do ensino religioso, baseada nos dogmas da fé, não se confunde com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.

Nesse sentido, o ensino religioso previsto constitucionalmente é um direito subjetivo individual, e não um dever imposto pelo poder público. A definição do núcleo imprescindível do ensino religioso como sendo os “dogmas de fé”, protegidos integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das diversas confissões religiosas, o diferencia de todos os demais ramos do conhecimento científico e demonstra que não há possibilidade de neutralidade ao se ministrar essa disciplina, que possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões. Essa disciplina deverá ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal, seja ao impor determinada crença religiosa, seja ao estabelecer fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual.

O ensino religioso deve aproveitar a estrutura física das escolas públicas – tal como amplamente existente no espaço público de hospitais e presídios, que já são utilizados em parcerias – para assegurar a livre disseminação de crenças e ideais de natureza religiosa àqueles que professam da mesma fé e voluntariamente aderirem à disciplina, mantida a neutralidade do Estado nessa matéria.

O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional a) expressamente garante a

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.”

¹¹¹ CF, art. 210. “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”

voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive, o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; b) implicitamente impede que o poder público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

Dessa forma, são constitucionais os arts. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996¹¹², e 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil¹¹³.

[ADI 4.439](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, DJE de 21-6-2018. ([Informativo 879](#), Plenário)

ORDEM SOCIAL

EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO

EDUCAÇÃO

É ilegal o Decreto do Executivo 2.264/1997, que, ao estabelecer o valor da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), fixa valor mínimo anual por aluno em patamar inferior à média nacional.

O Decreto extravasa da delegação legal oriunda da Lei 9.424/1996 e das margens de discricionariedade conferidas à Presidência da República para fixar, em termos nacionais, o valor mínimo nacional por aluno.

A Lei 9.424/1996, que instituiu o Fundef, estabelece que o Fundo deve ser complementado pela União no caso de aporte estadual aquém do valor mínimo nacional por aluno. Ela também determina que esse valor mínimo deverá ser fixado mediante decreto presidencial, desde que nunca seja inferior à razão entre a previsão da receita total para o fundo e o número de matrículas no ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas.

Por sua vez, se o decreto observa, como parâmetro para fixação do valor mínimo, uma importância intermediária resultante da média de cada valor mínimo alcançado dentro de cada fundo por unidade da Federação, exorbita seu poder normativo ao criar limitação não prevista em lei.

A lei não menciona quocientes diferentes para cada Estado-membro, mas estabelece um único método de cálculo do valor mínimo. O objetivo é garantir aos locais mais pobres a condição para ter um sistema educacional de qualidade, promovendo a uniformidade do padrão de ensino a fim de diminuir a desigualdade social do País.

Portanto, o decreto regulamentador é um ato de discricionariedade não absoluta, vinculada ao limite mínimo legal, sendo possível somente a fixação de

pelos diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.”

¹¹³ Decreto 7.107/2010, art. 11. “(...) § 1º O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”

¹¹² Lei 9.394/1996, art. 33. “O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída

valor em patamar superior ou igual à média nacional.

A adoção de parâmetros nacionais não descaracteriza o caráter regional dos fundos de natureza contábil, gerenciados pelos Estados-membros, com vinculação constitucional¹¹⁴ a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino fundamental.

A Emenda Constitucional 14/1996 descentralizou uma série de atribuições do governo central na realização de políticas públicas educacionais ao delinear, em nível constitucional, as funções dos entes federados¹¹⁵. Buscou-se melhorar a qualidade das políticas públicas pela via da eficiência, e não pelo aumento de dispêndios.

A mudança consistiu na subvinculação de parte das transferências federais aos demais entes federados, com finalidade específica relacionada ao ensino fundamental. Isso não implicou, entretanto, ofensa ao princípio federativo, pois não feriu a autonomia estadual.

O repasse de valores a Estado-membro em valor inferior ao fixado em lei não enseja a indenização da população estadual por danos morais coletivos.

¹¹⁴ ADCT, art. 60. “Nos dez primeiros anos da promulgação desta emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. § 1º A distribuição de responsabilidades e recursos entre os estados e seus municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil. § 2º O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas *a* e *b*; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental. § 3º A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. § 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente. § 5º Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido

Eventual frustração do repasse de verbas é unicamente interesse público secundário da Fazenda Pública, inconfundível, pois, com suposta ofensa aos direitos de personalidade da população de determinado ente federativo.

ACO 648, red. p/ o ac. min. Edson Fachin, DJE de 9-3-2018.

(Informativo 876, Plenário)

ORDEM SOCIAL

COMUNICAÇÃO SOCIAL

REGULAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES

Não há vício formal de constitucionalidade na Lei 12.485/2011 – Lei do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), de iniciativa de parlamentar, que redefiniu o marco regulatório do setor de TV por assinatura no país, estabelecendo amplas e profundas mudanças no setor.

A competência legislativa do Congresso Nacional para dispor sobre telecomunicações (CF, art. 22, IV¹¹⁶) e para disciplinar os princípios constitucionais incidentes sobre a produção e a programação das

no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério. § 6º A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal. § 7º A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno.” (Redação dada pela EC 14/1996, porém já revogada pela EC 53/2006).

¹¹⁵ CF, 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. § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

¹¹⁶ CF, art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”

emissoras de rádio e televisão (CF, arts. 221¹¹⁷ e 222, § 3º¹¹⁸) confere autoridade ao Poder Legislativo para, *sponte propria*, criar ou modificar marcos regulatórios setoriais, no que estão abarcados poderes para adaptar as instituições vigentes de modo a garantir a efetividade das novas regras jurídicas.

Os arts. 10¹¹⁹, 12¹²⁰, 13¹²¹, 19, § 3º¹²², 21¹²³, 22¹²⁴, 25, § 1º¹²⁵, 31, *caput*¹²⁶, 36¹²⁷ e 42¹²⁸ da Lei do SeAC simplesmente indicam a autoridade do Estado encarregada de exigir o cumprimento de novas regras materiais sobre o serviço regulado. É um desdobramento lógico de qualquer regra de conduta que exija órgão encarregado de dar-lhe concreção, de sorte que a mera inovação formal de atribuições da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) não configura fundamento suficiente para inquinar a validade

¹¹⁷ CF, 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.”

¹¹⁸ CF, art. 222. “A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (...) § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.”

¹¹⁹ Lei 12.485/2011, art. 10. “A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.”

¹²⁰ Lei 12.485/2011, art. 12. “O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine.”

¹²¹ Lei 12.485/2011, art. 13. “As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade.”

¹²² Lei 12.485/2011, art. 19. “Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados: (...) § 3º O cumprimento da obrigação de que trata o § 2º será aferido em conformidade com período de apuração estabelecido pela Ancine.”

¹²³ Lei 12.485/2011, art. 21. “Em caso de comprovada impossibilidade de cumprimento integral do disposto nos arts. 16 a 18, o interessado deverá submeter solicitação de dispensa à Ancine, que, caso reconheça a impossibilidade alegada, pronunciar-se-á sobre as condições e limites de cumprimento desses artigos.”

da lei.

Dessa forma, a Lei do SeAC não promoveu alterações na fisionomia do Estado brasileiro que descaracterizassem sua identidade da Administração a ponto de justificar a glosa judicial com fulcro no art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal (CF)¹²⁹. O legislador foi prudente o suficiente para apenas adaptar o arcabouço institucional brasileiro (e a partilha de atribuições até então existente) a um novo marco regulatório do setor, cujas modificações não passariam de levianas promessas se não acompanhadas de instrumentos operacionais mínimos para dar-lhes eficácia.

¹²⁴ Lei 12.485/2011, art. 22. “Regulamentação da Ancine disporá sobre a fixação do horário nobre, respeitado o limite máximo de 7 (sete) horas diárias para canais de programação direcionados para crianças e adolescentes e de 6 (seis) horas para os demais canais de programação.”

¹²⁵ Lei 12.485/2011, art. 25. “Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional. § 1º A Ancine fiscalizará o disposto no *caput* e oficiará à Anatel e à Secretaria da Receita Federal do Brasil em caso de seu descumprimento.”

¹²⁶ Lei 12.485/2011, art. 31. “As prestadoras do serviço de acesso condicionado somente poderão distribuir conteúdos empacotados por empresa regularmente credenciada pela Ancine, observado o § 2º do art. 4º desta Lei.”

¹²⁷ Lei 12.485/2011, art. 36. “A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal: I – advertência; II – multa, inclusive diária; III – suspensão temporária do credenciamento; IV – cancelamento do credenciamento.”

¹²⁸ Lei 12.485/2011, art. 42. “A Anatel e a Ancine, no âmbito de suas respectivas competências, regulamentarão as disposições desta Lei em até 180 (cento e oitenta) dias da sua publicação, ouvido o parecer do Conselho de Comunicação Social.”

¹²⁹ CF, 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: (...) e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;”

São constitucionais as restrições à propriedade cruzada (art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei do SeAC¹³⁰) e à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II, da Lei do SeAC¹³¹).

Essas regras proibitivas nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos nos arts. 173, § 4º¹³², e 220, § 5º¹³³, da CF, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.

De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes. Dessa forma, realizam a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder

¹³⁰ Lei 12.485/2011, art. 5º. “O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. § 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.”

¹³¹ Lei 12.485/2011, art. 6º. “As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens: I – adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e II – contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.”

¹³² CF, 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. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação

comunicativo.

A atribuição de poderes normativos à Ancine por meio dos arts. 9º, parágrafo único¹³⁴, 21 e 22 da Lei do SeAC não viola o princípio da legalidade.

A moderna concepção do postulado da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração.

Os referidos dispositivos legais, apesar de conferirem autoridade normativa à Ancine, estão acompanhados por parâmetros aptos a conformar a conduta de todas as autoridades do Estado envolvidas na disciplina do setor audiovisual brasileiro (art. 3º da Lei do SeAC¹³⁵), impedindo que qualquer delas se transforme em órgão titular de um pretensão poder regulatório absoluto.

dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

¹³³ CF, 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. (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

¹³⁴ Lei 12.485/2011, art. 9º. “As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. Parágrafo único. As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema – Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.”

¹³⁵ Lei 12.485/2011, art. 3º. “A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: I – liberdade de expressão e de acesso à informação; II – promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação; III – promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira; IV – estímulo à produção independente e regional; V – estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País; VI – liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado. Parágrafo único. Adicionam-se aos princípios previstos nos incisos deste artigo aqueles estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 485, de 20 de dezembro de 2006.”

A restrição à participação de estrangeiros nas atividades de programação e empacotamento de conteúdo audiovisual de acesso condicionado (art. 10, *caput* e § 1º, da Lei do SeAC¹³⁶) não viola o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF¹³⁷).

A Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer regra jurídica que interdite a distinção entre brasileiro e estrangeiro, ao contrário do que acontece com a situação do brasileiro nato e do naturalizado, para a qual há explícita reserva constitucional acerca das hipóteses de tratamento diferenciado (CF, art. 12, § 2º¹³⁸). Destarte, é juridicamente possível ao legislador ordinário fixar regimes distintos, desde que, em respeito ao princípio geral da igualdade, revele fundamento constitucional suficiente para a discriminação e demonstre a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva.

O art. 10, *caput* e § 1º, da Lei do SeAC, ao restringir a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, representou típica interpretação legislativa evolutiva do comando constitucional encartado no art. 222, § 2º, da CF¹³⁹, de todo condizente com os vetores axiológicos que informam, no plano constitucional, a atividade de comunicação de massa, entre os quais a preservação da soberania e identidade nacionais, o pluralismo informativo e a igualdade entre os prestadores de serviço a despeito da tecnologia utilizada na atividade.

¹³⁶ Lei 12.485/2011, art. 10. “A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos. § 1º As programadoras e empacotadoras deverão depositar e manter atualizada, na Ancine, relação com a identificação dos profissionais de que trata o *caput* deste artigo, os documentos e atos societários, inclusive os referentes à escolha dos dirigentes e gestores em exercício, das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na sua cadeia de controle, cujas informações deverão ficar disponíveis ao conhecimento público, inclusive pela rede mundial de computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas.”

¹³⁷ CF, 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:”

¹³⁸ CF, art. 12. “São brasileiros: (...) § 2º A lei não poderá

A exigência de prévio credenciamento junto à Ancine para exercício das atividades de programação e empacotamento; o dever de prestação de informações solicitadas pela agência para fins de fiscalização e cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade; e a vedação à distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada pela agência (arts. 12, 13 e 31, *caput*, §§ 1º e 2º¹⁴⁰, da Lei do SeAC) são válidos.

O poder de polícia administrativa manifesta-se tanto preventiva quanto repressivamente, traduzindo-se ora no consentimento prévio pela Administração Pública para o exercício regular de certas liberdades, ora no sancionamento do particular em razão do descumprimento de regras materiais aplicáveis à atividade regulada. Em qualquer caso, a ingerência estatal (fiscalizatória e punitiva) exsurge como garantia da efetividade da disciplina jurídica aplicável.

Ademais, em nenhum momento, a Lei do SeAC admite, pelo menos em relação a esses dispositivos, a influência do Estado sobre a liberdade de expressão ou criação intelectual, em quaisquer de suas três dimensões (*i.e.*, produção de conteúdo audiovisual, estruturação da programação e formatação de pacotes). Credenciar-se perante um órgão público ou prestar a ele informações não são obrigações que tolham a liberdade de manifestação de nenhum agente econômico, na medida em que nada têm a ver com o objeto final das atividades de produção, programação e empacotamento.

