

CADERNO DE INFORMATIVOS
MASTER

Supremo Tribunal Federal

2016

Conteúdo

Informativo 812	4
Informativo 513	18
Informativo 514	35
Informativo 815	52
Informativo 816	63
Informativo 817	74
Informativo 818	85
Informativo 819	96
Informativo 820	110
Informativo 821	121
Informativo 822	132
Informativo 823	140
Informativo 824	151
Informativo 825	162
Informativo 826	173
Informativo 827	189
Informativo 828	200
Informativo 829	212
Informativo 830	220

Informativo 831	231
Informativo 832	243
Informativo 833	255
Informativo 834	266
Informativo 835	277
Informativo 836	287
Informativo 837	297
Informativo 838	310
Informativo 839	321
Informativo 840	334
Informativo 841	342
Informativo 842	369
Informativo 843	389
Informativo 844	397
Informativo 845	417
Informativo 846	429
Informativo 847	440
Informativo 848	452
Informativo 849	467
Informativo 850	484

Informativo 812

Brasília, 14 a 18 de dezembro de 2015 Nº 812

Data de divulgação: 1º de fevereiro de 2016

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a publicação do acórdão no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 1
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 2
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 3
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 4
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 5
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 6
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 7
- Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 8
- Conflito de atribuições e origem de verba
- Conflito de atribuições e escola de ensino superior

1ª Turma

- CNJ: provimento de serventias extrajudiciais e segurança jurídica
- Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento

2ª Turma

- Prisão civil e pensão alimentícia
- Tribunal do júri e novo enquadramento fático-jurídico
- Inquérito e acesso às provas
- Ministério Público Militar e ausência de contrarrazões
- Sociedade de economia mista e regime de precatório

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

- ECT - IMCS - Imunidade Tributária Recíproca (ACO 2.654-DF)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 1

O Plenário julgou parcialmente procedentes pedidos formulados em medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada em face de diversos dispositivos da Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento. O arguente pleiteava: a) a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 19 da Lei 1.079/1950, para que se fixasse, com efeitos “ex tunc” — abrangendo os processos em andamento —, a orientação segundo a qual o recebimento da denúncia, referido no dispositivo legal, deveria ser precedido de audiência prévia do acusado, no prazo de 15 dias; b) a declaração de não recepção das expressões “regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, constantes do art. 38; c) a declaração de recepção dos artigos 19, 20, 21, 22 e 23, “caput”, afastando-se a interpretação segundo a qual o art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados substituiria o procedimento previsto nos referidos preceitos legais; d) a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 19, afastando-se a interpretação de que a formação da comissão especial deveria se dar com representantes dos blocos parlamentares no lugar de representantes dos partidos políticos; e) a realização de interpretação conforme a Constituição dos artigos 18, § 1º, 22, 27, 28 e 29, para se fixar a interpretação no sentido de que toda a atividade probatória fosse desenvolvida em primeiro lugar pela acusação e por último pela defesa; f) a realização de interpretação conforme a Constituição do § 1º do art. 22 e dos artigos 28 e 29, para se fixar a interpretação de que, em cada fase processual — perante a Câmara dos Deputados e perante o Senado Federal —, a manifestação do acusado, pessoalmente ou por seus representantes legais, fosse o último ato de instrução; g) a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 24 para se fixar a interpretação segundo a qual o processo de “impeachment”, autorizado pela Câmara, poderá ou não ser instaurado no Senado, cabendo a decisão de instaurá-lo ou não à respectiva Mesa, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 44 da própria Lei 1.079/1950, não sendo essa decisão passível de recurso; h) a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 24 para se fixar a interpretação no sentido de que a decisão da Mesa do Senado pela instauração do processo deverá ser submetida ao Plenário da Casa, aplicando-se, por analogia, os artigos 45, 46, 48 e 49 da própria lei impugnada, exigindo-se, para se confirmar a instauração do processo, a decisão de 2/3 dos Senadores; i) a declaração de não recepção dos §§ 1º e 5º do art. 23, e dos artigos 80 e 81; j) a realização de interpretação conforme a Constituição dos artigos 25, 26, 27, 28, 29 e 30, para se fixar a interpretação segundo a qual os Senadores só deveriam realizar diligências ou a produção de provas de modo residual e complementar às partes, sem assumir, para si, a função acusatória; e, por fim, k) a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 19, com efeitos “ex tunc” — alcançando processos em andamento —, para fixar a interpretação de que o Presidente da Câmara dos Deputados apenas poderia praticar o ato de recebimento da acusação contra o Presidente da República se não incidisse em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição, esta última objetivamente aferível pela presença de conflito concreto de interesses.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 2

O Plenário, inicialmente, deliberou conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Destacou que as alegações contrárias ao seu conhecimento não seriam procedentes pelas seguintes razões: a) a jurisprudência do STF seria pacífica sobre competir ao próprio STF o juízo sobre o que se deveria compreender por preceito fundamental, mediante esforço hermenêutico que identificasse “as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema” (ADPF 33 MC/PA, DJU 27.10.2006); b) a ofensa na presente hipótese, notadamente, ao sistema de governo, à separação de poderes, à soberania popular, ao direito ao devido processo legislativo e às garantias procedimentais no curso da apuração de crime de responsabilidade poderia ser inferida potencialmente; c) ainda, o requisito da subsidiariedade estaria presente, pois “a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, “a priori”, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação” (ADPF 33 MC/PA, DJU 27.10.2006); d) o objeto da arguição seria a Lei 1.079/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, e foi promulgada sob a égide da Constituição da República de 1946. Tratar-se-ia, portanto, de um juízo de recepção sobre diploma legislativo anterior à ordem constitucional atual e não da suposta tentativa de julgamento de inconstitucionalidade dos regimentos internos das Casas do Congresso Nacional; e) as medidas cautelares incidentais a tratar da eleição da comissão especial guardariam pertinência com a potencial recepção do art. 19 da referida lei pela CF/1988, sobretudo no tocante à expressão “comissão especial eleita”; f) as noções de instrumentalidade das formas e de economia processual recomendariam considerar as Petições/STF 64.212 e 64.216, ambas de 2015, como aditamento à peça inicial, tendo em vista a viabilidade do ajuizamento de uma nova arguição incidental ante a relevância da controvérsia constitucional em discussão; por fim, g) o tema referente ao “impeachment” presidencial seria da mais alta magnitude jurídico-política, de maneira a revelar a imperatividade de um diálogo institucional entre o STF, na qualidade de guardião das regras da democracia constitucional, e os demais Poderes da República, aqui, por intermédio da prestação da jurisdição constitucional em processo objetivo.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 3

No mérito, a Corte, asseverou que, visto que o impeachment, nos estritos limites da controvérsia e desde que observadas as regras constitucionais, seria um dos mecanismos capazes de corrigir distorções não republicanas. Dessa maneira, o STF

deveria zelar para que as regras de delimitação do exercício de controle do Poder Executivo não acabassem por impedi-lo de realizar sua missão constitucional. processual do instituto, conforme decidido no MS 20.941/DF (DJU de 31.8.1992). Além disso, o instituto Assim, a natureza política do “impeachment” não retiraria do Poder Judiciário o controle sobre a regularidade seria compatível com a Constituição e concretizaria o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticassem no exercício do poder. Outrossim, não haveria dúvida quanto à recepção, pela CF/1988, dos aspectos materiais da Lei 1.079/1950. Quanto aos seus aspectos processuais, no entanto, tendo em vista as modificações em relação ao papel da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no processo de “impeachment” em relação às ordens jurídicas anteriores, seria preciso realizar a sua leitura à luz dos mandamentos constitucionais. O sistema processual do “impeachment”, portanto, estaria hoje previsto na imbricação entre a Constituição e a citada lei, que dariam as linhas mestras e estruturantes a serem seguidas. Então, no cenário jurídico-político, a Constituição consagraria na matéria a necessidade da existência de um processo ao conferir essa atribuição ao Senado Federal quanto aos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente da República (CF, art 52, I). Essa exigência deveria ser lida à luz da vedação do abuso de poder e das garantias processuais constitucionais, assinalando-se que o processo funcionaria como instrumento a subtrair a possibilidade de que o Chefe do Poder Executivo fosse submetido a julgamento arbitrário, garantia constitucional atinente à cláusula do “due process of law”, a ser assegurada aos acusados em geral.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 4

A Corte, então, relativamente ao item “a”, indeferiu o pedido para afirmar que não há direito à defesa prévia ao ato do Presidente da Câmara, ante a ausência de violação ao devido processo legal. Afirmou que a Lei 1.079/1950 seria silente quanto à competência para o recebimento da denúncia, mas esclareceria se tratar de providência a ser tomada antes da formação da comissão especial. Nessa matéria, afeta de forma preponderante à auto-organização da Câmara dos Deputados, embora com efeitos processuais reflexos, seria lícito que se socorresse ao Regimento Interno da Casa, que atribuiria essa tarefa ao Presidente da Câmara dos Deputados. Esse ato do Presidente da Câmara, mesmo que acarretasse o recebimento da denúncia no contexto do processo instaurado no âmbito daquela Casa Legislativa, não encerraria de forma definitiva o juízo de admissibilidade da denúncia. Sendo a denúncia recebida pelo Presidente da Câmara, incumbiria ao Plenário o juízo conclusivo acerca da viabilidade da denúncia. No processo instaurado na Câmara, a avaliação da Presidência deveria ocorrer à luz da denúncia e das provas que a acompanhassem. Em razão da natureza e gravidade do processo, também seria razoável que esse juízo fosse renovado pelo Plenário. Assim, o traço distintivo entre o juízo de admissibilidade e o de mérito seria simples. No caso do processo instaurado pela Câmara, se o juízo positivo não importasse autorização de processamento do Presidente da República, tratar-se-ia de juízo de admissibilidade interno. Havendo autorização, a decisão resolveria o mérito do processo instaurado na Câmara, com admissão da denúncia para fins de processamento no âmbito do Senado Federal. Nesse contexto, como meio inerente ao contraditório, deveria ser assegurado ao acusado a oportunidade de manifestação prévia à aprovação do parecer da comissão especial, oportunidade em que se julgará, para os fins do processo instaurado na Câmara, a admissão definitiva da denúncia. Nessa linha, considerando que o recebimento operado pelo Presidente da Câmara configuraria juízo sumário da admissibilidade da denúncia para fins de deliberação colegiada, não haveria obrigatoriedade de defesa prévia a essa decisão. Desse modo, a exigência de defesa prévia ao recebimento da denúncia não constituiria derivação necessária da cláusula do devido processo legal, na medida em que, reconhecido o direito de manifestação anterior à aprovação do primeiro parecer proferido pela comissão especial, haveria contraditório prévio à admissibilidade conclusiva. O devido processo legal, nessa ótica, seria respeitado.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 5