Os arts. 12 e 13 da Lei do SeAC simplesmente fixam deveres instrumentais de colaboração das empresas para fins de permitir a atividade fiscalizatória

estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.”

¹³⁹ CF, art. 222. “A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (...) § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.”

¹⁴⁰ Lei 12.485/2011, art. 31. “As prestadoras do serviço de acesso condicionado somente poderão distribuir conteúdos empacotados por empresa regularmente credenciada pela Ancine, observado o § 2º do art. 4º desta Lei. § 1º As prestadoras do serviço de acesso condicionado deverão tornar pública a empacotadora do pacote por ela distribuído. § 2º A distribuidora não poderá ofertar aos assinantes pacotes que estiverem em desacordo com esta Lei.”

da Ancine quanto ao cumprimento das novas obrigações materiais a que estão sujeitos todos os agentes do mercado audiovisual. Além disso, por meio do credenciamento perante a Ancine e da prestação de informações relevantes à agência, fornece-se à autoridade regulatória substrato fático mínimo para que possa mapear o mercado audiovisual brasileiro e, assim, desempenhar, satisfatoriamente, sua outra (e principal) missão institucional: a de fomentar o setor cultural brasileiro, especialmente as indústrias cinematográfica e videofonográfica, bem como a produção audiovisual de acesso condicionado. Sem que a Ancine tenha acesso a dados precisos sobre a composição do mercado audiovisual, qualquer política pública de fomento padeceria de dificuldades em diagnosticar as áreas carecedoras de estímulo estatal e aquelas em que já há suficiente oferta de conteúdo.

Já o art. 31, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei do SeAC consubstancia mero desdobramento lógico da exigência

¹⁴¹ Lei 12.485/2011, art. 16. “Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.”

¹⁴² Lei 12.485/2011, art. 17. “Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.”

¹⁴³ Lei 12.485/2011, art. 18. “Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19.”

¹⁴⁴ Lei 12.485/2011, art. 19. “Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados: I – os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote; II – os canais de programação que retransmitirem canais de geradoras detentoras de outorga de radiodifusão de sons e imagens em qualquer localidade; III – os canais de programação operados sob a responsabilidade do poder público; IV – os canais de programação cuja grade de programação não tenha passado por qualquer modificação para se adaptar ao público brasileiro, incluindo legendagem, dublagem para língua portuguesa ou publicidade específica para o mercado brasileiro; V – os canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico; VI – os canais ofertados na modalidade avulsa de programação; VII – os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado. § 1º Para os canais de que trata o inciso VI, aplica-se o disposto no art. 16. § 2º Na oferta dos canais de que trata o inciso VII, no mínimo 10% (dez por cento) dos con-

de credenciamento das empacotadoras e da necessidade de cumprimento das cotas de programação. De fato, se as empacotadoras estão sujeitas a um dever de credenciamento e de veiculação de conteúdo brasileiro, seu descumprimento impede a atuação no mercado audiovisual brasileiro. Em consequência, se a empresa empacotadora está impedida de atuar no setor, nada mais natural do que as empresas distribuidoras serem impedidas de com elas contratar.

É constitucional a fixação de cotas de conteúdo nacional para canais e pacotes de TV por assinatura (arts. 16¹⁴¹, 17¹⁴², 18¹⁴³, 19¹⁴⁴, 20¹⁴⁵ e 23¹⁴⁶ da Lei do SeAC).

Essa sistemática consubstancia medida adequada, necessária e proporcional para promover a cultura brasileira e estimular a produção independente, dando concretude ao art. 221 da CF e ao art. 6º¹⁴⁷ da Convenção Internacional sobre a Proteção

teúdos ofertados que integrem espaço qualificado deverão ser brasileiros. § 3º O cumprimento da obrigação de que trata o § 2º será aferido em conformidade com período de apuração estabelecido pela Ancine. § 4º Para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do *caput* deste artigo.”

¹⁴⁵ Lei 12.485/2011, art. 20. “A programadora ou empacotadora, no cumprimento das obrigações previstas nos arts. 16 a 18, observará as seguintes condições: I – pelo menos a metade dos conteúdos audiovisuais deve ter sido produzida nos 7 (sete) anos anteriores à sua veiculação; II – o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira; III – o conteúdo produzido por brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 (dez) anos será equiparado ao produzido por produtora brasileira independente, caso seu produtor atenda as condições previstas na alínea c do inciso XIX do art. 2º; IV – quando o cálculo dos percentuais e razões não resultar em número inteiro exato, considerar-se-á a parte inteira do resultado.”

¹⁴⁶ Lei 12.485/2011, art. 23. “Nos 2 (dois) primeiros anos de vigência desta Lei, o número de horas de que trata o *caput* do art. 16, as resultantes das razões estipuladas no *caput* e no § 1º do art. 17 e o limite de que trata o § 3º do art. 17 serão reduzidos nas seguintes razões: I – 2/3 (dois terços) no primeiro ano de vigência da Lei; II – 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei.”

¹⁴⁷ Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto 6.177/2007), artigo 6. “Direitos das Partes no âmbito nacional. 1. No marco de suas políticas e medidas culturais, tais como definidas no artigo 4.6, e levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território. 2. Tais medidas poderão incluir: a) medidas regulatórias que visem à proteção e promoção

e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto 6.177/2007) em um cenário mercadológico caracterizado pela concentração do poder econômico internacional, pela existência de barreiras à entrada das empresas produtoras brasileiras, em especial das independentes, e pela tendência à homogeneização dos conteúdos disponibilizados ao assinante.

Com efeito, tanto a veiculação mínima de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura quanto a exigência de um número também mínimo de canais brasileiros nos pacotes ofertados aos assinantes estimulam a demanda pelos produtos da indústria audiovisual nacional, o que, em consequência, aquece a cadeia produtiva do setor e favorece seu desenvolvimento e consolidação.

Apesar de existirem alternativas à promoção da indústria audiovisual brasileira (*e.g.*, isenções fiscais e patrocínio estatal) que impõem restrições menos onerosas aos bens jurídicos contrapostos, tais mecanismos não se apresentam como igualmente eficazes para a promoção do fim desejado pela política pública em exame. E isso por uma simples razão: instrumentos fiscais e financeiros sempre existiram e foram aplicados em proveito da indústria nacional. Tanto é assim que a Ancine fora concebida, originalmente, como agência de fomento. Sem embargo, o setor de TV paga permaneceu dominado pelas obras estrangeiras. A produção nacional e independente continuou marginalizada. Somente com a política de cotas é que esse cenário começou a ser substancialmente modificado (e mais: sem comprometer em demasia o erário).

Ademais, o grau de prejuízo imposto à liberdade

da diversidade das expressões culturais; b) medidas que, de maneira apropriada, criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais – entre o conjunto das atividades, bens e serviços culturais disponíveis no seu território –, para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição, incluindo disposições relacionadas à língua utilizada nessas atividades, bens e serviços; c) medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades no setor informal acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais; d) medidas voltadas para a concessão de apoio financeiro público; e) medidas com o propósito de encorajar organizações de fins não lucrativos, e também instituições públicas e privadas, artistas e outros profissionais de cultura, a desenvolver e promover o livre intercâmbio e circulação de ideias e expressões culturais, bem como de atividades, bens e serviços culturais, e a estimular tanto a criatividade quanto o espírito empreendedor em suas atividades; f) medidas com vistas a estabelecer e apoiar, de forma adequada, as instituições pertinentes de serviço público; g) medidas para

de iniciativa e à liberdade de expressão das empresas estrangeiras é ínfimo, na medida em que o legislador não impediu, em qualquer momento, a comercialização de conteúdos audiovisuais de outros países nem o acesso de agentes econômicos estrangeiros ao mercado pátrio. O leve sacrifício à liberdade de iniciativa é temporário e deverá ser suportado de modo progressivo pelos agentes econômicos, resguardado que lhes foi período razoável de adaptação e planejamento. Com efeito, a política de cotas de conteúdo nacional foi criada com data para terminar (art. 41 da Lei do SeAC¹⁴⁸). Mais que isso: a política vem sendo implementada de forma gradual, visando a não causar nenhum impacto instantâneo no setor (art. 23 da Lei do SeAC). Cuida-se, pois, de medida transitória e cautelosa arquitetada pelo legislador como resposta temporária à fragilidade do mercado audiovisual brasileiro em face do poder econômico internacional. Espera-se que, uma vez fortalecida, a indústria pátria possa caminhar por suas próprias pernas e ofertar produtos competitivos interna e externamente.

É constitucional a fixação de limite temporal máximo para a publicidade comercial na TV por assinatura (art. 24 da Lei do SeAC¹⁴⁹).

Essa limitação está em harmonia com o dever constitucional de proteção do consumidor (CF, art. 170, V¹⁵⁰), máxime diante do histórico quadro registrado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) de reclamações de assinantes quanto ao volume de publicidade na grade de programação dos canais pagos.

O consumidor do SeAC, ao assinar um pacote de canais, desembolsa recursos para obter maior diversidade de conteúdo e programação audiovisual, o

encorajar e apoiar os artistas e todos aqueles envolvidos na criação de expressões culturais; h) medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão.”

¹⁴⁸ Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto 6.177/2007), art. 41. “Os arts. 16 a 23 deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei.”

¹⁴⁹ Lei 12.485/2011, art. 24. “O tempo máximo destinado à publicidade comercial em cada canal de programação deverá ser igual ao limite estabelecido para o serviço de radiodifusão de sons e imagens. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos canais de que trata o art. 32 desta Lei e aos canais exclusivos de publicidade comercial, de vendas e de infomerciais.”

¹⁵⁰ CF, 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;”

que, obviamente, não se refere a propaganda comercial. Canais diferentes são conhecidos pelos seus programas e não pela publicidade que transmitem.

A proibição da oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira (art. 25 da Lei do SeAC¹⁵¹) viola o princípio constitucional da igualdade.

Esse princípio, enquanto regra de ônus argumentativo, exige que o tratamento diferenciado entre indivíduos seja acompanhado de causa jurídica suficiente para amparar a discriminação, cujo exame de consistência, embora preserve um espaço de discricionariedade legislativa, é sempre passível de aferição judicial (CF, art. 5º, XXXV). A discriminação introduzida pelo art. 25 da Lei do SeAC não encontra eco imediato em nenhuma norma constitucional expressa, não possui prazo para ter fim e é despida de qualquer justificação que indique a vulnerabilidade das empresas brasileiras de publicidade.

A outorga da atividade de distribuição do serviço de acesso condicionado mediante autorização administrativa, sem necessidade de prévio procedimento licitatório (art. 29 da Lei do SeAC), não viola o art. 37, XXI¹⁵², c/c o art. 175¹⁵³, caput, da CF.

¹⁵¹ Lei 12.485/2011, art. 25. “Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional. § 1º A Ancine fiscalizará o disposto no *caput* e oficiará à Anatel e à Secretaria da Receita Federal do Brasil em caso de seu descumprimento. § 2º A Anatel oficiará às distribuidoras sobre os canais de programação em desacordo com o disposto no § 1º, cabendo a elas a cessação da distribuição desses canais após o recebimento da comunicação.”

¹⁵² CF, 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.”

¹⁵³ CF, 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.”

O dever constitucional de licitar somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao poder público não possa ser universalizado. Destarte, descabe cogitar de certame licitatório quando a contratação pública não caracterizar escolha da Administração e todo cidadão possa ter acesso ao bem pretendido. Ademais, no campo das telecomunicações, a Constituição admite a outorga do serviço mediante simples autorização (art. 21, XI¹⁵⁴).

O procedimento previsto na Lei do SeAC também se justifica diante da nova e abrangente definição do SeAC (art. 2º, XXIII), apta a abarcar todas as possíveis plataformas tecnológicas existentes (e não apenas cabos físicos e ondas de radiofrequência), bem como diante da qualificação privada recebida pela atividade no novo marco regulatório da comunicação audiovisual.

O art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei do SeAC¹⁵⁵, ao impor a disponibilidade gratuita dos canais de TV aberta às distribuidoras e às geradoras de programação da TV por assinatura, não ofende a liberdade de iniciativa nem os direitos de propriedade intelectual.

O modelo de negócios da radiodifusão não se estrutura financeiramente sobre receitas cobradas do destinatário do conteúdo. A principal fonte de recur-

¹⁵⁴ CF, 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;”

¹⁵⁵ Lei 12.485/2011, art. 32. “A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações: (...) § 2º A cessão às distribuidoras das programações das geradoras de que trata o inciso I [canais da TV aberta] deste artigo será feita a título gratuito e obrigatório. (...) § 13. Caso não seja alcançado acordo quanto às condições comerciais de que trata o § 12, a geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, exigir que sua programação transmitida com tecnologia digital seja distribuída gratuitamente na área de prestação do serviço de acesso condicionado, desde que a tecnologia de transmissão empregada pelo distribuidor e de recepção disponível pelo assinante assim o permitam, de acordo com critérios estabelecidos em regulamentação da Anatel. § 14. Na hipótese de que trata o § 13, a cessão da programação em tecnologia digital não ensejará pagamento por parte da distribuidora, que ficará desobrigada de ofertar aos assinantes a programação em tecnologia analógica.”

dos das prestadoras de TV aberta é a publicidade comercial realizada durante a programação, e não a cobrança de assinatura dos telespectadores. O que fez a Lei do SeAC foi apenas replicar, no âmbito do serviço de acesso condicionado, essa lógica vigente na televisão aberta. Com isso, pretende assegurar que também o consumidor dos serviços de TV por assinatura tenha acesso gratuito ao conteúdo aberto.