Quanto ao item “b”, o Tribunal deferiu parcialmente o pedido para estabelecer, em interpretação conforme a Constituição do art. 38 da Lei 1.079/1950, que seria possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de “impeachment”, desde que fossem compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes. Asseverou que os referidos regimentos internos possuiriam aplicação ao rito do “impeachment” naquilo que dissessem respeito à auto-organização interna dos referidos órgãos legislativos, mas não para a autorização, processamento e julgamento do “impeachment”. Não haveria, assim, violação à reserva de lei exigida pelo art. 85 da CF. Em relação ao item “c”, o Pleno, por maioria, deferiu parcialmente o pleito para (1) declarar recepcionados pela CF/1988 os artigos 19, 20 e 21 da Lei 1.079/1950, interpretados conforme a Constituição para que se entendesse que as “diligências” e atividades ali previstas não se destinariam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia; e (2) para declarar não recepcionados pela CF/1988 o art. 22, “caput”, 2ª parte — que se inicia com a expressão “No caso contrário...” —, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da lei em questão, que determinam dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Prevaleceu, no ponto, o voto do Ministro Roberto Barroso. Assinalou que a lei em questão regulamentaria a Constituição de 1946. Portanto, referido ato normativo disciplinaria a participação da Câmara dos Deputados em dois momentos: o de recebimento da denúncia e o momento seguinte, em que, por 2/3 dos votos, ela julgaria procedente, ou não, a denúncia. Porém, pela nova sistemática que decorreria da CF/1988 a Câmara se manifestaria uma única vez sobre a autorização, ou não, para a instauração do processo. Vencidos os Ministros Edson

Fachin (relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que (1) declaravam a recepção do art. 20, “caput” e §1º; (2) davam interpretação conforme ao art. 20, §2º, a fim de firmar o entendimento de que antes da discussão única em plenário fosse lida a manifestação do Presidente da República sobre o parecer preliminar elaborado pela comissão especial; (3) declaravam a recepção do art. 21, 22, “caput”, §1º, §2º, bem assim do art. 23, “caput”; e (4) davam interpretação conforme ao art. 22, §3º, a fim de firmar o entendimento de que o Presidente da República devesse ser notificado para apresentar alegações finais sobre o parecer definitivo da comissão especial.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 6

O Plenário, no que diz com o item “d”, indeferiu o pedido, por reconhecer que a proporcionalidade na formação da comissão especial poderia ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários. Ressaltou que não haveria, relativamente ao art. 19 da Lei 1.079/1950 qualquer incompatibilidade material em relação à Constituição Federal, logo se teria o dispositivo como válido e eficaz à formação da comissão. No concernente ao item “e”, por maioria, deferiu o pleito para estabelecer que a defesa tem o direito de se manifestar após a acusação, vencido, nesse item, o Ministro Marco Aurélio, que assentava a necessidade de se ouvir o Presidente da República antes da acusação, no âmbito do Senado Federal. Quanto ao item “f”, a Corte deferiu o pedido para estabelecer que o interrogatório seja o ato final da instrução probatória. Já quanto ao item “g”, por maioria, deferiu parcialmente a pretensão para (1) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 24 da Lei 1.079/1950, a fim de declarar que, com o advento da CF/1988, o recebimento da denúncia no processo de “impeachment” ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, e (2) declarar que a votação nominal deverá ser tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros. Prevaleceu, no ponto sob enfoque, o voto do Ministro Roberto Barroso. Asseverou que, em relação ao papel da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no procedimento, caberia à Câmara autorizar a instauração do processo, e ao Senado processar e julgar o acusado. Significaria, conseqüentemente, que o Senado faria um juízo inicial de instauração, ou não, do processo, correspondente ao recebimento, ou não, da denúncia. Isso se daria em razão do advento da CF/1988 que passara a prever, para a Câmara dos Deputados, apenas o papel de autorizar a instauração do processo, como condição de procedibilidade da ação perante o Senado. Diferentemente da CF/1946 na qual se previa, como papel da Câmara dos Deputados, a declaração da procedência ou da improcedência da acusação, sendo o Presidente da República imediatamente suspenso das suas funções no primeiro caso. Vencidos, quanto ao subitem “1”, os Ministros Edson Fachin (relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que fixavam o entendimento de que não competiria ao Senado rejeitar a autorização expedida pela Câmara dos Deputados; e quanto ao subitem “2”, os Ministros Edson Fachin (relator), Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que assentavam a necessidade de observância do quórum de 2/3.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 7

Quanto ao item “h”, o colegiado por maioria, deferiu parcialmente o pedido para declarar constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos artigos 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei 1.079/1950 — os quais determinam o rito do processo de “impeachment” contra Ministros do STF e o PGR — ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra o Presidente da República. Prevaleceu, na matéria, o voto do Ministro Roberto Barroso. Destacou que deveria ser observado o procedimento adotado durante o “impeachment” realizado no ano de 1992, do então Presidente da República, Fernando Collor. Assim, o Senado Federal se pronunciará, no momento inicial, pelo recebimento, ou não, da denúncia, por maioria simples. Recebida esta, o processo deveria prosseguir. Não recebida a denúncia, o processo deveria ser extinto. Depois, haveria uma deliberação por maioria simples, quanto à pronúncia, e uma deliberação por 2/3, quanto à procedência, ou não, da acusação. Vencidos, nesse tópico, os Ministros Edson Fachin (relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Em relação ao item “i”, a Corte, por maioria, deferiu integralmente a pretensão para declarar que não foram recepcionados pela CF/1988 os artigos 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte; e 81, porque estabeleceriam os papéis da Câmara e do Senado Federal de modo incompatível com os artigos 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, da CF. Prevaleceu, também nesse ponto, o voto do Ministro Roberto Barroso. Vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin (relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que (1) declaravam a não recepção do § 5º do art. 23, e dos artigos 80, “ab initio”, e 81; e (2) davam interpretação conforme ao art. 23, § 1º, para consignar que o efeito da procedência da denúncia na Câmara dos Deputados seria a autorização para processar e julgar o Presidente da República. Com relação aos itens “j” e “k”, o Tribunal indeferiu os pleitos para, respectivamente: i) afirmar que os senadores não precisam se apartar da função acusatória e ii) reconhecer a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados. Destacou que em processos norteados pelo convencimento jurídico, a imparcialidade do juiz constituiria desdobramento lógico da cláusula do devido processo legal. Outrossim, por opção constitucional, determinadas infrações sujeitar-se-iam a processamento e a julgamento em território político, em que os atores ocupariam seus postos com supedâneo em prévias agendas e escolhas dessa natureza. Sendo assim, soaria natural que a maioria dos agentes políticos ou figurassem como adversários do Presidente da República ou comungassem de suas compreensões ideológico-políticas. Esses entraves de ordem política seriam da essência de um julgamento de jaez jurídico-político. Com efeito, o nível de imparcialidade aduzido nos referidos pedidos não se coadunariam com a extensão pública das discussões valorativas e deliberações dos parlamentares.

Seria preciso que se reconhecesse que, embora guardassem algumas semelhanças, processos jurídicos e político-jurídicos resolver-se-iam em palcos distintos e seguiriam lógicas próprias. Destarte, exigir aplicação fria das regras de julgamento significaria, em verdade, converter o julgamento jurídico-político em exclusivamente jurídico, o que não observaria a intenção constitucional. A Constituição teria pretendido que o julgador estivesse sujeito à lei e a interesses políticos, de modo que a subtração dessa perspectiva implicaria violação ao princípio democrático.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Lei 1.079/1950: procedimento de “impeachment” e recepção - 8

Em seguida, o Plenário, ao apreciar cautelar incidental relativa à alegada impossibilidade de candidaturas avulsas, por maioria, deferiu integralmente o pedido para declarar que não é possível a formação de comissão especial a partir de candidaturas avulsas. Prevaleceu, ainda nessa matéria, o voto do Ministro Roberto Barroso. Afirmou que haveria duas razões que infirmariam a legitimidade da candidatura avulsa: uma textual e a outra lógica. A justificativa textual seria que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com a autoridade da delegação recebida pelo art. 58 da CF, estatuiria que a indicação dos representantes partidários ou dos blocos parlamentares competiria aos líderes. Já a razão lógica se sustentaria no fato de que, por força da Constituição, a representação proporcional seria do partido ou do bloco parlamentar. Assim, os nomes dos partidos não poderiam ser escolhidos heteronomamente, o que se daria caso os adversários escolhessem o representante do partido. Vencidos, no ponto, os Ministros Edson Fachin (relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entendiam não caber ao Poder Judiciário, mesmo em sede de jurisdição constitucional, tolher uma opção legitimamente feita pela Câmara dos Deputados no pleno exercício de uma liberdade política que lhe seria conferida pela ordem constitucional, na forma do art. 58, §1º, da CF. Quanto à cautelar incidental relativa à forma de votação para formação da comissão especial, por maioria, deferiu o pedido para reconhecer que a eleição da comissão especial somente poderia se dar por voto aberto. Prevaleceu, na matéria, o voto do Ministro Roberto Barroso. Ressaltou a incidência, na questão em comento, dos princípios republicano, democrático, representativo, e o que eles importariam em transparência. Ademais, dever-se-ia preservar o procedimento seguido no “impeachment” instaurado em 1992, no qual fora aberta a votação para a constituição da comissão especial. Vencidos, quanto ao ponto em comento, os Ministros Edson Fachin (relator), Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que afirmavam não competir ao Poder Judiciário sindicat atos administrativos do Parlamento, quando as soluções fossem múltiplas e constitucionalmente adequadas. Isso em consideração à noção de autocontenção do Estado-Juiz perante o Parlamento e em homenagem à tripartição dos poderes. Finalmente, a Corte, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada da tribuna para reafirmar o “quorum” de maioria simples para deliberação do Senado relativamente ao juízo de instauração do processo, prevalecendo o voto do Ministro Roberto Barroso. Vencidos, quanto à questão de ordem, os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que estabeleciam o “quorum” de 2/3. Ao final, o Pleno converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito.