Registre-se ainda que o direito de exploração do serviço de radiodifusão qualifica-se como serviço público, afastando-se da plena liberdade de iniciativa. Nesse cenário, é razoável reconhecer ao legislador a possibilidade de garantir o acesso livre e gratuito ao conteúdo gerado.

É possível o cancelamento do registro do agente econômico perante a Ancine por descumprimento de obrigações legais.

O art. 36 da Lei do SeAC representa garantia de eficácia das normas jurídicas aplicáveis ao setor, sendo certo que haveria evidente contradição ao se impedir o início da atividade sem o registro (por não preenchimento originário das exigências legais) e, ao mesmo tempo, permitir a continuidade de sua

¹⁵⁶ CF, 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;”

¹⁵⁷ Lei 12.485/2011, art. 37. “Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória n. 2.228- 1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995. (...) § 6º Até a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado, só serão admitidas pela Anatel renovações de outorgas, de autorização do direito de uso de radiofrequências, alterações na composição societária da prestadora, bem como transferências de outorgas, de controle ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no § 1º para prestadoras que se comprometerem com a Anatel a promover a adaptação de seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado imediatamente após a aprovação do regulamento, que conterà os critérios de adaptação. § 7º Após a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado pela Anatel, só serão admitidas renovações e transferências de outorgas, de controle, renovações de autorização do direito de uso de radiofrequência, alterações na composição societária da prestadora ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no § 1º para prestadoras que adaptem seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado. (...) § 11 As atuais concessões para a prestação de TVA cujos atos de autorização de

exploração quando configurada a perda superveniente da regularidade.

A existência de um regime jurídico de transição justo, ainda que consubstancie garantia individual diretamente emanada do princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima (CF, art. 5º, XXXVI¹⁵⁶), não impede a redefinição e a atualização dos marcos regulatórios setoriais.

O art. 37, §§ 6º, 7º e 11, da Lei do SeAC¹⁵⁷, ao fixar regras sobre a renovação das outorgas após o fim do respectivo prazo original de vigência e regras pertinentes às alterações subjetivas sobre a figura do prestador do serviço, é constitucionalmente válido ante a inexistência, *ab initio*, de direito definitivo à renovação automática da outorga, bem como da existência de margem de conformação do legislador para induzir os antigos prestadores a migrarem para o novo regime.

Já o art. 37, §§ 1º e 5º¹⁵⁸, da Lei do SeAC, ao vedar o pagamento de indenização aos antigos prestadores do serviço em virtude das novas obrigações não previstas no ato de outorga original, não viola qualquer previsão constitucional, porquanto, em um cenário contratual e regulatório marcado pela li-

uso de radiofrequência estejam em vigor, ou dentro de normas e regulamentos editados pela Anatel, até a data da promulgação desta Lei, poderão ser adaptadas para prestação do serviço de acesso condicionado, nas condições estabelecidas nesta Lei, permanecendo, neste caso, vigentes os atos de autorização de uso de radiofrequência associados pelo prazo remanescente da outorga, contado da data de vencimento de cada outorga individualmente, não sendo objeto de renovação adicional.”

¹⁵⁸ Lei 12.485/2011, art. 37. “Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória n. 2.228- 1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995. § 1º Os atos de outorga de concessão e respectivos contratos das atuais prestadoras do Serviço de TV a Cabo – TVC, os termos de autorização já emitidos para as prestadoras do Serviço de Distribuição de Canais Multiponto Multicanal – MMDS e do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite – DTH, assim como os atos de autorização de uso de radiofrequência das prestadoras do MMDS e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura – TVA, continuarão em vigor, sem prejuízo da adaptação aos condicionamentos relativos à programação e empacotamento previstos no Capítulo V, até o término dos prazos de validade neles consignados, respeitada a competência da Anatel quanto à regulamentação do uso e à administração do espectro de radiofrequências, devendo a Agência, no que couber, adequar a regulamentação desses serviços às disposições desta Lei. (...) § 5º Não serão devidas compensações financeiras às prestadoras dos serviços mencionados no § 1º nos casos de adaptação de outorgas de que trata este artigo.”

berdade de preços, descabe cogitar de qualquer indenização pela criação de novas obrigações legais (desde que constitucionalmente válidas). Eventuais aumentos de custos que possam surgir deverão ser administrados exclusivamente pelas próprias empresas, que tanto podem repassá-los aos consumidores quanto retê-los em definitivo.

[ADIs 4.756, 4.747, 4.679 e 4.923](#), rel. min. Luiz Fux, DJE de 5-4-2018.

([Informativo 884](#), Plenário)

DIREITO INTERNACIONAL

DIREITO INTERNACIONAL PENAL

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

SEQUESTRO

Os crimes de lesa-humanidade são prescritíveis.

Os crimes cometidos em regime de exceção por militar com motivação política são considerados crimes contra a humanidade. Eles são prescritíveis de acordo com o ordenamento brasileiro, uma vez que o Brasil ainda não subscreveu a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade da Organização das Nações Unidas¹⁵⁹.

No delito de sequestro, enquanto a vítima permanece desaparecida, perdura a consumação, a menos que seja constatada sua morte, ainda que presumida.

Entretanto, no que se refere ao sequestro, trata-se de delito de natureza permanente, e apenas se submete à prescrição se consumado, o que só ocorre se a vítima, ou seu corpo, for encontrada. O crime também se consuma na hipótese de presumida a morte.

[Ext 1.270](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 23-2-2018.

([Informativo 888](#), Primeira Turma)

¹⁵⁹ Precedente: [Ext 1.362](#), rel. min. Edson Fachin, P.

DIREITO PENAL

PENAS

APLICAÇÃO DA PENA

CRIME CONTINUADO

Os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes não se qualificam como fato típico único e devem ser punidos em concurso material¹⁶⁰.

Trata-se de crimes de espécies distintas, razão pela qual é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71¹⁶¹).¹⁶²

A principal diferença entre as duas figuras delituosas reside no fato de que na extorsão a participação da vítima é condição para que o crime seja praticado; ou seja, o apoderamento do objeto material depende da conduta da vítima. No roubo, o crime ocorrerá independentemente de uma ação ou omissão do sujeito passivo.

[HC 114.667](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, DJE de 12-6-2018.

([Informativo 899](#), Primeira Turma)

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

PRESCRIÇÃO

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL

Se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não cabe falar prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão executória¹⁶³ pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontra impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena¹⁶⁴, descabe falar em inércia do titular da pretensão executória¹⁶⁵.

Não há como admitir o início da contagem do prazo da prescrição executória enquanto não puder ser efetiva e concretamente exercida a pretensão estatal. O simples trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não pode ter o automático efeito de iniciar o curso da prescrição executória.

O entendimento de que a prescrição da pretensão executória se iniciaria com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, de uma Justiça efetiva.

Ademais, a existência de manobras procrastinatórias, como a sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia ao cargo que gera a prerrogativa de foro, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir

¹⁶⁰ Precedentes: [HC 106.433](#), rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; [RHC 112.676](#), rel. min. Rosa Webber, 1ª T.

¹⁶¹ CP, 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. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”

¹⁶² Precedente: [HC 113.900](#), rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

¹⁶³ “A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia do Estado. Para Roberto Delmanto Júnior, ‘o instituto da prescrição, além do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário. (...) Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que é um direito do acusado’ (*Código Penal Comentado*, Saraiva, 8ª edição, p. 403).” (Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no julgamento do [RE 696.533](#).)

¹⁶⁴ Precedente: [HC 84.078](#), rel. min. Eros Grau, P.

¹⁶⁵ Precedentes: [HC 107.710 AgR](#), rel. min. Roberto Barroso, 1ª T; e [HC 115.269](#), rel. min. Rosa Weber, 1ª T.

do trânsito em julgado para a acusação. Tal entendimento apenas fomentaria a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.

[RE 696.533](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 5-3-2018.

([Informativo 890](#), Primeira Turma)

CRIMES CONTRA A PESSOA

CRIMES CONTRA A VIDA

HOMICÍDIO¹⁶⁶

Causar a morte de alguém ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão, atrai a incidência do art. 121 c/c o art. 18,¹⁶⁷ ambos do Código Penal (CP).

O dolo do delito cometido nessas circunstâncias não é direto, mas eventual, pois o condutor assumiu risco ou, no mínimo, não se preocupou com o risco de eventualmente causar seja lesões, seja a morte. Diante disso, há que se diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, não havendo falar em aplicação do delito previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁶⁸.

Dessa forma, ante o reconhecimento da evolução jurisprudencial na análise do que vem a ser dolo eventual e culpa consciente, é legítimo o tratamento como crime doloso (CP, art. 121, *caput* c/c art. 18, I) e o julgamento pelo Tribunal do Júri daquele que causa a morte de alguém ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão.”

[HC 124.687](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 27-6-2018.

([Informativo 904](#), Primeira Turma)

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

ESTUPRO

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada.

Os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência. Procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, o Supremo Tribunal Federal (STF) aderiu à posição de crime de ação pública incondicionada, que veio a ser cristalizada no Enunciado 608¹⁶⁹ da Súmula do STF, em pleno vigor.

Ademais, para fins de caracterização de violência real em crimes de estupro, é dispensável a ocorrência de lesões corporais¹⁷⁰.

[HC 125.360](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 6-4-2018.

([Informativo 892](#), Primeira Turma)

¹⁶⁶ CP, art. 121. “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.”

¹⁶⁷ CP, art. 18. “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”

¹⁶⁸ CTB, art. 302. “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão

ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

¹⁶⁹ Enunciado 608 da Súmula do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

¹⁷⁰ Precedentes: [HC 81.848](#), rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T; [HC 102.683](#), rel. min. Ellen Gracie, 2ª T.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

DESACATO

A criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷¹ e igualmente tratada na Constituição Federal (CF), não possui, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto.

Tomando-se o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 13, como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal.

Da mesma forma, a CF, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, direitos conferidos a todos, sem distinção de qualquer natureza, recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

A liberdade de expressão consubstancia um dos

mais valiosos instrumentos na preservação do regime democrático. O pluralismo de opiniões, a crítica, a censura são vitais para a formação da vontade livre de um povo. O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, própria da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado Democrático de Direito não desconhece esse valor universal.

Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe a censura *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas juridicamente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, X, da CF¹⁷², que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra¹⁷³.

De conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão e não retira da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), e não os eliminar. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais¹⁷⁴.

¹⁷¹ Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13. “Liberdade de pensamento e de expressão – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

¹⁷² CF, art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

¹⁷³ “O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, DJ de 19-3-2004. Consignou-se: ‘O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.’” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do [HC 141.949](#)).

¹⁷⁴ “Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto,

Com efeito, é o exercício abusivo das liberdades públicas que não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido de forma contrária ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão¹⁷⁵.

A CF, em seu art. 37¹⁷⁶, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão.

Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que, atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros. O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, submete-se a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido art. 37¹⁷⁷ é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral. Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob

especial proteção legal.

Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático. O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*.

Assim, importante questão a ser observada diz respeito à compatibilidade do desacato e à existência, no Estado democrático, de igual lei que puna o abuso de autoridade. Há de existir um equilíbrio entre essas duas forças. O Estado Democrático de Direito deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade. Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade.

Nesse ponto, ressalte-se que a atual lei de repressão ao abuso é precária. Editada há mais de meio século (Lei 4.898/1965), é insuficiente para coibir eficazmente a diversidade de desvios funcionais desvelados hodiernamente.

A ausência de equilíbrio provocada pela falta de uma lei que puna exemplarmente desvios de agentes do Estado e a pretensão deste de punir agressões contra esses mesmos agentes têm afetado a eficácia social do tipo penal do desacato.

No entanto, não é ainda o caso de se invocar a Teoria da Adequação Social, desenvolvida por Hans Welzel, como causa supralegal de exclusão da tipicidade, pela qual se preconiza que determinadas condutas, consensualmente aceitas pela sociedade, não mais se ajustam a um modelo legal incriminador. A evolução dos costumes seria o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade, circunstância ainda não passível de aferição, mas é preciso

não exceda o estritamente necessário". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94/95 *apud* ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do [HC 141.949](#)).

¹⁷⁵ "Nesse ponto, consigne-se que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do Habeas Corpus 379.269, enfatizou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no art. 331 do Código Penal. No voto do ministro Rogério Shietti Cruz, registrou-se que a Corte Interamericana tem repudiado abusos no exercício da liberdade de expressão, citando-se os seguintes *cases* à guisa de exemplo: caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de 31 de agosto de 2004, § 104; caso Kimel vs. Argentina, sentença de 2 de

maio de 2008, §§ 71 e 76; e caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004." (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do [HC 141.949](#)).