ADPF 378/DF, rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18.12.2015. (ADPF-378)

Conflito de atribuições e origem de verba

O Plenário iniciou julgamento de agravo regimental em petição na qual se discute conflito negativo de atribuições relativamente à investigação de possíveis irregularidades em obra pública realizada em Município. Na espécie, inquérito civil público fora instaurado pelo Ministério Público estadual com base em denúncias de munícipes contra a prefeitura, para fins de apurar irregularidades em projeto de intervenção urbana. Segundo eles, haveria o risco de danos ao meio ambiente e à segurança da população local. Declinada a atribuição, o procedimento veio a ser remetido ao Ministério Público Federal, ante o fato de constar que a aludida obra teria sido executada a partir de verbas de programa mantido pela União. Na sequência, o Ministério Público Federal declinou da atribuição por entender inexistir interesse a ser tutelado e reencaminhou os autos para o Ministério Público estadual que, por sua vez, suscitou o conflito. O Ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao recurso. Registrou que o conflito se elucidaria tendo em vista a matéria objeto do procedimento administrativo de origem. Dessa forma, a distinção se faria pelo fato de haver, ou não, o envolvimento ou de serviço público federal ou de recursos da União. Concluiu que quando se tratasse de desvio de conduta na prestação ou na execução de serviços no próprio Estado-Membro, sem o uso de recursos federais, a atribuição para qualquer ação seria do Ministério Público estadual e não do Federal, ao qual não caberia formalizar inquérito civil público. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

Pet 5586 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 18.12.2015. (Pet-5586)

Conflito de atribuição e escola de ensino superior

O Plenário iniciou julgamento de agravo regimental em petição na qual se discute conflito negativo de atribuições quanto as investigações de supostas irregularidades praticadas por estabelecimentos de ensino superior. Na espécie, o procedimento administrativo, instaurado pelo Ministério Público Federal, fora remetido ao Ministério Público estadual por declinação de atribuição. O Ministro Marco Aurélio (relator) desprovera o agravo regimental e mantivera a decisão que atribuíra ao Ministério Público estadual a atribuição para dar continuidade ao procedimento investigatório. Assentou que, quando se trata de investigar prática de ato irregular por instituição de ensino superior privada, a atribuição seria do Ministério Público estadual e não do Federal. Apesar de as instituições de ensino superior privadas estarem compreendidas no sistema federal de educação, nos termos do art. 16, II, da Lei 9.394/1996 (“Art. 16. O sistema federal de ensino compreende: ... II - as

instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada”), não existiria prestação de serviço ou emprego de recurso federal no caso em exame. Assim, a competência para processar e julgar eventual ação civil pública seria da justiça estadual. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

Pet 5613 AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 18.12.2015. (Pet-5613)

PRIMEIRA TURMA

CNJ: provimento de serventias extrajudiciais e segurança jurídica

A Primeira Turma iniciou julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, que negara seguimento a recurso administrativo visando desconstituir decisão mediante a qual fora elaborada lista de serventias extrajudiciais vagas. Na espécie, o impetrante fora nomeado, em 12.8.1993, para o cargo de tabelião por meio de habilitação em concurso público. Posteriormente, em 20.9.1993, mediante permuta, passara a titularizar o mesmo cargo em outra serventia. Este último cargo fora declarado vago pelo referido ato do CNJ. Sustenta o impetrante a existência de ofensa à segurança jurídica e ao direito adquirido, porquanto o CNJ teria revisto o ato de designação após mais de 17 anos, em afronta ao art. 54 da Lei 9.784/1999 (“O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”). Ressalta, ademais, que a permuta fora realizada de acordo com a legislação até então vigente na matéria e que seria inviável o retorno à serventia originária, já extinta. O Ministro Marco Aurélio (relator), ao deferir a ordem, afirmou que o STF tem assentado, reiteradamente, a impossibilidade de a Administração Pública — e o CNJ apenas atua na área administrativa — rever ato depois de passados cinco anos, porque gerada a intangibilidade. Essa a óptica prevalecente no julgamento do MS 26.353/DF (DJe de 7.3.2008) e do MS 26.363/DF (DJe de 11.4.2008). A aplicação do art. 91 do Regimento Interno do CNJ [“O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados. Parágrafo único. Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição”] não poderia se sobrepor a princípio maior, qual seja, a segurança jurídica. Pouco importaria que o ato praticado fosse contrário à lei ordinária ou à Constituição Federal. Num e noutro caso, descaberia a revisão administrativa do ato praticado, quando passados mais de cinco anos. Logo, não haveria que se falar em má-fé do impetrante, de modo a ensejar a observância da ressalva contida na parte final do art. 54 da Lei 9.784/1999. A remoção, quando formalizada pelo tribunal de justiça, encontraria amparo em lei estadual. Logo, o reconhecimento da intenção deliberada de burlar a exigência de concurso público demandaria demonstração concreta pelo órgão de controle, relativamente às circunstâncias específicas de cada um dos titulares. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

MS 29415/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 15.12.2015. (MS-29415)

Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento

É legítima a execução de honorários sucumbenciais proporcional à respectiva fração de cada um dos. É legítima a execução de honorários sucumbenciais proporcional à respectiva fração de cada um dos substituídos processuais em ação coletiva contra a Fazenda Pública. Essa a conclusão da Primeira Turma que, por maioria e em exame conjunto, negou provimento a agravos regimentais em que se sustentava que os honorários advocatícios constituíam crédito único a ser executado em sua totalidade. A Turma afirmou que o sistema processual, ao buscar a eficiência da jurisdição, possibilitaria a concentração das demandas por meio das ações coletivas. Logo, seria totalmente contraproducente tornar a execução dessas demandas vinculadas ao todo e impossibilitar a execução facultativa e individualizada das partes substituídas no processo original. Ademais, isso levaria ao enfraquecimento do movimento de coletivização das demandas de massa e provavelmente geraria proliferação de processos, pois nada impediria que os advogados fracionassem os litisconsórcios facultativos para depois executarem os honorários de forma proporcional ao valor principal de cada cliente. Vencidos o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber, que davam provimento ao agravo regimental. Pontuavam que diante de julgamento de ação coletiva com condenação em honorários advocatícios, relativamente aos quais se teria credor único, pretendia-se parcelar essa quantia única dos honorários advocatícios para ter-se a satisfação direta sem a via do precatório, o que não seria possível.

RE 919269 AgR/RS, rel. Min. Edson Fachin, 15.12.2015. (RE-919269)

RE 913544 AgR/RS, rel. Min. Edson Fachin, 15.12.2015. (RE-913544)

RE 913568 AgR/RS, rel. Min. Edson Fachin, 15.12.2015. (RE-913568)

SEGUNDA TURMA

Prisão civil e pensão alimentícia

A Constituição apenas permite prisão por dívida decorrente de pensão alimentícia quando a não prestação é voluntária e

inescusável. Com base nessa orientação, a Segunda Turma não conheceu o “habeas corpus”, porém, concedeu a ordem de ofício. Na espécie, o paciente demonstrou encontrar-se desempregado. Inicialmente, a Turma superou o óbice do Enunciado 691 da Súmula do STF. A Ministra Cármen Lúcia (relatora) enfatizou não se tratar de reexame de fatos e provas, mas conclusão decorrente de quadro não contestado.

HC 131554/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.12.2015. (HC-131554)

Tribunal do júri e novo enquadramento fático-jurídico

Se houver incorreto enquadramento fático-jurídico na capitulação penal, que repercute na competência do órgão jurisdicional, admite-se, excepcionalmente, a possibilidade de o magistrado, antes da pronúncia e submissão do réu ao júri popular, efetuar a desclassificação para outro tipo penal e encaminhar o feito ao órgão competente. Com base nessa orientação e, em face da peculiaridade do caso concreto, a Segunda Turma, por maioria, concedeu, em parte, a ordem em “habeas corpus” para afastar o dolo eventual homicida, com a retirada da competência do tribunal do júri. O magistrado competente deve então proceder ao correto enquadramento jurídico mediante a análise do contexto fático-probatório, mantida a higidez dos atos processuais até então praticados, sem prejuízo de eventual “mutatio libelli”. Na espécie, o paciente, após a ingestão de significativa quantidade de bebida alcoólica, teria cedido a direção de seu veículo a outra pessoa, também alcoolizada, que, em alta velocidade e sem o cinto de segurança, ocasionara o acidente automotivo e o próprio óbito. No carro, também teriam sido encontrados alguns miligramas de cocaína. A Turma destacou jurisprudência da Corte firmada na excepcionalidade do trancamento da persecução penal na via do “habeas corpus”. Tal medida seria recomendada tão somente quando indiscutível a atipicidade da conduta, presente a causa extintiva de punibilidade ou, ainda, quando ausentes indícios mínimos de autoria, o que não se aplicava à hipótese dos autos. Apontou que pela descrição fática contida na denúncia seria indubitosa a incompetência do tribunal do júri para processar e julgar a demanda, a afastar qualquer subsunção dos fatos investigados ao art. 121, “caput”, do Código Penal. Vencido o Ministro Celso de Mello, que denegava a ordem. Destacava que no presente estágio processual seria prematuro, na via sumaríssima do “habeas corpus”, proceder à configuração de dolo eventual. Anotava que o magistrado que estivesse a conduzir o processo penal de conhecimento teria mais condições do que a Corte para, ao coligir todos os dados informativos, formar a sua própria convicção. Assim, a partir desse ponto ele iria pronunciar ou impronunciar o réu, desclassificar o delito para outro que não se incluísse na competência penal do júri, ou até mesmo absolvê-lo sumariamente.

HC 113598/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.12.2015. (HC-113598)

Inquérito e acesso às provas

Diligências determinadas a requerimento do Ministério Público Federal são meramente informativas, não suscetíveis ao princípio do contraditório. Desse modo, não cabe à defesa controlar, “ex ante”, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental em inquérito interposto contra decisão do relator que deferira diligências advindas da Procuradoria-Geral da República. Na espécie, a investigada pretendia que a ela fosse concedida oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências. A Turma destacou que o Enunciado 14 da Súmula Vinculante assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas nos autos. Precedente citado: HC 93.767/DF (DJe de 1º.4.2014).

Inq 3387 AgR/CE, rel. Min. Dias Toffoli, 15.12.2015. (Inq-3387)

Ministério Público Militar e ausência de contrarrazões

A renúncia do Ministério Público Militar ao direito de contrarrazoar — na condição de parte —, em primeira instância, não impossibilita que a Procuradoria-Geral da Justiça Militar atue em segundo grau de jurisdição. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se sustentava a nulidade do feito pela ausência de contrarrazões ao recurso de apelação. A Turma registrou a possibilidade de a Procuradoria-Geral da Justiça Militar se manifestar nos autos.

HC 131077/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.12.2015. (HC-131077)

Sociedade de economia mista e regime de precatório

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental em que se pleiteava a aplicação do regime jurídico de execução das empresas privadas às sociedade de economia mista. A Turma afirmou que sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento que prestasse serviço público primário e em regime de exclusividade - o qual corresponderia à própria atuação do Estado, sem obtenção de lucro e de capital social majoritariamente estatal - teria direito ao processamento da execução por

meio de precatório.

RE 852302 AgR/AL, rel. Min. Dias Toffoli, 15.12.2015. (RE-852302)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	16.12.2015	17 e 18.12.2015	79
1ª Turma	15.12.2015	—	422
2ª Turma	15.12.2015	—	370

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 14 a 18 de dezembro de 2015

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 927.467-RJ

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: CONSUMIDOR. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

14 a 18 de dezembro de 2015

HC N. 130.038-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Processual penal. Produção antecipada de prova testemunhal (art. 366, CPP). Inexistência de demonstração da necessidade concreta da medida. Invocação de fórmulas de estilo genéricas aplicáveis a todo e qualquer caso. Inadmissibilidade. Flagrante ilegalidade caracterizada. *Writ* concedido.

1. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 225 do Código de Processo Penal.
2. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que “[s] e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal”. Precedentes.
3. Na espécie, o juízo de primeiro grau valeu-se de fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida.
4. Ausente a indicação de circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal, há que se reconhecer a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame.
5. Ordem concedida.

**noticiado no Informativo 806*

QUEST. ORD. EM AP N. 913-AL

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Questão de ordem na ação penal. Processual penal. Denúncia. Recebimento por outra instância antes da diplomação do réu como deputado federal. Posterior deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal. Recebimento do processo no estado em que se encontra (art. 230-A do RISTF). Possibilidade de reexame, em questão de ordem, da justa causa para ação penal. Crimes de fraude a licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93) e de peculato (art. 312, CP). Convênio firmado entre a Secretaria Estadual de Saúde e o Ministério da Saúde. Fraude em concorrência derivada desse convênio e desvio de recursos públicos em favor de terceiro. Imputação desses crimes a governador de estado pelo fato de o convênio ter sido celebrado em sua gestão. Inadmissibilidade. Acusado que, à época da abertura da concorrência, já havia renunciado a seu mandato. Inexistência de poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório e a execução do contrato. Mera chefia do Poder Executivo que não atrai sua responsabilidade penal. Corrupção passiva (art. 312, CP). Recebimento de doações eleitorais da vencedora do certame. Atipicidade do fato. Réu que, na condição de ex-governador, não mais detinha a qualidade de funcionário público. Falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Questão de ordem que se resolve pela concessão de *habeas corpus*, de ofício, para se rejeitar a denúncia, por falta de justa causa. 1. Nos termos do art. 230-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, havendo deslocamento de competência para o STF, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*. 2. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que uma ação penal inviável prossiga, pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu. Precedente. 3. Não bastasse isso, o prosseguimento do feito acarretaria a desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias onerosas, relativamente a uma pretensão acusatória natimorta. 4. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas

peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria. Precedentes. 5. O acusado, à época da concorrência, da assinatura do contrato e de seus aditivos, de sua execução, das medições de obra e dos pagamentos à contratada, não mais era o chefe do Poder Executivo, por haver renunciado a seu mandato. 6. Portanto, além de não subsistir relação de subordinação hierárquica com os responsáveis pela licitação, o acusado não mais detinha qualquer poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório ou sobre a execução do contrato ora hostilizado. 7. O simples fato de ser governador à época em que a Secretária de Estado firmou o convênio em questão não atrai a sua responsabilidade penal pela fraude à licitação subsequente e pelo desvio de verbas na execução do contrato. 8. *Mutatis mutandis*, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito” (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 29/5/09).9. À míngua de elementos probatórios concretos, constitui mera criação mental da acusação a pretensa relação de causalidade entre as doações eleitorais feitas ao réu e seu suposto concurso para a fraude à licitação e o desvio de recursos públicos.10. Questão de ordem que se resolve pela concessão de **habeas corpus**, de ofício, em favor do acusado, para **rejeitar a denúncia**, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP).

*noticiado no Informativo 808

ADI N. 1.923-DF

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiores políticas prevalescentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. 4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI). 10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente. 11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da *impeccabilidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma

homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. 12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). 14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. 15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo. 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais. 19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor. 20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Acórdãos Publicados: 812

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

ECT - IMCS - Imunidade Tributária Recíproca (Transcrições)

ACO 2.654/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: Imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”). **ICMS. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.** Empresa pública prestadora de serviço público. **Reconhecimento**, em seu favor, **da prerrogativa constitucional** da imunidade tributária recíproca, **que traduz uma das projeções concretizadoras do princípio da Federação. Ação cível originária julgada procedente.**

– A Constituição da República **confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação** (CF, art. 102, I, “f”), **atribuindo-lhe, nessa condição institucional, o poder de dirimir** controvérsias **cujas potencialidades ofensivas revele-se apta a vulnerar os valores que informam** o princípio fundamental **que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina Precedentes.**

– A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), **que é empresa pública, executa, como atividade-fim, serviço postal constitucionalmente outorgado, em regime de monopólio**, à União Federal, **qualificando-se**, em razão de sua **específica** destinação institucional, **como entidade delegatária** dos serviços públicos **a que se refere** o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental, **o que exclui** essa empresa governamental, **em matéria de impostos (inclusive o ICMS), por efeito do princípio da imunidade tributária recíproca** (CF, art. 150, VI, “a”), **do poder de tributar deferido** aos

entes políticos em geral. **Precedentes.**

– **Consequente inexistência, por parte do Distrito Federal, do ICMS** referente às atividades de transporte de encomendas executadas *pela ECT na prestação* dos serviços públicos: **serviço postal, no caso.**

DECISÃO: Trata-se de “ação civil originária” que, **ajuizada** pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT **contra** o Distrito Federal, **objetiva ver reconhecida**, com fundamento na garantia constitucional *da imunidade tributária recíproca* (CF, art. 150, VI, “a”), **a inexistência** da obrigação jurídica de essa empresa pública federal recolher, *por alegadamente inexigível, o ICMS instituído* pela Lei Distrital nº 1.254/96, **relativo ao** serviço postal de encomendas.

A presente ação apoia-se, em síntese, nos fundamentos que se seguem (fls. 24/25):

“(…) **vale destacar** o resultado do ‘leading case’ RE nº 601.392 no sentido de que **a imunidade tributária da ECT deve abarcar tanto os serviços tipicamente** postais mencionados no art. 9º da Lei nº 6.538/78, **quanto os demais serviços prestados pela ECT para fins de subsídios cruzados.**

De toda forma, **vale lembrar** que constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, consoante dispõe o art. 7º da Lei nº 6.538/78.

Portanto, o encaminamento de encomendas está dentro do âmbito de atividades principais da ECT, pois faz parte do conceito de serviço postal (art. 7º da Lei nº 6.538/78), **não obstante se tratar de um serviço postal não exclusivo por estar fora do rol do art. 9º da Lei nº 6.538/76.**

Nessa ordem de ideias, tem fundamento jurídico abrangido pelo entendimento dessa Corte ao julgar o ‘leading case’ RE nº 601.392, pois, se as atividades correlatas e afins praticadas pela ECT gozam de imunidade tributária, com muito mais razão as atividades tipicamente postais (tais como o encaminamento de encomendas etc.) também devem gozar desse benefício tributário.

Assim, os fundamentos de direito contidos no ‘decisum’ do ‘leading case’ RE nº 601.392, por si só, estão aptos e suficientes a incidirem sobre os fatos aqui discutidos, fazendo com que esta demanda seja de plano julgada favorável à ECT.” (grifei)

O Distrito Federal, **ao apresentar** contestação, **expôs** as seguintes razões de direito que – *segundo sustenta* – **dão suporte** à obrigação tributária ora questionada (fls. 814/816):

“(…) **é correto entender** que apenas as atividades exploradas em regime de monopólio pela União é que devem gozar de imunidade.