¹⁷⁶ CF, 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:"

¹⁷⁷ CF, art. 37. "(...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

que o legislador atualize a legislação para punir eficazmente desvios e abusos de agentes do Estado.

Havendo lei, ainda que deficitária, punindo o abuso de autoridade (Lei 4.898/1965), pode-se afirmar que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º¹⁷⁸).

[HC 141.949](#), rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 23-4-2018.

([Informativo 894](#), Segunda Turma)

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

DESCAMINHO¹⁷⁹

É dispensada a existência de procedimento administrativo fiscal com a posterior constituição do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho (CP, art. 334).

O descaminho possui natureza formal, razão pela qual dispensável, para a consumação do delito, a existência de dano à Fazenda Pública, apurado por meio de procedimento administrativo fiscal, bem como a constituição do crédito tributário.

[HC 121.798](#), rel. min. Marco Aurélio, DJE de 13-6-2018.

([Informativo 904](#), Primeira Turma)

¹⁷⁸ CF, 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

¹⁷⁹ CP, art. 334. “Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

¹⁸⁰ CP, art. 334. “Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CRIMES PRATICADOS PELO PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

DESCAMINHO

O princípio da insignificância deve ser aplicado ao crime de descaminho (CP, art. 334¹⁸⁰) quando o valor sonegado for inferior a R\$ 20.000,00, desde que as provas demonstrem que o denunciado não seja pessoa contumaz na prática de ilícitos da mesma natureza¹⁸¹.

Na avaliação da insignificância, deve ser considerado o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002 (atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012¹⁸² do Ministério da Fazenda) para a dispensa de instauração do processo executivo fiscal contra o contribuinte renitente¹⁸³.

[HC 155.347](#), rel. min. Dias Toffoli, DJE de 7-5-2018.

([Informativo 898](#), Segunda Turma)

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEI 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

ART. 12, I – CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Não viola o princípio da congruência a ausência de menção na peça acusatória à capitulação legal da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I¹⁸⁴, da Lei 8.137/1990 posteriormente reconhecida em sentença condenatória.

“O princípio da congruência, dentre os seus vetores, indica que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Destarte, faz-se necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo

¹⁸¹ Precedente: [HC 123.108](#), rel. min. Roberto Barroso, P.

¹⁸² Portaria 130/2012/MF, art. 2º “O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.”

¹⁸³ Precedentes: [HC 136.984](#), rel. min. Rosa Weber, 1ª T; [HC 123.519](#), rel. min. Edson Fachin, 1ª T.

¹⁸⁴ Lei 8.137/1990, art. 12. “São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I – ocasionar grave dano à coletividade;”

irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena.”¹⁸⁵

Ademais, a consideração do vultoso *quantum* negado é elemento suficiente para a caracterização do grave dano à coletividade constante do art. 12, I, da Lei 8.137/1990 e, assim, parâmetro para aplicação dessa majorante.

A Portaria 320/2008¹⁸⁶ da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) não é parâmetro jurídico para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I¹⁸⁷, da Lei 8.137/1990.

Essa norma infralegal apenas dispõe sobre o Projeto Grandes Devedores no âmbito da PGFN, conceituando, para os seus fins, os “grandes devedores”. O objetivo dessa medida é estabelecer, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, método de cobrança prioritário a esses sujeitos passivos de vultosas obri-

¹⁸⁵ Precedente: [HC 120.587](#), rel. min. Luiz Fux, 1ª T.

¹⁸⁶ Portaria 320/2008 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, art. 1º “O Projeto Grandes Devedores – PROGRAN, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, rege-se pelo disposto nesta Portaria. Capítulo I – Disposição Preliminar. Art. 2º São considerados grandes devedores, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aqueles devedores inscritos em dívida ativa da União, cujos débitos, de natureza tributária ou não tributária, tenham: I – unitária ou agrupadamente, em função de um mesmo devedor, valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II – presentes circunstâncias indicativas de crime contra a ordem tributária. Art. 3º Nas atividades anteriores à inscrição do débito em Dívida Ativa desenvolvidas no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, receberão tratamento prioritário os sujeitos passivos de obrigações tributárias submetidos a acompanhamento diferenciado ou especial pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 11.212, de 8 de novembro de 2007, e Portarias RFB n. 11.211, de 7 de novembro de 2007, e n. 11.213 de 8 de novembro de 2007 e regulamentações posteriores. Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, as listas dos sujeitos passivos submetidos ao acompanhamento econômico-tributário diferenciado são disponibilizadas pela Coordenação Especial de Acompanhamento dos Maiores Contribuintes da Receita Federal do Brasil, na forma estabelecida no § 1º do art. 1º da Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 11.212, de 8 de novembro de 2007. (...) Art. 14. As Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional e a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional designarão Procuradores encarregados de proceder ao acompanhamento especializado de processos judiciais referentes a grandes devedores que tenham valor da causa ou em discussão igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), conferindo-lhe tratamento prioritário. (...) Art. 18. Todos os processos judiciais de grandes devedores deverão ser cadastrados no sistema de acompanhamento judicial, sendo priorizados

gações tributárias, sem limitar ou definir, no entanto, o grave dano à coletividade.

[HC 129.284](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 7-2-2018.

([Informativo 882](#), Segunda Turma)

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEI 8.666/1993 – LICITAÇÕES

CRIMES E PENAS (ART. 89 E ART. 90)

Os tipos penais previstos nos arts. 89¹⁸⁸ e 90¹⁸⁹ da Lei 8.666/1993 não exigem a ocorrência de dano ao erário.

O bem jurídico tutelado é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público. Dispensa a consumação dos delitos em análise¹⁹⁰, ou seja, da ocorrência de dano ao erário, uma

aqueles cujo valor envolvido ultrapasse R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) de reais. Parágrafo único. Em caso de impossibilidade de cumprimento imediato do disposto no *caput*, o Procurador-Chefe ou Seccional poderá realizar o devido cadastramento até 30 de julho de 2008, justificando as razões de impossibilidade à Coordenação-Geral de Grandes Devedores e, nas Procuradorias Seccionais, também ao Procurador-Chefe da respectiva unidade. (...) Art. 20. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

¹⁸⁷ Lei 8.137/1990, art. 12. “São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I – ocasionar grave dano à coletividade;”

¹⁸⁸ Lei 8.666/1993, art. 89. “Dispensar ou inexistir 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.”

¹⁸⁹ Lei 8.666/1993, art. 90. “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

¹⁹⁰ “Há duas questões de Direito, uma é a de prescrição, que acho que não ocorreu, e esta questão do dano ao erário. A meu ver, a jurisprudência é pacífica e correta no sentido da inexigibilidade de dano ao erário. E não é difícil exemplificar isso. Se a autoridade responsável pela licitação tem um primo que vende canetas a dez reais, e o preço do mercado é dez reais realmente. Ele vai lá e favorece o primo. Nós achamos que isso está consentâneo com a legislação? Evidentemente que não está. Portanto, penso que a exigibilidade não é pertinente aqui, com to-

vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de higidez no procedimento licitatório.

Com efeito, a regra para a contratação pelo poder público é que os contratos sejam precedidos de procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre os participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por essa razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas.

[RE 696.533](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, *DJE* de 5-3-2018.

([Informativo 890](#), Primeira Turma)

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEI 11.340/2006 — VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ART. 41 — INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/1995

A prática de contravenção penal, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, atrai a incidência da Lei 11.340/2006.

Não se admite a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de prática de contravenção penal de vias de fato (Decreto-Lei 3.688/1941, art. 21¹⁹¹), se a conduta é perpetrada no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 41¹⁹² da Lei 11.340/2006 obsta a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em todo e qualquer caso de prática delituosa que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que reduzida a gravidade da lesão¹⁹³.

A violência contra a mulher comporta natureza específica. Desse modo, qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, nos âmbitos doméstico e familiar, independentemente do convívio entre agressor e ofendida bem como da orientação sexual dos envolvidos, faz incidir a lei protetiva. Não é necessário perquirir, para fins de aplicação do regramento repressivo, a

das as vênias.” (Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no julgamento do [RE 696.533](#).)

¹⁹¹ Decreto-Lei 3.688/1941, art. 21. “Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.”

¹⁹² Lei 11.340/2006, art. 41. “Aos crimes praticados com

intensidade da agressão.

A Lei 11.340/2006 consagra sistema protetivo em benefício da mulher, que surgiu para concretizar o dever constitucional¹⁹⁴ de agir, por parte do Estado, ante a adoção de mecanismos para coibir toda e qualquer violência doméstica e familiar.

Ainda que o art. 41 da Lei 11.340/2006 trate de “crimes”, a interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica desvirtuamento na *mens legis*. Sob essa ótica, o sistema de proteção às vítimas da violência de gênero (doméstica e familiar contra a mulher), nos moldes da referida lei, deve ser observado, na medida em que vedada a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, nos casos de violência.

[HC 137.888](#), rel. min. Rosa Weber, *DJE* de 21-2-2018. ([Informativo 884](#), Primeira Turma)

violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

¹⁹³ Precedente: [HC 106.212](#), rel. min. Marco Aurélio, P.

¹⁹⁴ CF, art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EXECUÇÃO

DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Os entes federados podem editar leis que estabeleçam o valor máximo para pagamento em requisição de pequeno valor (RPV), ainda que abaixo dos valores previstos no art. 87¹⁹⁵ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), desde que respeitado o art. 100, § 4º, da Constituição Federal (CF) (redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 62/2009) e suas capacidades financeiras.

A norma extraída do art. 87 do ADCT não fixa um piso irredutível para o pagamento dos débitos dos Estados e dos Municípios por meio de RPV. Pelo contrário, esse dispositivo, instituído como transitório pela EC 37/2002, estipulou teto provisório aos Estados e Municípios no que diz respeito ao pagamento de seus débitos por meio de requisição de pequeno valor.¹⁹⁶

Logo, cabe a cada ente federado estabelecer o valor máximo para essa especial modalidade de pagamento dos débitos da Fazenda Pública em consonância com a sua capacidade financeira, como se infere do art. 100, § 5º, da CF, redação anterior à EC 62/2009.

Nada obstante, a redação dada ao § 4º do art. 100 pela EC 62/2009 estipulou um valor objetiva-

mente aferível abaixo do qual nenhum ente federado pode fixar o teto para o pagamento de seus débitos em RPV, qual seja, o valor máximo previsto para o pagamento dos benefícios da previdência social. Portanto, além desse valor mínimo, cabe aos entes federados limitar o valor do pagamento em RPV de acordo com a sua capacidade financeira.

Em suma, o art. 87 do ADCT atribui um direito potestativo ao ente federado para reduzir o teto destinado ao pagamento em RPV, conforme a sua capacidade financeira. Nessa ordem de ideias, apenas a redução manifestamente desproporcional, isto é, em claro descompasso com a capacidade financeira, pode ser censurável por meio de controle de constitucionalidade, já que a norma constitucional atribui ao legislador amplo espectro de conformação.

Nesse ponto, sempre é bom lembrar que, em regra, não cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura proativa no exame da destinação de despesas orçamentárias pelo Poder Executivo. Ao julgar questões que digam respeito à alocação de orçamento, o Judiciário deve adotar o paradigma da autocontenção¹⁹⁷, evitando-se, em regra, o ativismo judicial.

[ADI 4.332](#), rel. min. Alexandre de Moraes, DJE de 8-5-2018.

([Informativo 890](#), Plenário)

¹⁹⁵ ADCT, art. 87 “Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: I – quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II – trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.”

¹⁹⁶ “(...) parece claro o caráter transitório do art. 87, de modo que o legislador estadual, a quem a norma resultante da conjugação dos § 3º e 5º do art. 100 atribuiu competência para fixar o valor das obrigações denominadas de pequeno valor, pode agir como se essa norma não existisse. Noutras palavras, terminaria exatamente no ato da promulgação da lei estadual o período de transitoriedade daquela norma. O legislador tem, pois, toda a liberdade para, segundo os próprios critérios constitucionais, compatibilizar o valor que estabeleça com as disponibilidades orçamentárias da respectiva entidade da Federação”. (Trecho do voto do ministro Cezar Peluso na [ADI](#)

[2.868](#), red. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, P.).

¹⁹⁷ “A respeito da autocontenção judicial, explana LUÍS ROBERTO BARROSO que: ‘O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço da incidência da constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.’” (Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento da [ADI 4.332](#)).

EXECUÇÃO

DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte¹⁹⁸.

Embora a verba honorária goze de autonomia em relação ao crédito principal, podendo ser destacada do montante da execução, é patente a impossibilidade do fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária se der em valor global para a remuneração do trabalho prestado ao conjunto dos litisconsortes, ante a evidente afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição Federal¹⁹⁹.

Com efeito, o “argumento de que o litisconsórcio facultativo simples representa, na verdade, várias causas cumuladas não pode ser utilizado para justificar a legitimidade do fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária, no título executivo, foi global, ou seja, buscou remunerar o trabalho conjunto prestado pelo causídico aos litisconsortes. (...) Ora, é evidente que os honorários sucumbenciais, na forma em que fixados pelo título executivo judicial, configuram um único crédito de titularidade da agravante, calculado sobre o valor global da condenação. Não cabe confundir o valor do crédito da verba honorária com a forma adotada para sua aferição. O fato de o ‘valor da condenação’, referido pelo título executivo judicial, abranger, na realidade, diversos créditos, de titularidade de diferentes litisconsortes, não tem o condão de transformar a verba honorária em múltiplos créditos devidos a um mesmo advogado, de modo a justificar sua execução de forma fracionada”²⁰⁰.