As atividades relacionadas no art. 9º da Lei nº 6.538/78 é que devem ser entendidas como serviços postais (em sentido estrito), distinguindo-se de toda uma série de outros serviços postais (em sentido amplo), também prestados pela ECT, os quais devem ser qualificados como atividades correlatas e atividades afins (art. 2º, § 1º) que são exploradas no âmbito do domínio econômico em ambiente de mercado.

Assim, o serviço de entrega de encomendas é atividade econômica (serviço de transporte) e não serviço público (serviço postal ‘stricto sensu’).

A entrega de encomendas, nesse contexto, enquadra-se perfeitamente na definição de serviço de transporte, não se constituindo em serviço postal em sentido estrito.

Se a ECT também faz entrega de encomendas, não o faz porque se trate de atividade monopolizada (art. 21, X, da Constituição Federal), mas de atividade correlata ou atividade afim (Lei nº 6.538, de 1978), que assume nítida feição econômica, não se caracterizando como prestação de serviço público.

Para o contratante dos serviços de entrega de encomendas prestados pela ECT não existe diferenciação entre os seus serviços e o daquele de transporte de cargas oferecidos pelas empresas transportadoras privadas.

Ao executar atividade de transportadora de bens, entrando no mercado e concorrendo com entidades de caráter privado, a ECT reclama mesmo tratamento tributário dispensado às empresas privadas do setor de transporte de mercadorias, sem qualquer tipo de privilégio.

A imunidade recíproca buscada pela ECT não pode ser deferida eis que ela é extensiva tão somente às Autarquias e às Fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou a delas decorrentes, não se aplicando à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, na correta inteligência do art. 150 da Constituição Federal.

O serviço de transporte de encomenda da ECT é atividade econômica e o seu regime fiscal deve ser o mesmo aplicado às empresas privadas, que também realizam transporte de encomendas, sob o risco de violação frontal ao princípio constitucional da livre concorrência, verdadeiro limite à limitação ao poder de tributar em que consiste a imunidade tributária recíproca.

O Supremo Tribunal Federal é cioso no entendimento de que as regras constitucionais que tratam das imunidades não podem ser entendidas de maneira absoluta, impondo-se equilíbrio com outros princípios fundamentais da Constituição Federal, especialmente com o princípio da livre concorrência, previsto nos arts. 170, IV, e 173.

Não se pode permitir seja concedido privilégio no exercício de atividade econômica não monopolizada que configure desequilíbrio da concorrência.

A entrega de encomendas é atividade econômica (serviço de transporte) e não serviço público (serviço postal ‘stricto sensu’).

Como dito, quando a ECT faz a entrega de encomendas, não o faz porque se trate de atividade monopolizada (art. 21, X, da Constituição Federal), mas porque se trata de atividade correlata ou atividade afim (Lei nº 6.538/78), não se caracterizando como prestação de serviço público a autorizar a pretendida imunidade.

Sendo assim, esta atividade (entrega de encomendas) não se submete ao monopólio federal e deve ser considerada como atividade econômica, submetendo-se ao mesmo regime fiscal aplicado às empresas privadas concorrentes.” (grifei)

Registro que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, *no exercício da Presidência* desta Suprema Corte, **deferiu** o pedido de tutela antecipada **formulado** pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (fls. 839/843).

Reconhecida a regularidade formal da presente ação (fls. 917/918), **determinei** que se pronunciassem as partes *em alegações finais, as quais* só foram produzidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (fls. 920/970).

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do eminente Chefe da Instituição, **formulou parecer** que está assim **ementado** (fls. 976):

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. COMPETÊNCIA. STF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. ICMS.

1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar demanda tributária entre o Distrito Federal e empresa estatal que presta serviço público.

2. Serviço postal de competência exclusiva da União tem natureza de serviço público a teor do Decreto-Lei nº 509/69, da Lei nº 6.538/78 e do art. 21, X, da Constituição Federal.

3. Cabe a aplicação das regras da imunidade tributária recíproca a empresas públicas que prestam serviço público, especialmente as que desempenham atividade monopolizada, tal como a realizada pelos Correios e Telégrafos.

4. Parecer pela procedência do pedido.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a apreciar o pleito ora formulado. **E, ao fazê-lo, observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar o acolhimento** da pretensão deduzida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Com efeito, tenho para mim que a resolução do presente litígio **há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do**

Distrito Federal, particularmente em tema de ICMS (tributo cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz projeção concretizadora do postulado constitucional da Federação.

É importante pôr em destaque, neste ponto, a própria razão de ser da cláusula que instituiu a imunidade tributária recíproca.

Sabemos que a Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal.

Desse vínculo isonômico, que parifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas conseqüências mais expressivas, a vedação – dirigida a cada um dos entes federados – de instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros, bem assim de suas instrumentalidades administrativas, como esta Suprema Corte vem decidindo a respeito de semelhante questão.

A imunidade tributária recíproca – consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras – representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes do Estado Federal, constituindo, ainda, importante instrumento de manutenção do equilíbrio e da harmonia que devem prevalecer, como valores essenciais que são, no plano das relações político-jurídicas fundadas no pacto da Federação.

A concepção de Estado Federal que prevalece em nosso ordenamento positivo impede – especialmente em função do papel que incumbe a cada unidade federada desempenhar no seio da Federação – que qualquer delas institua impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços tanto das demais pessoas políticas quanto das respectivas pessoas administrativas, quando criadas para executar, mediante outorga, serviços públicos constitucionalmente incluídos na esfera orgânica de competência das entidades governamentais.

Cumpra ter presente, no processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação.

Impende registrar, por relevante, que a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da questão subjacente à presente causa (AI 748.076-AgR/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 840.394/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 241.792/MS, Rel. Min. AYRES BRITTO – RE 354.897/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 396.477/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 424.227/SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 524.615-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU – RE 552.736-AgR/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 601.392/PR, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – RE 610.517-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 773.992/BA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) confere suporte legitimador à pretensão deduzida pela ECT, que busca ver reconhecida a sua imunidade tributária recíproca em relação a impostos, como o ICMS, na linha de precedentes específicos existentes a respeito dessa particular modalidade tributária (ACO 865/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – ACO 958/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – ACO 1.331-AgR/GO, Rel. Min. LUIZ FUX – ACO 1.454/PB, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – ACO 2.089/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 582.529/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

“Agravamento Regimental em Ação Cível Originária. 2. Decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada, nos termos do RE 407.099-5/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.8.2004. 3. Suspensão da exigibilidade da cobrança de ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. 4. Este Tribunal possui firme entendimento no sentido de que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, ‘a’, da CF, estende-se à ECT (ACO-AgRg 765-1/RJ, Relator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Informativo STF nº 443). 5. A controvérsia sobre a natureza jurídica e a amplitude do conceito dos serviços postais prestados pela ECT está em debate na ADPF nº 46. 6. Agravamento Regimental desprovido.”

(ACO 1.095-MC-AgR/GO, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS SOBRE TRANSPORTE DE ENCOMENDAS. DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ACÓRDÃO RECORRIDO CONSOANTE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.”

(RE 868.853/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

Cabe destacar, ainda, julgamento plenário desta Suprema Corte que, ao dirimir controvérsia instaurada entre a ECT, autora da presente ação, e o Estado de Pernambuco, reafirmou a sua orientação no sentido do reconhecimento da imunidade tributária recíproca em favor dessa empresa pública, afastando, em precedente específico inteiramente aplicável ao caso ora em exame, a possibilidade de incidência do ICMS, tributo estadual, sobre o serviço postal de encomendas realizado pela referida pessoa administrativa:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, ‘a’, da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade.

1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.

2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.

3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio.

4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos.

5. Não há comprometimento do ‘status’ de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui ‘conditio sine qua non’ para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.

6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária.

7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.”

(RE 627.051/PE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Como se sabe, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é empresa pública, executa, como atividade-fim, serviço postal constitucionalmente outorgado, em regime de monopólio, à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos (inclusive o ICMS), por efeito do princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar deferido aos entes políticos em geral.

Vale ressaltar, neste ponto, o magistério da doutrina (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS “O Tratamento Tributário Constitucional dos Correios e Telégrafos”, “in” “As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo”, p. 01/17, 2002, América Jurídica; CARLOS SOARES

SANT'ANNA, "Imunidade de Empresas Públicas Prestadoras de Serviços Públicos", "in" "Imunidade Tributária", obra coletiva, p. 43/54, 2005, MP Editora; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", p. 848/849, item n. 4, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos", p. 38/48, 2004, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 702/705, 30ª ed., 2013, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 640/641, item n. 3.1, 32ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, v.g.), cujas lições acentuam – mesmo tratando-se de empresas governamentais prestadoras de serviços públicos – a **estatalidade** das atividades por elas exercidas **em regime** de delegação **pertinente** a serviços **constitucionalmente** monopolizados pelo Poder Público (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 803/806, item n. 14, 34ª ed., 2011, Malheiros, v.g.), **valendo referir**, ante a pertinência de suas observações, o **preciso entendimento** de REGINA HELENA COSTA ("Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF", p. 157/158, item n. 2.1.6, 3ª ed., 2015, Malheiros):

"Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal – empresa pública ou sociedade de economia mista – que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.

Tais pessoas detêm personalidade de Direito Privado e compõem a Administração Pública Indireta ou Descentralizada. Têm sua criação autorizada, sempre por lei (art. 37, XIX, da CF), para desempenhar atividade de natureza econômica, a título de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 173 da CF) ou como serviço público assumido pelo Estado (art. 175 da CF).

Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público – consoante a noção exposta –, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, entre outras prerrogativas, o direito à imunidade tributária.

O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imunidade à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída – empresa pública ou sociedade de economia mista –, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico – inclusive tributário – que incide sobre a mesma prestação.

A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37, 'caput', da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos." (grifei)

Diversa não é a percepção do tema **revelada**, em douto magistério, por ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("Curso de Direito Constitucional Tributário", p. 798/801, 27ª ed., 2011, Malheiros):

"Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia – e que, portanto, não exploram atividades econômicas –, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a 'longa manus' das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.

A circunstância de serem revestidas da natureza de 'empresa pública' ou de 'sociedade de economia mista' não lhes retira a condição de 'pessoas administrativas', que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.

Valem, a respeito, as observações do mesmo mestre Geraldo Ataliba: 'Há delegação (o que só cabe por decisão legislativa) quando a pessoa política (União, Estado ou Município) cria uma entidade sob forma de empresa (pública ou mista) e a incumbem de prestar um serviço público. Assim, a empresa estatal é delegada e (na forma da lei) exerce serviço público próprio da entidade política cuja lei a criou'.

Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos ou do poder de polícia titularizam interesses públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, e elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, 'a', da CF.

Sendo mais específicos, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, auferem rendimentos, são imunes ao IR e aos demais tributos que incidem sobre lucros, receitas, rendimentos etc.; enquanto proprietárias dos imóveis que lhes dão 'base material' para o desempenho de suas atividades típicas, são imunes ao IPTU; enquanto proprietárias de veículos automotores utilizados na prestação dos serviços públicos ou na prática de atos de polícia, são imunes ao IPVA; e assim avante.

Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente para possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.

Reforçando estas idéias, é ponto bem averiguado que algumas atividades só podem ser exploradas pelo Estado, entre nós representado pelas pessoas políticas (a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal). É que a Constituição entendeu que elas são tão essenciais ou dizem tão de perto com a soberania nacional, que não convém naveguem ao sabor da livre concorrência.

De fato, embora entre nós vigore o regime da livre iniciativa, aos particulares – e, por extensão, às empresas privadas – não é dado imiscuir-se em determinados assuntos. Quais assuntos? Basicamente os adnumerados nos arts. 21, 25, 30 e 32 da CF, que tratam, respectivamente, das competências administrativas da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

Os particulares só ingressam no campo reservado aos serviços públicos ou aos atos de polícia quando contratados pelo Estado, segundo as fórmulas da concessão e permissão. Mas, mesmo quando isto acontece, o Estado não se desonera do dever e da titularidade de supervisioná-los. Afinal, os serviços e os atos de polícia continuam públicos. Não migram, por força da concessão ou da permissão, para as hostes do direito privado.

O que estamos querendo significar é que, do mesmo modo em que há um campo reservado à livre iniciativa (art. 170 da CF), há um outro reservado à atuação estatal (art. 175 da CF).

Quando, porém, a empresa pública ou a sociedade de economia mista são delegatárias de serviços públicos ou de poder de polícia, elas, por não concorrerem com as empresas privadas, não se sujeitam aos ditames do precitado art. 173.

Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, 'tão-só quanto à forma', pessoas de direito privado. 'Quanto ao fundo' são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora – damo-nos pressa em proclamar – com elas não se confundam.

Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embarçada ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, 'a', da CF.

Não se deve distinguir entre a empresa estatal e a pessoa política que a instituiu, mas, simplesmente, se a hipótese de incidência (fato gerador 'in abstracto') do imposto provém da prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, isto é, de atividades de competência governamental. Em caso afirmativo, são, s.m.j., alcançadas pelos benefícios do art. 150, VI, 'a', da CF." (grifei)

Em suma: tenho para mim que os fundamentos subjacentes à presente "ação civil originária" ajustam-se aos critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **consagrou** na matéria ora em exame e, **em tema de ICMS, tal como assinalou, em recentíssimo julgamento que versou litígio em tudo idêntico** ao veiculado nesta causa, a eminente Ministra ROSA WEBER (**ACQ 1.095/GO**), **em decisão** cujo teor **reflete, com absoluta fidelidade, o entendimento** desta Suprema Corte a propósito da abrangência **do ICMS pela cláusula constitucional da imunidade tributária recíproca:**

"AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ESTADO QUE

NOTIFICOU A ECT PARA RECOLHIMENTO DE ICMS. INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A ECT, atuando como empresa pública prestadora de serviço público, está albergada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, 'a', do texto constitucional. **Precedentes.**

2. No julgamento da ADPF 46, o Supremo Tribunal Federal afirmou o entendimento de que o serviço postal, prestado pela ECT em regime de exclusividade, não substancia atividade econômica estrita, constituindo modalidade de serviço público.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ACO 1.331-AgR/GO, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

Registro, finalmente, considerado o conteúdo da presente decisão, que assiste ao Ministro Relator, no exercício dos poderes processuais de que dispõe, **competência plena** para exercer, **monocraticamente**, o controle das **ações**, pedidos ou recursos dirigidos a esta Corte, **legitimando-se**, em consequência, **os atos decisórios** que nessa condição venha a praticar (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175 – RTJ 185/581-582 – RTJ 187/576, v.g.), **notadamente** em situações como esta, em que há expressa delegação de competência outorgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao Relator da causa (ACO 765/RJ).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 302.839-AgR/GO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“– **O reconhecimento** dessa competência monocrática **deferida** ao Relator da causa **não transgride** o postulado da colegialidade, pois sempre **cabará**, para os órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal (Plenário e Turmas), **recurso** contra as decisões singulares que venham a ser proferidas por seus Juízes.”

(MS 28.097-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, a existência de precedentes específicos, em tudo aplicáveis ao caso ora em exame (RE 357.291-AgR/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 460.198/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 599.237/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.), **julgo procedente**, nos termos em que formulada, a presente “ação civil originária”, **para declarar a inexistência** “(...) de relação jurídico-tributária entre a ECT e o DISTRITO FEDERAL quanto ao tributo em questão e, via de consequência, **anular** o Auto de Infração nº 12.126/2008 quanto à obrigação principal, **bem como** quanto à multa decorrente do não cumprimento da obrigação principal, **além da** anulação da multa quanto ao não cumprimento da obrigação acessória e os juros de mora” (fls. 61 – grifei).

Arbitro os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que serão pagos pelo Distrito Federal, **parte que sucumbiu integralmente**, observando, para tanto, a regra inscrita no art. 20, § 4º, do CPC (ACO 797/DF, Rel. Min. EROS GRAU – ACO 841/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – ACO 851/GO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ACO 1.331/GO, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.).

Comunique-se.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 23 de novembro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

decisão republicada no DJe de 3.12.2015

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

14 a 18 de dezembro de 2015

Lei nº 13.204, de 14.12.2015 - Altera a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”; altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.790, de 23 de março de 1999, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga a Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Publicada no DOU, seção 1, Edição nº 239, p. 2, em 15.12.2015.

OUTRAS INFORMAÇÕES

21 de dezembro de 2015 a 29 de janeiro de 2016

Medida provisória nº 704, de 23.12.2015 - Dispõe sobre fontes de recursos para cobertura de despesas primárias obrigatórias e para pagamento da Dívida Pública Federal. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 246, p. 44, em 24.12.2015.

Medida Provisória nº 705, de 23.12.2015 - Altera a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, que dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 216, p. 44, em 24.12.2015.

Lei nº 13.228, de 28.12.2015 - Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra idoso. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 248, p. 1, em 29.12.2015.

Lei nº 13.233, de 29.12.2015 - Obriga, nas hipóteses que especifica, a veiculação de mensagem de advertência sobre o risco de escassez e de incentivo ao consumo moderado de água. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 249, p. 1, em 30.12.2015.

Lei nº 13.234, de 29.12.2015 - Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre a identificação, o cadastramento e o atendimento, na educação básica e na educação superior, de alunos com altas habilidades ou superdotação. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 249, p. 1, em 30.12.2015.

Lei nº 13.235, de 29.12.2015 - Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, para equiparar o controle de qualidade de medicamentos similares ao de medicamentos genéricos. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 249, p. 1, em 30.12.2015.

Lei nº 13.236, de 29.12.2015 - Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que “dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências”, para estabelecer medidas que inibam erros de dispensação e de administração e uso equivocado de medicamentos, drogas e produtos correlatos. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 249, p. 2, em 30.12.2015.

Lei nº 13.243, de 11.1.2016 - Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 7, p. 1, em 12.1.2016.

Lei nº 13.245, de 12.1.2016 - Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 8, p. 1, em 13.01.2015.

Lei nº 13.247, de 12.1.2016 - Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 8, p. 1, em 13.1.2016.

Lei nº 13.254, de 13.1.2016 - Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 9, p. 3, em 14.1.2016.

Informativo 513

Brasília, 1º a 5 de fevereiro de 2016 Nº 813

Data de divulgação: 18 de fevereiro de 2016

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do

Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a publicação do acórdão no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

Repercussão Geral

- Ação de ressarcimento e imprescritibilidade - 3
- IPI e importação de automóveis para uso próprio - 4
- IPI e importação de automóveis para uso próprio - 5
- ADI estadual e subsídio - 1
- ADI estadual e subsídio - 2
- ADI estadual e subsídio - 3
- IOF e transmissão de ações de companhias abertas
- IPTU e imóvel de ente público cedido à empresa privada

1ª Turma

- Queixa-crime e indivisibilidade da ação penal
- Concurso público e suspeita de irregularidade de titulação - 3

2ª Turma

- Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento - 3
- Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento - 4

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

- Reclamação - Reinterpretação de Decisão Proferida em ADI - Parametricidade - Idoneidade Processual da Reclamação (Rcl 18.636-PB)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL

Ação de ressarcimento e imprescritibilidade - 3

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Esse o entendimento do Plenário, que em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutido o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no § 5º do art. 37 da CF (“§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”). No caso, o Tribunal de origem considerara prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito, proposta em 2008, por dano ocorrido em 1997 — v. Informativo 767. O Colegiado afirmou não haver dúvidas de que a parte final do dispositivo constitucional em comento veicularia, sob a forma da imprescritibilidade, ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Todavia, não seria adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo conteúdo material da pretensão a ser exercida — o ressarcimento — ou pela causa remota que dera origem ao desfalque no erário — ato ilícito em sentido amplo. De acordo com o sistema constitucional, o qual reconheceria a prescritibilidade como princípio, se deveria atribuir um sentido estrito aos ilícitos previstos no § 5º do art. 37 da CF. No caso concreto, a pretensão de ressarcimento estaria fundamentada em suposto ilícito civil que, embora tivesse causado prejuízo material ao patrimônio público, não revelaria conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostraria especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Por essa razão, não seria admissível reconhecer a regra excepcional de imprescritibilidade. Seria necessário aplicar o prazo prescricional comum para as ações de indenização por responsabilidade civil em que a Fazenda figurasse como autora. Ao

tempo do fato, o prazo prescricional seria de 20 anos de acordo com o CC/1916 (art. 177). Porém, com o advento do CC/2002, o prazo fora diminuído para três anos. Além disso, possuiria aplicação imediata, em razão da regra de transição do art. 2.028, que preconiza a imediata incidência dos prazos prescricionais reduzidos pela nova lei nas hipóteses em que ainda não houvesse transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no diploma revogado. A Corte pontuou que a situação em exame não trataria de imprescritibilidade no tocante a improbidade e tampouco envolveria matéria criminal. Assim, na ausência de contraditório, não seria possível o pronunciamento do STF sobre tema não ventilado nos autos. Vencido o Ministro Edson Fachin, que provia o recurso. Entendia que a imprescritibilidade constitucional deveria ser estendida para as ações de ressarcimento decorrentes de atos ilícitos que gerassem prejuízo ao erário.