Ademais, descabe confundir essa hipótese com

¹⁹⁸ Precedentes: [RE 954.418 AgR](#), rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; [RE 994.802](#), rel. min. Dias Toffoli, decisão monocrática; [RE 913.579](#), rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática; e [RE 913.592](#), rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática.

¹⁹⁹ CF, 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

possibilidade de execução autônoma dos honorários advocatícios²⁰¹. Da mesma forma ocorre em relação ao fracionamento da execução de valores devidos pela Fazenda Pública em casos de litisconsórcio ativo facultativo²⁰².

[RE 1.038.035 AgR](#), red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, DJE de 9-3-2018.

([Informativo 884](#), Segunda Turma)

PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

ORDEM DOS PROCESSOS E PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

RECLAMAÇÃO

Não existe transcendência ou efeitos irradiantes dos motivos determinantes das decisões proferidas em controle abstrato de normas.

A declaração judicial de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade circunscreve-se à norma específica, e não à matéria.

Assim, se uma decisão impõe a utilização de determinado índice para atualização monetária de débitos trabalhistas, não há identidade material com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à atualização monetária e à fixação de juros moratórios em créditos inscritos em precatórios.

[Rcl 22.012](#), red. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, DJE de 27-2-2018.

([Informativo 887](#), Segunda Turma)

créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.”

²⁰⁰ Trecho do voto do ministro Teori Zavascki no [RE 949.383 AgR](#), rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T.

²⁰¹ Precedente: [RE 564.132](#), red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, [Tema 18](#), repercussão geral.

²⁰² Precedente: [RE 568.645](#), rel. min. Cármen Lúcia, P, [Tema 148](#), repercussão geral.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROCESSO EM GERAL

INQUÉRITO POLICIAL

ARQUIVAMENTO

O arquivamento de inquérito policial, pelo reconhecimento de excludente de ilicitude, não faz coisa julgada nem causa a preclusão.

O desarquivamento de inquérito e posterior oferecimento da denúncia, na hipótese de o arquivamento ter ocorrido pelo reconhecimento da existência de uma excludente de ilicitude e ter como base o art. 18²⁰³ do Código de Processo Penal, é factível, desde que observado o disposto no referido preceito legal, no tocante ao prosseguimento das investigações.

Em face de novos elementos de convicção, mostra-se admissível a reabertura das investigações, porque o arquivamento de inquérito não faz coisa julgada nem causa a preclusão. Trata-se de decisão tomada *rebus sic stantibus*.

Contrariamente ao que ocorre quando o arquivamento se dá por atipicidade do fato²⁰⁴, a superveniência de novas provas relativamente a alguma excludente de ilicitude admite o desencadeamento de novas investigações.

[HC 87.395](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 13-3-2018.

([Informativo 858](#), Plenário)

PROCESSO EM GERAL

AÇÃO PENAL

DENÚNCIA

Após o desmembramento de ação penal quanto a réu cuja denúncia não fora recebida na instância superior, é possível o oferecimento de nova denúncia de distinto teor perante o juízo competente.

O princípio da independência funcional está diretamente atrelado à atividade finalística desenvolvida pelos membros do Ministério Público, gravitando em torno das garantias (a) de uma atuação livre no plano técnico-jurídico, isto é, sem qualquer subordinação a eventuais recomendações exaradas pelos órgãos superiores da instituição; e (b) de não

²⁰³ CPP, art. 18. “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a

poderem ser responsabilizados pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções. Independentemente de eventual subordinação administrativa, não há, quanto à atividade-fim, segundo o referido princípio, qualquer espécie de vinculação técnica entre os membros da instituição que atuam perante instâncias diversas.

O postulado da independência funcional também fornece as bases teóricas para fundamentar o princípio do promotor natural, consoante o qual a definição do membro do Ministério Público competente para officiar em um caso deve observar as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições em determinado foro de atuação, obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão por meio de eventuais designações especiais. A proteção efetiva e substancial ao princípio do promotor natural impede que o superior hierárquico designe o promotor competente bem como imponha a orientação técnica a ser observada.

Na mesma linha, os subprincípios da imparcialidade e do livre convencimento são corolários do princípio da independência funcional assegurado aos membros do Ministério Público, sem qualquer prejuízo ao postulado da obrigatoriedade, que, como regra, pauta a ação penal pública no sistema jurídico brasileiro.

Consectariamente, o membro do Ministério Público ostenta plena liberdade funcional não apenas na avaliação inicial para aferir, após a fase de investigação, a existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória, como também no exame, ao final da instrução processual, quanto à comprovação dos indícios de autoria originariamente cogitados, sendo certo que a imparcialidade na formação da *opinio delicti* se efetiva na hipótese em que o membro do Ministério Público é realmente livre na formação de seu convencimento.

[HC 137.637](#), rel. min. Luiz Fux, *DJE* de 25-4-2018.

([Informativo 893](#), Primeira Turma)

novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

²⁰⁴ Precedente: [HC 80.560](#), rel. min. Sepúlveda Perence, 1ª T.

PROCESSO EM GERAL

AÇÃO PENAL

DENÚNCIA

A ordem constitucional vigente impõe ao *dominus litis* que a peça acusatória, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal²⁰⁵ (CPP), indique, de forma clara e precisa, os fatos penalmente relevantes e suas respectivas circunstâncias, que possam ser atribuídos ao acusado.

Tal exigência tem como fundamento o balizamento da atuação jurisdicional vindoura, adstrita ao juízo de correlação que gravita em torno da manifestação acusatória. Sendo assim, não se cogita de condenações que surpreendam os atores processuais. Os requisitos da peça acusatória ainda visam garantir o amplo exercício da defesa. Isso porque não há como o denunciado se insurgir, com paridade de armas, contra o que não conhece.

Não bastasse, a exigência de que a denúncia preencha certos requisitos também tem como norte impedir que a peça exordial seja fruto da vontade caprichosa ou arbitrária de seu subscritor. De tal modo, incumbe ao agente ministerial demonstrar a mínima viabilidade da deflagração da ação penal.

Logo se nota, portanto, a relevância dos requisitos da denúncia, os quais devem ser lidos a partir da limitação do poder-dever de acusar e, de acordo

²⁰⁵ CPP, art. 41. “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

²⁰⁶ “O julgamento *extra petita* é absolutamente nulo, por violar o direito de defesa, correspondendo a verdadeira condenação sem denúncia. Quando o juiz julga na sentença um fato diverso do imputado, haverá mais sentença em relação à denúncia, causando a nulidade prevista no art. 564, III, letra *a*. E nesse caso, tal nulidade não está elencada entre aquelas consideradas sanáveis pelo art. 572 do Código de Processo Penal, sendo, pois, hipótese de nulidade absoluta. Mas não é só por isso que se afirma tratar de nulidade absoluta. Na sentença *extra petita* há ação penal *ex officio*, o que viola a regra constitucional do art. 129, I, que confere ao Ministério Público o monopólio na propositura da ação penal pública.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: III Série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília Gazeta Jurídica, 2013. p. 165 e 166 *apud* ministro Edson Fachin em seu voto no julgamento da [AP 975](#)).

²⁰⁷ “A regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal. Na mesma linha de pensamento, MALAN, relacionando objeto com sistema processual, afirmando que o processo de feição acusatória se caracteriza por ser tendencialmente rígido, pois essa rigidez decorre da garantia

com a ambiência da vedação do arbítrio estatal em que estão inseridos, sempre com a observância do devido processo legal. Esse é o pano de fundo que justifica, legitimamente, a limitação do agir ministerial.

Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não narrados na denúncia.

A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público.

Tal vício macula o feito com nulidade absoluta e insanável, a qual deve ser reconhecida de ofício, porquanto tem aptidão para reduzir o âmbito condenatório que será analisado em sede recursal.

É dizer, a condenação além do pedido (julgamento *extra petita*^{206 e 207}), em processo penal, compromete, a uma só vez, diversos princípios constitucionais caros.

Constitui evidente afronta ao princípio da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV²⁰⁸), pois o réu é surpreendido, após finda a instrução probatória, com fato que lhe é desconhecido e acerca do qual não lhe foi oportunizado se manifestar.

da vinculação temática do juiz. Desvela o autor uma importante relação entre a rigidez do objeto e o sistema acusatório, em que o juiz (espectador) não tem a gestão da prova e tampouco invade o elemento objetivo da pretensão para alterá-lo. Além disso, a garantia da imparcialidade encontra condições de possibilidade de eficácia no sistema acusatório, mas para tanto é necessário que o juiz se abstenha de ampliar ou restringir a pretensão acusatória (modificação do objeto), julgando-a nos seus limites (o que não o impede, obviamente, de acolhê-la no todo ou em parte na sentença, diante da prova. (...) Mas, e esse é o ponto nevrálgico, para realizar qualquer modificação é imprescindível observar-se os princípios da inércia (e sua vinculação ao sistema acusatório), da jurisdição, do direito de defesa, e, principalmente, do contraditório, como veremos na continuação.” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 898 *apud* ministro Edson Fachin em seu voto no julgamento da [AP 975](#)).

²⁰⁸ CF, 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;”

Também há violação ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV²⁰⁹), pois o atuar do juiz, neste caso, deturpa a marcha processual e a sequência de atos concatenados a que deve obediência e constituem garantia do cidadão.

Finalmente, também haverá, na hipótese, ação penal *ex officio*, em desobediência ao modelo constitucional que enuncia ser função institucional privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I²¹⁰).

O CPP, já antevendo a possibilidade do surgimento de novos fatos, não descritos na denúncia, previu, em seu art. 384²¹¹, remédio para evitar a nulidade do feito. O juiz ou o Ministério Público deve, nesses casos, proceder à *mutatio libelli*, baixando os autos para aditamento da denúncia e renovação da instrução probatória. Garante-se, assim, o pleno exercício dos direitos de defesa, o devido processo legal, bem como observa-se a função institucional do Ministério Público.

Essa saída, contudo, resta de todo afastada em instância recursal, não só pela notável violação que implicaria ao duplo grau de jurisdição, como por força do Enunciado 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal²¹².

Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental.

“Imputar a alguém uma conduta penal tão somente pelo fato de ocupar determinado cargo significa, na prática, adotar a responsabilização objetiva na esfera penal.”²¹³

²⁰⁹ CF, 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;”

²¹⁰ CF, art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

²¹¹ CPP, art. 384. “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.”

²¹² Enunciado 453 da Súmula do STF: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição ju-

Por essa razão, “cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a teoria do domínio do fato poderia ensejar o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus”²¹⁴.

Com efeito, a teoria do domínio do fato não preceitua que a mera posição de um agente na escala hierárquica sirva para demonstrar ou mesmo reforçar o dolo da conduta.

Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo.

Tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto. A razão dogmática que motivou a criação da teoria do domínio do fato, e que também rege a sua aplicação, foi solucionar um problema de diferenciação e identificação entre partícipe e autor, e não fundamentar o elemento anímico da conduta ou, ainda, reforçar a autoria delitiva que recairia sobre o réu.

Não é a doutrina em comento a nomenclatura mais sofisticada que se acertou adotar para a verificação do dolo eventual (assunção de risco no resultado proibido), simplesmente porque não é este âmbito que lhe cumpre atuar.

Na verdade, a adoção da teoria do domínio do fato, antes de possibilitar maior maleabilidade na consideração do dolo delitivo, acaba, em comparação ao preceituado pelo art. 29 do Código Penal²¹⁵, por tornar mais rígida a caracterização de determinado agente como autor²¹⁶.

Ademais, não há razão para discutir a medida da

rídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.”

²¹³ AP 898, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

²¹⁴ Trecho do voto do ministro Celso de Mello no julgamento da AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, P.

²¹⁵ CP, art. 29. “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

²¹⁶ “Como se disse repetidamente, a teoria do domínio do fato parte da ideia de que autor é a figura central do acontecimento típico. Os tipos penais são o ponto de partida dessa teoria. Ela é, portanto, uma manifestação de um chamado conceito restritivo de autor: apenas o autor realiza diretamente o tipo, a conduta do partícipe só se torna punível em razão de um outro dispositivo legal, que opera como causa de extensão de punibilidade. A leitura

participação de um agente que sequer se comprovou ter anuído ou efetivamente concorrido para a prática delituosa. Só há motivo para discutir a medida da participação depois de confirmada a sua existência; uma verificação é pressuposto lógico da outra.

Ressalte-se que tem sido frequente a adoção equivocada desta teoria na prática forense, pois o que se percebe é a corriqueira menção à teoria do domínio do fato em substituição à teoria da cegueira deliberada, esta sim voltada à comprovação do dolo eventual.

Contudo, seja adotando a teoria do domínio do fato, seja adotando a teoria da cegueira deliberada, inexistindo prova conclusiva de participação delitiva, não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, não há outro caminho. A absolvição é imperiosa na medida em que ausentes elementos concretos a demonstrar o elemento anímico da conduta praticada, bem como de ter o acusado deliberadamente criado mecanismos para evitar seu conhecimento dos delitos cometidos.