RE 669069/MG, rel. Min. Teori Zavascki, 3.2.2016. (RE-669069)

IPi e importação de automóveis para uso próprio - 4

Incide o Imposto de Produtos Industrializados - IPI na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio. Essa a orientação do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia, ante o princípio da não-cumulatividade do referido tributo, a incidência do IPI na importação de automóveis para uso próprio, por pessoa física, como consumidor final, que não atuasse na compra e venda de veículos — v. Informativo 768. A Corte afirmou que IPI incidiria sobre produtos enquadrados como industrializados, ou seja, decorrentes da produção. Conforme preceitua o art. 153, § 3º, da CF, o IPI seria seletivo, em função da essencialidade do produto. Essa cláusula ensejaria a consideração, consoante o produto e a utilidade que apresentasse, de alíquotas distintas. Além disso, o IPI seria um tributo não cumulativo. A definição desse instituto estaria no inciso II do referido parágrafo. Resultaria na compensação do que devido em cada operação subsequente, quando cobrado, com o montante exigido nas operações anteriores. A Constituição não distinguiria o contribuinte do imposto que, ante a natureza, poderia ser nacional, pessoa natural ou pessoa jurídica brasileira, de modo que seria neutro o fato de não estar no âmbito do comércio e a circunstância de adquirir o produto para uso próprio. Outrossim, o CTN preveria, em atendimento ao disposto no art. 146 da CF, os parâmetros necessários a ter-se como legítima a incidência do IPI em bens importados, presente a definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte. Segundo o art. 46 do CTN, o imposto recairia em produtos industrializados e, no caso, teria como fato gerador o desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira (inciso I). O parágrafo único do citado artigo conceituaria produto industrializado como aquele submetido a qualquer operação que lhe modificasse a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoasse para consumo. Sob o ângulo da base de cálculo, disporia o art. 47 do CTN que, se o produto adviesse do estrangeiro, o preço normal seria o versado no inciso II do artigo 20 do CTN, acrescido do montante do Imposto sobre a Importação, das taxas exigidas para entrada do produto no País, dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis.

RE 723651/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 3 e 4.2.2016. (RE-723651)

IPi e importação de automóveis para uso próprio - 5

O Plenário destacou que o referido imposto incidiria quando ocorresse a produção em território nacional. Políticas de mercado referentes à isonomia deveriam ser conducentes a homenagear, tanto quanto possível, a circulação dos produtos nacionais, sem prejuízo, evidentemente, do fenômeno no tocante aos estrangeiros. Entretanto, a situação estaria invertida se, simplesmente, desprezada a regência constitucional e legal, fosse assentado não incidir o imposto em produtos industrializados de origem estrangeira, fabricados fora do País e neste introduzidos via importação. O valor dispendido com o produto importado surgiria como próprio à tributação, sem distinção dos elementos que, porventura, o tivessem norteado. Então, a cobrança do tributo, pela primeira vez, não implicaria o que vedado pelo princípio da não-cumulatividade, ou seja, a cobrança em cascata. Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso. O Ministro Roberto Barroso, apesar de concordar com o entendimento do Tribunal, ponderava que, em razão da virada jurisprudencial que se estaria promovendo, essa mudança somente poderia ser aplicada de forma prospectiva, para as operações de importação ocorridas após a decisão em comento. Por isso, a nova orientação firmada não poderia se aplicar ao caso. Assim, o recurso extraordinário do contribuinte deveria ser provido. O Ministro Edson Fachin afastava a incidência do IPI, na espécie, tendo em conta: a) a inobservância do princípio da não-cumulatividade; b) a ocorrência de “bis in idem”; e c) a impossibilidade de se imputar ao contribuinte de fato a qualidade de substituto tributário do alienante não alcançado pela soberania tributária do Brasil. Manteve, desse modo, a jurisprudência do STF quanto à matéria. Em seguida, a Corte deliberou não modular os efeitos da decisão, porquanto não alcançado o quórum necessário. No ponto, os Ministros Roberto Barroso, Celso de Mello e Gilmar Mendes assinalaram o entendimento de que, nos casos em que houvesse mudança de jurisprudência, sem declaração de inconstitucionalidade, a modulação poderia ser feita por deliberação da maioria absoluta do Tribunal.

RE 723651/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 3 e 4.2.2016. (RE-723651)

ADI estadual e subsídio - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute: a) a viabilidade de órgão especial de tribunal de justiça, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificar a existência de ofensa à Constituição Federal; e b) a possibilidade de o subsídio de determinados agentes públicos ser acompanhado do

pagamento de outra espécie remuneratória. Na espécie, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul formalizara perante o tribunal de justiça local ação direta de inconstitucionalidade em face dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei 1.929/2008 do Município de Alecrim [“Art. 4º. Será pago ao Prefeito Municipal, a título de indenização, o valor mensal de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais). (...) Art. 6º. Ao ensejo do gozo de férias anuais, o Prefeito Municipal perceberá o subsídio acrescido de um terço. § 1º. O Vice-Prefeito terá direito à mesma vantagem se tiver atividade permanente na Administração. § 2º. O gozo de férias correspondentes ao último ano do mandato poderá ser antecipado para o segundo semestre daquele exercício. Art. 7º. Além do subsídio mensal, o Prefeito e o Vice-Prefeito perceberão, em dezembro de cada ano, na mesma data em que for pago o décimo terceiro dos servidores do Município, uma quantia igual aos respectivos vigentes naquele mês. Parágrafo Único. Quando houver pagamento da metade da remuneração de um mês aos servidores, a título de adiantamento do décimo terceiro salário, na forma da Lei Municipal, igual tratamento será dado ao Prefeito e ao Vice-Prefeito”]. O pedido formulado na referida ação direta fora julgado procedente, assentada a inconstitucionalidade da lei municipal impugnada, na parte em que assegurado ao Chefe do Poder Executivo local o pagamento do valor mensal de R\$ 2.200,00, a título de indenização, e ao Prefeito e ao Vice-Prefeito o direito ao adicional de férias e ao décimo terceiro salário. O Ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao recurso extraordinário, no que foi acompanhado pelo Ministro Edson Fachin. Afirmou que art. 125, § 2º, da CF, revelaria que o parâmetro de controle de ação direta estadual seria a Constituição do Estado-membro (CF, art. 125, § 2º: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”). Descaberia evocar ofensas à CF/1988 como causa de pedir nas representações de inconstitucionalidade formalizadas perante os tribunais de justiça. Assim, em regra, não poderia o Judiciário estadual, nos processos objetivos, apreciar a validade de diplomas estaduais e municipais à luz da Constituição Federal. Contudo, o que definiria a viabilidade do processo objetivo estadual seria o parâmetro de controle aduzido na petição inicial. Deduzida causa de pedir que envolvesse ofensa à Constituição do Estado — no caso, aos artigos 8º e 11 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul — mostrar-se-ia adequada a representação perante o tribunal de justiça local, sendo irrelevante que a norma tida por violada revelasse reprodução de normas constitucionais federais, por transposição ou por remissão. Desse modo, o fato de a norma estadual tomar emprestado preceito da Constituição Federal não teria o condão de esvaziar a força normativa do dispositivo da Carta estadual, que possuiria todos os atributos inerentes às normas jurídicas em geral. Essa linha de intelecção, portanto, ensejaria o afastamento da preliminar de inadequação da ação direta estadual em comento.

RE 650898/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.2.2016. (RE-650898)

ADI estadual e subsídio - 2

Quanto ao mérito da referida ação direta, o relator asseverou que seria necessário compatibilizar os preceitos do § 4º do art. 39 com o § 3º do mesmo dispositivo, em nome da unidade do texto constitucional, de modo a evitar que a implementação do regime de subsídios implicasse o esvaziamento de direitos e garantias que o constituinte assegurara aos mencionados servidores (“§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”). Os Chefes do Poder Executivo federal, estadual, municipal e distrital, os respectivos vices, os auxiliares imediatos — Ministros e Secretários —, os Deputados federais e estaduais, os Senadores e os Vereadores integrariam a categoria dos chamados agentes políticos, que não se confundiria com a dos servidores públicos em geral. Nesse sentido, os agentes políticos manteriam vínculo de natureza política com o Estado, pois o que os capacitaria ao exercício da função não seria a habilitação profissional nem a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos eleitos pelo povo. Seriam responsáveis pela formação da vontade superior do Estado. Os servidores públicos, diversamente, possuiriam vínculo de natureza profissional e não eventual com o Estado ou com pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública indireta. Os agentes políticos, por conseguinte, estariam submetidos à regra do § 4º do art. 39, mas não figurariam no rol de beneficiários da exceção criada pelo § 3º do art. 39 da Constituição Federal. Ante o que consignado, estaria correto o acórdão recorrido, mediante o qual fora declarada a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados na inicial da ação direta por considerar-se o pagamento do adicional de férias e da gratificação natalina incompatível com o regime de subsídio do § 4º do art. 39 da CF. O mesmo deveria ser assentado no tocante à verba indenizatória prevista no art. 4º da lei impugnada, na medida em que a natureza indenizatória, típica das diárias e das ajudas de custo, não poderia ser usada como mero rótulo, a servir de pretexto para burlar a fórmula constitucional do subsídio. Por fim, o Ministro Marco Aurélio não acolheu o pedido de modulação dos efeitos da decisão, porquanto toda norma editada em desarmonia com a Constituição Federal seria nula e a eficácia do texto constitucional não poderia ser mitigada.