[AP 975](#), rel. min. Edson Fachin, *DJE* de 2-3-2018. ([Informativo 880](#), Segunda Turma)

mais natural do art. 29, *caput*, do CP, que diz responder pelo crime todo aquele que para ele concorre, é no sentido de um conceito extensivo de autor. Ou seja: é o art. 29, *caput*, do CP, tal como ele é tradicionalmente entendido, que não deixa ninguém escapar. (...) Ocupar uma posição de destaque ou mesmo de comando em um grupo em que uma pessoa plenamente responsável pratica uma dessas condutas não faz de ninguém, por si só, autor destas condutas. Aliás, tal não é caso nem mesmo com base na leitura tradicional do art. 29, *caput*, do CP: ter uma posição de comando não significa, necessariamente, concorrer, causar o fato. Confirmando o que dissemos, que a teoria do domínio do fato é, no geral, não mais extensiva e sim mais restritiva que o conceito extensivo de autor em que se baseia o art. 29, *caput*, do CP, aqui só será possível falar em autoria se o chefe de um grupo emite uma ordem dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio da organização (...).” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre o autor e partícipe no direito penal. *Revista*

PROCESSO EM GERAL

COMPETÊNCIA

COMPETÊNCIA POR CONEXÃO OU CONTINÊNCIA

Em caso de doação eleitoral por meio de caixa dois, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral mesmo diante da existência de crimes conexos de competência da Justiça comum, como corrupção passiva e lavagem de capitais.

As doações eleitorais por meio de caixa dois são fatos que podem constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (Código Eleitoral, art. 350²¹⁷)²¹⁸. A competência para o julgamento de crimes dessa natureza não pode ser afastada, por força do art. 35, II²¹⁹, do Código Eleitoral e do art. 78, IV²²⁰, do Código de Processo Penal.

[Pet 7.319](#), red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, *DJE* de 9-5-2018.

([Informativo 895](#), Segunda Turma)

PROCESSO EM GERAL

PROVA

DISPOSIÇÕES GERAIS

Admite-se a requisição de dados bancários diretamente pelo Ministério Público, se a titularidade da conta é do poder público e se as operações financeiras envolvem recursos públicos.

O sigilo de informações necessário para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante de interesse da sociedade de reconhecer o

dos Tribunais, vol. 933, p. 61 e ss., julho/2013 *apud* ministro Edson Fachin em seu voto no julgamento da [AP 975](#)).

²¹⁷ CP, art. 350. “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular.”

²¹⁸ Precedente: [Pet 6.820 AgR-ED](#), red. p/ o ac. min Ricardo Lewandowski, 2ª T.

²¹⁹ Lei 4.737/1965, art. 35 “Compete aos juízes: (...) II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;”

²²⁰ CPP, art. 78 “Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (...) IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.”

destino dos recursos públicos²²¹. Assim, as operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da Administração Pública. Em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele constitucional ou legal, a opor-se ao princípio da publicidade da Administração.

O Ministério Público tem o poder de requisitar informações bancárias relativas a operações em que há dinheiro público, pois a publicidade deve ser característica dessas operações. Esse poder compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. Isso porque de nada adiantaria permitir ao Ministério Público requisitar, diretamente, os registros das operações feitas na conta bancária de titularidade do poder público e negar-lhe o principal: o acesso ao real destino dos recursos públicos, a partir do exame de operações bancárias sucessivas. Entendimento em sentido contrário implicaria o esvaziamento do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas.

[RHC 133.118](#), rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 9-3-2018. ([Informativo 879](#), Segunda Turma)

PROCESSO EM GERAL

PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA

PRISÃO PREVENTIVA

Cabe a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até doze anos de idade, devendo o juízo fixar as condições respectivas.

Deve-se levar em conta a Lei 13.257/2016, a versar políticas públicas para a primeira infância, que incluiu o art. 318, V no Código de Processo Penal²²².

[HC 136.408](#), rel. min. Marco Aurélio, *DJE* de 19-2-2018. ([Informativo 887](#), Primeira Turma)

PROCESSOS EM ESPÉCIE

PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

ACUSAÇÃO E DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

O fato de a denúncia ser oferecida por membro do Ministério Público atuante em vara criminal comum e recebida pelo juízo do tribunal do júri não ofende o princípio do promotor natural.

O princípio do promotor natural proíbe designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, o que implica a criação inadmissível da figura do promotor de exceção.

Esse postulado, apesar de não expressamente previsto na Constituição, tem como finalidade evitar a diminuição da independência e autonomia do Ministério Público. Pode sofrer atenuações, desde que estejam previstas em lei e de acordo com sua finalidade constitucional.

Consideradas essas premissas, se determinada denúncia é oferecida por membro do *parquet* atuante em vara criminal comum, em razão de, inicialmente, não haver características de crime doloso contra a vida, mas, posteriormente, constata-se haver estas características, cabe a remessa dos autos à vara especializada do tribunal do júri, cujo membro ministerial lá atuante poderá suscitar conflito de atribuições ou ratificar a denúncia, implícita ou explicitamente.

A possibilidade de alteração de atribuições ao longo da investigação e da substituição de promotores, desde que não haja designações abusivas ou arbitrárias, decorre dos princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público.

[HC 114.093](#), red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, *DJE* de 21-2-2018. ([Informativo 880](#), Primeira Turma)

²²¹ Precedente: [MS 33.340](#), rel. min. Luiz Fux, 1ª T.

²²² CPP, art. 318. "Poderá o juiz substituir a prisão pre-

ventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos."

PROCEDIMENTO ESPECIAL

LEI 12.850/2013 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A possibilidade de rescisão ou de revisão, total ou parcial, de acordo homologado de colaboração premiada, em decorrência de eventual descumprimento de deveres assumidos pelo colaborador, não propicia conhecer e julgar alegação de imprestabilidade das provas.

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do relato da colaboração e seus possíveis resultados.

Assim, o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica. A delação premiada é um benefício de natureza personalíssima, cujos efeitos não são extensíveis a corréus.

Ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença, suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas, poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa.

Até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo.

A eventual desconstituição de acordo de colaboração tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Mesmo em caso de retratação, o material probatório colhido em colaboração premiada pode ainda assim ser utilizado, naturalmente cercado de

todas as cautelas, em face de terceiros, aos quais caberá, se for o caso, deduzir as razões de defesa nos procedimentos ou ações que venham a ser promovidos.

Assim, é incabível pedido de terceiro estranho à colaboração premiada, para revogação de benefícios ajustados com delatores, porque a avaliação da veracidade das declarações somente pode ocorrer no âmbito das ações penais eventualmente propostas²²³.

Inq 4.483 QO, rel. min. Edson Fachin, *DJE* de 13-6-2018.

(*Informativo 878*, Plenário)

PROCEDIMENTO ESPECIAL

LEI 12.850/2013 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Existindo, entre os fatos relatados pelos colaboradores, ao menos um em que se verifique a presença de conexão com objeto de feito previamente distribuído, o juízo que homologa o acordo de colaboração premiada é competente para o processamento de todos os fatos relatados.

Verificada a existência de liame de natureza objetiva, subjetiva ou probatória entre o conteúdo de termos de depoimento prestados pelo colaborador e o objeto de investigação em curso, incumbe à autoridade judicial responsável pela supervisão do procedimento investigatório, por força da prevenção, a homologação do acordo de colaboração celebrado e a subsequente adoção de providências acerca de cada fato relatado. Adequada é a observância da regra prevista no art. 79, *caput*²²⁴, do Código de Processo Penal (CPP), a demandar a distribuição por prevenção, nos exatos termos do art. 69, *caput*²²⁵, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Tal conclusão resguarda o jurisdicionado dos efeitos da litispendência e da coisa julgada, cuja evitação também se encontra no âmbito de tutela das normas de modificação da competência previstas

²²³ Precedentes: [HC 127.483](#), rel. min. Dias Toffoli, P; e [Inq 3.983](#), rel. min. Teori Zavascki, P.

²²⁴ CPP, art. 79 “A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores. § 1º Cessarà, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação

a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152. § 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.”

²²⁵ RISTF, art. 69. “A distribuição da ação ou do recurso gera prevenção para todos os processos a eles vinculados por conexão ou continência.”

nos arts. 76²²⁶ e 77²²⁷ do CPP.

Na homologação judicial de acordos de colaboração premiada, o magistrado deve se restringir ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença.

Esse instituto possui natureza de negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é bem representada pelas normas extraídas do art. 4º, §§ 6º e 7º²²⁸, da Lei 12.850/2013, que vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes, e os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados.

Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, como exige, por exemplo, a quebra do sigilo bancário ou fiscal e a interceptação de comunicações telefônicas.

Nesse panorama jurídico, as tratativas e a celebração da avença são mantidas exclusivamente entre o Ministério Público e o pretense colaborador, permanecendo completamente distante o Poder Judiciário, que é chamado, ao final dos atos negociais, apenas e tão somente para aferir os requisitos legais de existência e validade, com a indispensável homologação.

“Nessa atividade de deliberação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum

²²⁶ CPP, art. 76. “A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

²²⁷ CPP, art. 77. “A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.”

²²⁸ Lei 12.850/2013, art. 4º. “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...). § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou,

juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores. (...) Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.”²²⁹

O instituto da colaboração premiada é regido por normas de direito público, circunstância que delimita o ambiente negocial acerca dos benefícios que serão ofertados ao colaborador, disciplinados no art. 4º, *caput*, § 2º e § 5º²³⁰, da Lei 12.850/2013. No âmbito de incidência da norma, as partes podem ajustar suas pretensões até a obtenção de um consenso sobre o acordo, que tem por essência concessões mútuas nas posições jurídicas dos interesses conflitantes.

A participação do magistrado nas negociações colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. “Essa ‘postura equidistante’ do juiz em relação às partes no

conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.”

²²⁹ HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, P.

²³⁰ Lei 12.850/2013, art. 4º. “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...). § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (...) § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

processo penal informa o comando legal citado que prestigia o sistema acusatório; se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, apenas ‘no momento do julgamento do processo’ é que será feito tal juízo.”²³¹

A colaboração premiada, portanto, é instrumento voltado exclusivamente ao aparelhamento das funções investigativas, impondo ao Poder Judiciário, nessa fase, atuação restrita à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

“Por regularidade, entendemos o atendimento aos requisitos intrínsecos do diploma legal, tais como a participação do defensor, a forma escrita, a disposição das cláusulas, etc. Quanto à legalidade, deve o magistrado atentar aos requisitos extrínsecos do acordo, no que tange ao respeito aos dispositivos legais vigentes. Assim, o acordo não deve contrariar o sistema jurídico mediante cláusulas ilegais ou mesmo medidas que contrariem o ordenamento jurídico. Por sua vez, a voluntariedade deve ser aferida pelo propósito livre do colaborador em aderir ao instituto. Nesse caso a lei prevê que o juiz pode ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor.”²³²

Nesse sentido, e sob o olhar da garantia da segurança pública e da ordem jurídica, o acordo de colaboração premiada se reveste das características similares às de um ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no juízo de conveniência e oportunidade à sua edição, restringindo-se a tutela jurisdicional, ao menos nesse momento incipiente, à verificação da conformidade do acordo com o ordenamento jurídico.

²³¹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 122-23 *apud* ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento da [Pet 7.074](#) e da [Pet 7.074 QO](#).

²³² BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso. *Colaboração premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 96, *apud* ministro Edson Fachin no julgamento da [Pet 7.074 QO](#).

²³³ RISTF, art. 21. “São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a

A homologação dos acordos de colaboração premiada compete ao relator, e o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração compete ao colegiado.

O relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (RISTF, art. 21, I e II²³³). Considerando-se que o instituto da colaboração premiada possui natureza de meio de obtenção de prova (Lei 12.850/2013, art. 3º, I²³⁴), a homologação do acordo é ato inserido nas atribuições regimentais do relator²³⁵.

Por outro lado, o juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11²³⁶, da Lei 12.850/2013, ocorre na prolação da sentença (e no STF, em decisão colegiada). Esse exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido não se impõe na fase homologatória, sob pena de malferir a norma constante do § 6º do art. 4º da referida lei, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.

O acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deverá ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelos colaboradores, sendo possível ao órgão colegiado a análise de sua legalidade.

O direito subjetivo do colaborador nasce e se perfectibiliza na exata medida em que ele cumpre seus deveres. É *condictio sine qua non* para que o colaborador possa fruir desse direito.

No entanto, o órgão colegiado detém a possibilidade de analisar fatos supervenientes ou de conhecimento posterior que firam a legalidade do acordo,

outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição;”

²³⁴ Lei 12.850/2013, art. 3º. “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada;”

²³⁵ Precedente: [HC 127.483](#), rel. min. Dias Toffoli, P.

²³⁶ Lei 12.850/2013, art. 4º. “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.”

nos termos do art. 966, § 4º,²³⁷ do Código de Processo Civil/2015. A possibilidade de anulação de atos judiciais homologatórios tem sua aplicação nas mesmas hipóteses permissivas da rescisão da coisa julgada e dos defeitos do negócio jurídico²³⁸.

[Pet 7.074](#) e [Pet 7.074 QQ](#), rel. min. Edson Fachin, *DJE* de 3-5-2018.

([Informativo 870](#), Plenário)

NULIDADES E RECURSOS EM GERAL

RECURSOS EM GERAL

EMBARGOS

Verificado o empate no julgamento dos embargos de declaração, deve prevalecer a decisão mais favorável ao réu.

Tratando-se de matéria penal, o empate somente pode beneficiar aquele que sofre a persecução estatal, de modo que, em não havendo maioria em sentido contrário, o empate importará, necessariamente, em respeito à presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII²³⁹) e, tal seja a situação processual, em rejeição da denúncia, ou, então, em absolvição, ou, na hipótese de *habeas corpus*, em concessão do próprio *writ* constitucional²⁴⁰.

Aceitar-se, em situação insuperável de empate, a possibilidade de julgamento desfavorável ao réu, em sede penal, constituiria, na realidade, verdadeiro anacronismo, por traduzir retorno a velhas concepções absolutistas²⁴¹.

O postulado *in dubio pro reo* traduz a fórmula liberal dos regimes democráticos, sob cujo domínio não compete ao acusado provar a sua própria inocência, pois esse encargo recai, por inteiro, sobre o órgão estatal da acusação penal, seja em face do

²³⁷ CPC, art. 966. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...). § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.”

²³⁸ Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento da [Pet 7.074 QQ](#).

²³⁹ CF, 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;”

²⁴⁰ Fundamento extraído do voto do ministro Celso de

que prescreve o art. 5º, LVII, da Constituição da República, seja, ainda, em razão do que dispõe o art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal²⁴², que atribui o ônus material da prova – tratando-se da demonstração da materialidade e da autoria do fato delituoso – ao Ministério Público²⁴³.

A norma regimental²⁴⁴ que confere ao presidente do Plenário ou ao presidente de cada uma das Turmas o voto de qualidade não pode nem deve incidir na hipótese de empate que eventualmente se registre em julgamentos penais, como sucede na espécie. E a razão é simples: mera norma de índole regimental jamais poderá prevalecer, em situação de antinomia, sobre o texto normativo da Constituição. Qualquer solução fundada na fórmula do *in dubio pro societate* representará retrocesso inadmissível em tema de persecução penal, pois, no plano dos procedimentos persecutórios, há de sempre prevalecer o princípio do *favor libertatis*, que expressa verdadeiro dogma peculiar aos regimes que consagram o Estado Democrático de Direito²⁴⁵.

[AP 565 ED-ED](#), red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, *DJE* de 12-4-2018.

([Informativo 888](#), Plenário)

Mello no julgamento da [AP 565 ED-ED](#).

²⁴¹ Idem.

²⁴² CPP, art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:”

²⁴³ Fundamento extraído do voto do ministro Celso de Mello no presente julgamento.

²⁴⁴ RISTF, art. 13. “São atribuições do Presidente: (...) IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de: a) impedimento ou suspeição; b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.”

²⁴⁵ Fundamento extraído do voto do ministro Celso de Mello no julgamento da [AP 565 ED-ED](#).

NULIDADES E RECURSOS EM GERAL

RECURSOS EM GERAL

HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO

É cabível habeas corpus contra decisão judicial transitada em julgado²⁴⁶.

Negar o uso do *habeas corpus* porque a decisão coatora transitou em julgado ou porque cabe recurso para impugná-la é afirmar que o remédio só será cabível contra decisões sem previsão de recurso na lei. Isso esvazia o sentido dessa ação constitucional, pois se impediria que questões relevantes relativas ao direito de liberdade fossem prontamente analisadas.

O *habeas corpus* é cabível mesmo diante da possibilidade de revisão criminal, por ser mais célere e benéfico. Ademais, a impetração está autorizada quando alegada nulidade absoluta, insanável²⁴⁷.

[RHC 146.327](#), rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 16-3-2018.

([Informativo 892](#), Segunda Turma)

²⁴⁶ “Eu continuo fazendo essa reflexão no que me toca, mas, neste caso concreto, o Ministro Gilmar também se referiu ao fato de que há uma revisão criminal que não teve nenhum andamento. Portanto, aí, o paciente está indefeso. E é uma hipótese que, a meu ver, é excepcional. Sem me pronunciar definitivamente sobre essa questão, desde logo, porque sigo refletindo – há casos e casos –, acompanho, nesta hipótese, a conclusão do Ministro Gilmar Mendes quanto ao conhecimento deste HC.” (Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do [RHC 146.327](#).)

²⁴⁷ CPP, art. 648. “A coação considerar-se-á ilegal: (...) VI – quando o processo for manifestamente nulo.”

²⁴⁸ Precedente: [HC 90.617](#), rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

²⁴⁹ CPP, 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

NULIDADES E RECURSOS EM GERAL

RECURSOS EM GERAL

HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO

É cabível a ação de *habeas corpus* contra coação ilegal decorrente da aplicação ou da execução de medidas cautelares criminais diversas da prisão²⁴⁸.

Se, por um lado, a adoção de medidas cautelares diversas da prisão²⁴⁹ é menos gravosa do que o encarceramento cautelar, por outro, as medidas são consideravelmente onerosas ao implicado e, se descumpridas, podem ser convertidas em prisão processual²⁵⁰.

Acaso fechada a porta do *habeas corpus* para tutelar a pessoa atingida por essas medidas, restaria o mandado de segurança. Nos processos que correm em primeira instância, talvez o mandado de segurança seja suficiente para conferir proteção judicial efetiva ao alvo da medida.

No entanto, em processos de competência originária dos tribunais, há a peculiaridade de o próprio tribunal que decreta a medida cautelar ser competente para julgar os mandados de segurança, por força do art. 21, VI, da Lei Complementar 35/1979²⁵¹.

Confundem-se na mesma instância as competências para decretar a medida e para analisar a

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. (...) § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”

²⁵⁰ CPP, art. 312. “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

²⁵¹ LC 35/1979, art. 21. “Compete aos Tribunais, privativamente: (...) VI – julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções.”

ação de impugnação respectiva. Isso, na prática, esvazia a possibilidade de impugnar o ato em tempo hábil.

Ressalte-se que não se propõe retomar a doutrina brasileira do *habeas corpus*²⁵², admitindo-se a ação como remédio para afirmar qualquer direito líquido e certo. No entanto, há medidas cautelares restritivas a direitos importantes, adotadas em processo criminal, que merecem atenção por instâncias revisionais pela via mais expedita possível. Por isso, a ação de *habeas corpus* deve ser admitida para atacar medidas criminais que, embora diversas da prisão, afetem interesses não patrimoniais importantes da pessoa física.

[HC 147.303](#), rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 27-2-2018.

([Informativo 888](#), Segunda Turma)

EXECUÇÃO PENAL

EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Não caracteriza ilegalidade flagrante ou abuso de poder a decisão judicial que indefere a pretensão de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho.

“O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador,

²⁵² “A propósito, observam Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes: ‘Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas’. (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio

razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual.”^{253 e 254}

“Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional.”²⁵⁵

Embora o Estado tenha o dever de atender a demanda de internos que desejem trabalhar, se fosse possível aplicar essa tese, todas as pessoas do sistema penitenciário, automaticamente, obteriam remição. Nessa hipótese, o Poder Judiciário estaria modificando substancialmente a política pública do setor e substituindo o Executivo, o que não está autorizado a fazer.

“Em verdade, o raciocínio inverso ao ora adotado, conforme bem destaca BITENCOURT²⁵⁶, implica conceder a remissão ‘aos que não trabalham, igualando-os, injustamente, aos que trabalham para consegui-la’.”²⁵⁷

[HC 124.520](#), red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, DJE de 27-6-2018.

([Informativo 904](#), Primeira Turma)

Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, cit., p. 347-348). Esse desenvolvimento foi cognominado de doutrina brasileira do *habeas corpus*.” (Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do [HC 147.303](#)).

²⁵³ [RHC 124.775](#), rel. min. Dias Toffoli, 1ª T.

²⁵⁴ “Enfatiza Luiz Regis Prado que ‘a própria Lei de Execução Penal condiciona a concessão de remição à comprovação documental da jornada de trabalho realizada pelo condenado, bem como à declaração judicial ouvido o Ministério Público. Assim, exige claramente, para o reconhecimento do direito à remição, o efetivo exercício de atividade laborativa pelo sentenciado, não bastando eventual predisposição pessoal para fazê-lo.’ (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral: volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 249)” (Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento do [HC 124.520](#)).

²⁵⁵ [RHC 124.775](#), rel. min. Dias Toffoli, 1ª T.

²⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 472 apud ministro Alexandre de Moraes em seu voto no julgamento do [HC 124.520](#).

²⁵⁷ Trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento do [HC 124.520](#).

EXECUÇÃO PENAL

EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Não caracteriza constrangimento ilegal a alocação de condenado a regime semiaberto em estabelecimento destinado a presos provisórios, desde que cumpra pena em espaço reservado exclusivamente a reeducandos no mesmo regime e o local atenda às garantias inerentes ao semiaberto.

Se determinado preso em regime semiaberto cumpre pena em estabelecimento penal que não seja exclusivo a condenados na mesma condição, mas similar, que lhe garante as particularidades inerentes ao regime intermediário – tais como possibilidade de trabalho externo, saídas temporárias e qualificação profissional, além de estrutura diferenciada –, não se justifica a concessão de prisão domiciliar.

Para fins de cumprimento de pena em regime semiaberto, são aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como colônias agrícolas ou industriais, desde que não haja alojamento conjunto desses reeducandos com aqueles em regime fechado. A lei prevê a possibilidade de utilização de estabelecimento similar; e a oferta de trabalho pode ser suprida por iniciativas internas e externas, notadamente mediante convênios com empresas e órgãos públicos²⁵⁸.

[RHC 146.317](#), rel. min. Dias Toffoli, *DJE* de 6-2-2018. ([Informativo 874](#), Segunda Turma)

²⁵⁸ Precedente: [RE 641.320](#), rel. min. Gilmar Mendes, P, repercussão geral, [Tema 423](#).

²⁵⁹ Lei 7.210/1984, art. 86 “As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. (...) § 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.”

²⁶⁰ CF, art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

EXECUÇÃO PENAL

ESTABELECIMENTOS PENAIS

TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO

Na hipótese de o preso se encontrar encarcerado por ordem de juízos de unidades distintas da Federação, ele pode ser transferido, por determinação dos juízos, para as proximidades de um ou outro foro.

Compete ao juiz da ação penal definir o local de recolhimento do preso provisório (LEP, art. 86, § 3º²⁵⁹). Assim, o custodiado pode ser transferido por ordem dos juízos perante os quais responde pela prática dos atos respectivos.

A constatação de que o preso recebe suposto tratamento privilegiado ou regalia não prevista em lei não enseja sua transferência para outra unidade da Federação.

O direito do preso à assistência da família é previsto no art. 5º, LXIII²⁶⁰, da Constituição Federal. Além disso, o art. 103²⁶¹ da Lei de Execução Penal (LEP) prevê o recolhimento do preso provisório em local próximo ao seu meio social e familiar. Apenas razões excepcionálíssimas e devidamente fundamentadas autorizam transferência para outra unidade da Federação.

[HC 152.720](#), rel. min. Gilmar Mendes, *DJE* de 17-5-2018.

([Informativo 897](#), Segunda Turma)

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

²⁶¹ Lei 7.210/1984, art. 103. “Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.”

DIREITO TRIBUTÁRIO

TRIBUTOS

IMPOSTOS

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)

A progressividade das alíquotas do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) prevista na Lei 9.393/1996 se mostra alinhada com a redação originária do art. 153, § 4º, da Constituição Federal (CF) 262.

“Nos termos do art. 145, § 1º, da CF²⁶³, todos os impostos, independentemente de seu caráter real ou pessoal, devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e, tratando-se de impostos diretos, será legítima a adoção de alíquotas progressivas.”²⁶⁴

Assim, o fato de, antes da Emenda Constitucional 42/2003, não ter existido, no texto constitucional, previsão expressa sobre a possibilidade da adoção da técnica da progressividade em relação às alíquotas do ITR não torna essa tributação inconstitucional²⁶⁵.

A lei não trabalha com critérios isolados, mas, sim, conjugados. A ideia subjacente a essa progressividade consiste em impor maior alíquota do imposto quanto maior for o território rural e quanto menor for seu aproveitamento (grau de utilização da terra – GU). Essa circunstância potencializa a função extrafiscal do tributo: quanto maior a área do imóvel, com mais vigor a lei impõe a extrafiscalidade, isto é, com mais intensidade ela desestimula a manutenção de propriedade improdutiva.

²⁶² CF, art. 153. “Compete à União instituir impostos sobre: (...) VI – propriedade territorial rural; (...) § 4º O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.”

²⁶³ CF, art. 145. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 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.”

²⁶⁴ Precedente: [RE 720.945 AgR](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.

²⁶⁵ Precedente: [RE 562.045](#), red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, repercussão geral, [Tema 21](#).

Por meio dessa progressividade, aplica-se, de modo potencializado, a função extrafiscal do tributo, a qual sempre teve apoio constitucional – art. 153, § 4º, em sua redação originária.

[RE 1.038.357 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, DJE de 26-2-2018.

([Informativo 890](#), Segunda Turma)

TRIBUTOS

IMPOSTOS

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)
– REPERCUSSÃO GERAL

Surge constitucional, sob o ângulo do caráter seletivo, em função da essencialidade do produto e do tratamento isonômico, o art. 2º²⁶⁶ da Lei 8.393/1991, a revelar alíquota máxima de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de 18%, assegurada isenção, quanto aos contribuintes situados na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), e autorização para redução de até 50% da alíquota, presentes contribuintes situados nos Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro.

A exceção aberta ao tratamento uniforme no art. 151, I²⁶⁷, da Constituição Federal quanto à concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País autoriza o legislador a implementar, no âmbito da opção político-normativa, presente a razoabilidade, distinções, sem que esteja vinculado à divisão comumente admitida em região: Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e

²⁶⁶ Lei 8.393/1991, art. 2º. “Enquanto persistir a política de preço nacional unificado de açúcar de cana, a alíquota máxima do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre a saída desse produto será de dezoito por cento, assegurada isenção para as saídas ocorridas na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM. Parágrafo único. Para os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, é o Poder Executivo autorizado a reduzir em até cinquenta por cento a alíquota do IPI incidente sobre o açúcar nas saídas para o mercado interno.”

²⁶⁷ CF, art. 151. “É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País;”

Norte²⁶⁸.

O princípio da isonomia é observado quando não ocorre preferência desarrazoada em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. O art. 2º da Lei 8.393/1991 encerrou verdadeiro incentivo fiscal no que concerne às áreas de atuação da Sudene e da Sudam. Além disso, a cláusula constitucional, a remeter às diferentes regiões do País, não tem interpretação a ponto de deixar-se de considerar as áreas referidas no preceito da lei e que estão ligadas ao Nordeste e à Amazônia.

O parágrafo único do art. 2º, ao revelar que, nos Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, a alíquota de 18% poderá ser reduzida em até 50%, também não instituiu tratamento diferenciado em razão deste ou daquele Estado-membro. Nesse ponto, remete-se, necessariamente, à situação dos contribuintes e do desenvolvimento da produção nos citados Estados. Mais uma vez, o Legislativo atuou no campo do incentivo fiscal, embora o fazendo de forma estrita, considerados os Estados mencionados.

Por seu turno, o alcance do caráter seletivo do tributo, em função da essencialidade do produto, implica variação de alíquotas consoante a própria mercadoria. Longe fica de revelar imunidade. O fato de o açúcar integrar a cesta básica e de outros produtos desta não terem a incidência do IPI é insuficiente a concluir-se pela impossibilidade da cobrança do tributo. O que cabe perceber é a opção político-normativa ante a essencialidade do produto, tendo-a, ou não, como justificada. A harmonia ocorre, observado o princípio da razoabilidade, na espécie proporcionalidade, a partir do momento em que se verifica ter sido a alíquota fixada em patamar aceitável consideradas outras alíquotas ligadas a produtos diversos em relação às quais não se tem a mesma essencialidade.

[RE 592.145](#), rel. min. Marco Aurélio, *DJE* de 1º-2-2018, **repercussão geral**, [Tema 80](#). ([Informativo 860](#), Plenário)

TRIBUTOS

IMPOSTOS

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS²⁶⁹ (ICMS)

Lei estadual que trata de ICMS-Importação subsequente à Emenda Constitucional (EC) 33/2001, mas antecedente à Lei Complementar (LC) 114/2002, não padece de inconstitucionalidade, mas apenas de ineficácia.

A EC 33/2001 permitiu o alargamento do sujeito passivo tributário do ICMS-Importação, de maneira que não se pode punir o ato do ente federativo que, amparado por autorização constitucional e no exercício de sua competência tributária, alterou seu arcabouço normativo estadual para expressar o exato contido naquela norma.

Muito embora a efetividade desse poder tributante dependa de lei complementar federal, essa é apenas uma condição de eficácia daquele exercício após a superveniência da legislação necessária.

Assim, são insubsistentes apenas os créditos tributários advindos de fatos geradores anteriores ao início da vigência da LC 114/2002. A partir desse marco temporal, observado o princípio da anterioridade nonagesimal, os Estados-membros estão autorizados a realizar a cobrança de ICMS-Importação, nos termos da EC 33/2001. Preserva-se, portanto, a validade das leis estaduais editadas após a referida emenda.

[RE 917.950 AgR](#), red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, *DJE* de 11-6-2018.

([Informativo 887](#), Segunda Turma)

²⁶⁸ Precedentes: [AI 515.168 AgR-ED](#), rel. min. Cezar Peluso, 1º T; [RE 344.331](#), rel. min. Ellen Gracie, 1º T.

²⁶⁹ CF, 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: (...) IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço."

TRIBUTOS

CONTRIBUIÇÕES

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – REPERCUSSÃO GERAL

Incide contribuição previdenciária sobre os rendimentos pagos aos exercentes de mandato eletivo, decorrentes da prestação de serviços à União, aos Estados e ao Distrito Federal ou aos Municípios, após o advento da Lei 10.887/2004, desde que não vinculados a regime próprio de previdência.

A imunidade recíproca do art. 150, VI, ^a270, da Constituição Federal (CF) alcança apenas a espécie tributária imposto. Dessa forma, não pode ser invocada na hipótese de contribuição previdenciária.

Além disso, o art. 40, § 13²⁷¹, da CF submete os ocupantes de cargos exclusivamente em comissão, assim como os ocupantes de outros cargos temporários ou de empregos públicos, ao regime geral da previdência social, o que abrange o mandato, à luz do sentido lato da expressão “servidor público”. Ademais, é possível que a lei ordinária validamente institua contribuição previdenciária sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física que preste serviço à União, aos Estados ou aos Municípios, mesmo sem vínculo empregatício, na qualidade de entidade equiparada a empresa.

A Lei 10.887/2004, ao incluir expressamente o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal no rol dos segurados obrigatórios, desde que não vinculado a regime próprio de previdência, tornou possível a incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga ou creditada pelos entes da Federação, a qualquer título, aos exercentes de mandato eletivo, os quais prestam serviço ao Estado.

[RE 626.837](#), rel. min. Dias Toffoli, DJE de 1º-2-2018, repercussão geral, [Tema 691](#). ([Informativo 866](#), Plenário)

²⁷⁰ CF, 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.”

²⁷¹ CF, art. 40. “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

EXECUÇÃO FISCAL

FORMALIDADES E PROCEDIMENTO

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

O protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não configurar sanção política.

Não basta que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada sanção política. Exige-se, além disso, que essas restrições sejam reprovadas no exame de razoabilidade e proporcionalidade. As sanções políticas são restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita.

Consideradas essas premissas, a constitucionalidade do protesto de CDAs deve ser analisada em duas etapas. Na primeira, deve-se aferir o nível de restrição dos direitos fundamentais supostamente afetados pelo dispositivo legal impugnado, quais sejam, o devido processo legal, a livre iniciativa e o livre exercício profissional. Na segunda, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para examinar se as restrições são adequadas aos fins perseguidos com a medida, se há um meio alternativo menos gravoso e igualmente idôneo à produção do resultado e se os seus benefícios superam os seus ônus.

A utilização do instituto pela Fazenda Pública não viola o devido processo legal. A execução fiscal é instrumento típico para a cobrança da dívida ativa em sede judicial, mas não se exclui a possibilidade de instituição e manejo de mecanismos extrajudiciais de cobrança. Por sua vez, o protesto é justamente um instrumento extrajudicial que pode ser empregado para a cobrança de certidões de dívida.

Portanto, não há incompatibilidade entre ambos os instrumentos. Eles são complementares. Frustrada a cobrança pela via do protesto, o executivo

rado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

fiscal poderá ser normalmente ajuizado pelo Fisco. Ademais, em relação à cobrança de créditos de pequeno valor, o protesto pode ser a única via possível, levando-se em conta o custo da cobrança judicial.

Além disso, o protesto não impede o devedor de acessar o Judiciário para discutir a validade do crédito tributário ou para sustar o protesto. Tampouco exclui a possibilidade de o protestado pleitear judicialmente uma indenização, caso o protesto seja indevido.

No tocante à livre iniciativa e à liberdade profissional, o protesto não representa embaraço. Sua principal finalidade é dar ao mercado conhecimento a respeito da existência de débitos fiscais e permitir a sua cobrança extrajudicial. Desse modo, a medida não impacta diretamente a vida da empresa. O protesto não compromete a organização e a condução das atividades societárias, tal como ocorre nas hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, restrições à expedição de notas fiscais e limitações à obtenção de registros ou à prática de atos necessários ao seu funcionamento.

Ainda que se pudesse admitir que o protesto de CDAs afetasse a atividade econômica, isso se daria sempre de forma eventual e indireta. As restrições à linha de crédito comercial da empresa não constituem consequência imediata da publicidade conferida ao crédito tributário, pelo protesto. Elas representam, no máximo, decorrência indireta do instrumento, que não pode ser imputada ao Fisco, mas aos atores do mercado creditício.

A informação relativa à existência de débitos certamente poderá ser considerada pelas instituições financeiras na análise de pedidos de crédito. No entanto, isso não implicará necessariamente limitações creditícias. A depender das circunstâncias, valores e riscos envolvidos, a informação poderá ser considerada irrelevante para a concessão do crédito ou poderá justificar a exigência de garantias reforçadas, a elevação dos juros praticados e, no limite, a negativa de sua concessão. Porém, em todas essas hipóteses, não se pode atribuir responsabilidade ao credor que se vale do protesto. Tanto isso é verdade que pessoas físicas e jurídicas se utilizam correntemente do protesto para reaver seus créditos privados, sem que tal prática seja objeto de questionamentos.

No que se refere à proporcionalidade da medida, considerada a adequação, a Lei 9.492/1997 ampliou o rol de títulos sujeitos a protesto. Passou a incluir,

além de títulos cambiais, títulos e outros documentos de dívida. Hoje, portanto, podem ser protestados quaisquer títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, desde que dotados de liquidez, certeza e exigibilidade, nos termos do art. 783 do Código de Processo Civil²⁷².

Assim, o protesto desempenha outras funções além da meramente probatória. Trata-se de instituto de natureza bifronte. De um lado, representa instrumento para constituir o devedor em mora e comprovar o descumprimento da obrigação. De outro, confere ampla publicidade ao inadimplemento e constitui meio alternativo e extrajudicial para a cobrança da dívida.

Portanto, a remessa da CDA confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança. Dessa forma, contribui para estimular a adimplência, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal, impedindo que devedores contumazes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos.

Em relação à necessidade da medida, o protesto é, em regra, mecanismo que causa menor sacrifício ao contribuinte do que os demais instrumentos de cobrança disponíveis, em especial a execução fiscal. Por meio do protesto, exclui-se o risco de penhora de bens, renda e faturamento e de expropriação do patrimônio do devedor, assim como se dispensa o pagamento de diversos valores, como custas, honorários sucumbenciais e registro da distribuição da execução fiscal, e possibilita-se a redução do encargo legal.

Além disso, ele é ainda mais eficiente para a consecução do fim pretendido de recuperação e arrecadação eficaz dos créditos pela administração tributária. As execuções fiscais apresentam altos custos e reduzidos índices de recuperação dos créditos públicos, além de contribuírem largamente para a lentidão e o congestionamento do Poder Judiciário.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, entendida como o sopesamento entre benefícios e ônus, o protesto não produz significativa restrição a direitos fundamentais dos contribuintes devedores. De um lado, o poder público não fere o devido processo legal ao estabelecer, por via de lei, nova modalidade extrajudicial de cobrança de créditos tributários. De outro, o protesto de CDA não viola a livre iniciativa e a liberdade de exercício profissional.

e exigível.”

²⁷² CPC, art. 783. “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida

Já em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na recuperação dos créditos tributários; a garantia da livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos; e a redução do congestionamento do Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo.

Em primeiro lugar, a cobrança eficiente dos créditos estatais não atende apenas o interesse secundário do Estado, mas também interesses de toda a coletividade. Ela permite maior arrecadação de valores que custearão os serviços que beneficiam a todos e evita o desperdício de tempo e de recursos humanos e financeiros públicos com meios de cobrança com remotas chances de êxito. Em segundo lugar, o protesto de CDAs auxilia no combate à inadimplência, viabilizando a promoção da justiça fiscal e impedindo que a sonegação fiscal confira aos maus pagadores vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem seus deveres tributários. Em terceiro lugar, ao permitir a cobrança extrajudicial dos débitos, a medida tem o condão de promover a diminuição de execuções fiscais ajuizadas e, assim, de aliviar a sobrecarga de processos do Poder Judiciário, favorecendo a melhoria da qualidade e da efetividade da prestação jurisdicional.

Sopesando-se os custos e benefícios da medida, o protesto de CDAs proporciona ganhos que compensam largamente as leves e eventuais restrições aos direitos fundamentais dos devedores. Por isso, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito.

Concluindo-se pela inexistência de violação ao princípio da proporcionalidade, também é possível afirmar que o protesto de CDAs não configura uma “sanção política”. Afinal, não constitui medida coercitiva indireta que restrinja, de modo irrazoável ou desproporcional, direitos fundamentais dos contribuintes, com o objetivo de forçá-los a quitar seus débitos tributários.

[ADI 5.135](#), rel. min. Roberto Barroso, DJE de 7-2-2018.

([Informativo 846](#), Plenário)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO

**COORDENADORIA DE JURISPRUDÊNCIA COMPARADA E
DIVULGAÇÃO DE JULGADOS (CJCD)**

cjcd@stf.jus.br

**COORDENADORIA DE DIVULGAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
(CDJU)**