RE 650898/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.2.2016. (RE-650898)

ADI estadual e subsídio - 3

O Ministro Roberto Barroso, em divergência, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando parcialmente o acórdão recorrido, assentar a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 1.929/2008 do Município de

Alecrim. Manteve, contudo, a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da referida lei. Afirmou que, de fato, o regime de subsídio seria incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal. No entanto, não seria o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. Desse modo, o art. 39, § 4º, da CF, não seria incompatível com o pagamento dos citados adicionais. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

RE 650898/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.2.2016. (RE-650898)

IOF e transmissão de ações de companhias abertas

É constitucional o art. 1º, IV, da Lei 8.033/1990 (“Art. 1º São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários: ... IV - transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas”), uma vez que a incidência de IOF sobre o negócio jurídico de transmissão de títulos e valores mobiliários, tais como ações de companhias abertas e respectivas bonificações, encontra respaldo no art. 153, V, da CF, sem ofender os princípios tributários da anterioridade e da irretroatividade, nem demandar a reserva de lei complementar. Com base, nesse entendimento o Plenário proveu recurso extraordinário em que se questionava a constitucionalidade do dispositivo legal mencionado. O Tribunal concluiu que não haveria incompatibilidade material entre os artigos 1º, IV, da Lei 8.033/90, e 153, V, da CF. Isso porque a tributação de um negócio jurídico, que tivesse por objeto ações e respectivas bonificações, inserir-se-ia na competência tributária atribuída à União no âmbito do Sistema Tributário Nacional, para fins de instituir imposto sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários. Não haveria espaço, portanto, para alegações de que a exação incidiria sobre o patrimônio, a titularidade das ações, pois a incidência se daria em relação ao negócio jurídico que envolvesse a transferências dos ativos. Ademais, a instituição desse imposto não ofenderia o princípio da anterioridade, dada expressa previsão no art. 150, III, “b” e §1º, da CF. Também não violaria o princípio da irretroatividade, porquanto teria por fator gerador futura operação de transmissão de títulos ou valores mobiliários. Em relação à suposta reserva de lei complementar para a instituição desse tributo, caberia ressaltar que aquela somente se aplicaria no caso de impostos não previstos em nível constitucional.

RE 583712/SP, rel. Min. Edson Fachin, 4.2.2016. (RE-583712)

IPTU e imóvel de ente público cedido à empresa privada

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a incidência de IPTU sobre imóvel de propriedade de ente público (INFRAERO) concedido à empresa privada exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. O Ministro Edson Fachin (relator) negou provimento ao recurso. Reputou que o particular concessionário de uso de bem público não poderia ser eleito, por força de lei municipal, para figurar como sujeito passivo de obrigação tributária referente ao IPTU, porquanto sua posse seria precária e desdobrada. Ademais, o imóvel qualificado como bem público federal, ainda que destinado à exploração comercial, remanesceria imune aos tributos fundiários municipais, por força do art. 150, VI, “a”, da CF. Assinalou que o IPTU seria tributo de competência da municipalidade e possuiria como base econômica o patrimônio, notadamente a propriedade imobiliária. Em termos classificatórios, poder-se-ia compreendê-lo como imposto real, direto, fiscal, progressivo e complexivo. O aspecto pessoal da hipótese de incidência teria previsão no art. 34 do CTN (“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”). O relator ressaltou que o STF interpretaria o significado político-jurídico da imunidade tributária recíproca como verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo. Rememorou que, diante desse quadro, em sede de repercussão geral, essa Corte teria assentado a extensão da imunidade tributária recíproca à INFRAERO, na qualidade de prestadora de serviço público. Além disso, ao definir o fato gerador do IPTU em seu art. 32 (“O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”), o CTN autorizaria o município impor, mediante lei, o referido tributo em três situações diversas: a propriedade, o domínio útil e a posse a qualquer título. Por conseguinte, tais enquadramentos fático-normativos demandariam a complementariedade dos artigos 1196 e 1228 do CC (“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” e “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”). Sublinhou que o referido artigo do CTN deveria ser interpretado no sentido de que a liberdade de conformação legislativa municipal estaria adstrita à posse que, “per se”, pudesse conduzir à propriedade, tendo em vista que seria incompatível com a Constituição a eleição de meros detentores de terras públicas, desprovidos de posse “ad usucapionem”, como contribuintes. Assim sendo, seria irrelevante do ponto de vista tributário que contrato de concessão de uso firmado pela recorrida e pela INFRAERO contivesse cláusula no sentido de que os ônus relativos aos tributos fundiários municipais fossem repassados ao concessionário. Isso porque a INFRAERO seria imune aos impostos fundiários municipais, assim como eventuais instrumentos jurídicos de direito privado que trasladassem o ônus econômico relativo à tributação não seriam oponíveis à Fisco. Em seguida, pediu vista o Ministro Marco Aurélio.

RE 601720/RJ, rel. Min. Edson Fachin, 4.2.2016. (RE-601720)

PRIMEIRA TURMA

Queixa-crime e indivisibilidade da ação penal

Não oferecida a queixa-crime contra todos os supostos autores ou partícipes da prática delituosa, há afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal, a implicar renúncia tácita ao direito de querela, cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no cometimento da infração penal. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma rejeitou queixa-crime oferecida em face de senador a quem fora imputada a prática dos delitos de calúnia e difamação. Na espécie, o parlamentar teria alegadamente imputado ao querelante, mediante ampla divulgação (internet), o cometimento de crimes e atos, tudo com a nítida e deliberada intenção de ferir a honra deste. A Turma ressaltou que as supostas difamação e calúnia teriam sido veiculadas por outros meios além do imputado ao querelado, e que a notícia supostamente vexatória fora reencaminhada por outras pessoas. Destacou que a responsabilização penal se daria por todas as pessoas que veicularam a notícia caluniadora e difamatória e que, portanto, fora violado o princípio da indivisibilidade da ação penal. Ademais, ainda que não houvesse ofensa ao referido postulado, o querelante não trouxera aos autos a cópia da página da rede social em que fora veiculada a notícia.

Inq 3526/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 2.2.2016. (Inq-3526)

Concurso público e suspeita de irregularidade de titulação - 3

A Primeira Turma retomou julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato do CNJ que invalidara critério estabelecido por comissão de concurso para aferir pontos de títulos de especialização em certame voltado à outorga de delegações de notas e registros. No caso, diversos candidatos teriam apresentado diplomas de pós-graduação, na modalidade especialização, que teriam sido inicialmente admitidos pela comissão do concurso. Diante da existência de suspeitas quanto à regularidade de muitas das titulações, a comissão interpretara o edital e a Resolução 81/2009/CNJ de modo a impedir que títulos inidôneos servissem à classificação, sem que antes fossem submetidos à avaliação no tocante à validade. Esse fato levava vários candidatos beneficiados pela contabilização de títulos a ingressarem com procedimentos de controle administrativo no CNJ para que fosse declarada a nulidade do ato da comissão, com a consequente divulgação do resultado definitivo do certame. Com o acolhimento parcial dos pedidos formulados, o CNJ afastara a orientação da comissão — v. Informativo 808. Em voto-vista, o Ministro Roberto Barroso, no que acompanhado pela Ministra Rosa Weber, denegou a segurança, de modo a manter a decisão do CNJ que afastara o critério criado pela comissão. Entendeu não ser possível a aplicação retroativa da regra de limitação de títulos de pós-graduação, sob pena de afronta à segurança jurídica. Afirmou, inicialmente, que a criação de critério “ad hoc” de contagem de títulos de pós-graduação, depois da abertura da fase de títulos, implicaria violação à segurança jurídica. As regras dispostas previamente no edital estariam de acordo com a Resolução 81/2009/CNJ, e não previam qualquer limitação para a contagem de títulos de especialização, muito menos dispunham sobre formas de evitar a sobreposição e acumulação de certificados. Esse novo critério, ademais, ofenderia o princípio da impessoalidade, pois permitiria o favorecimento de alguns candidatos em detrimento de outros. Além disso, a solução de aferir cada um dos títulos apresentados, com o fim de evitar abusos, teria como consequência a perpetuidade do processo seletivo. Por sua vez, aplicar a Resolução 187/2014/CNJ ao certame, com o fim de criar um limite para a contagem de títulos de pós-graduação, encontraria dois óbices: a) o CNJ determinara, com fundamento na segurança jurídica, que as modificações efetuadas por esse ato normativo não deveriam ser aplicadas aos processos seletivos em andamento; e b) a jurisprudência do STF tem validado as decisões do CNJ que impediram a aplicação retroativa dos critérios dessa resolução aos concursos de serventias extrajudiciais ainda não concluídos. O Ministro Edson Fachin reajustou o voto para acompanhar o Ministro Marco Aurélio (relator), no sentido de conceder a ordem em parte. Permitiu, no âmbito do controle de legalidade, ante as condições específicas dos candidatos e das instituições de ensino, a desconsideração de certificados emitidos em contrariedade ao disposto na legislação educacional ou em situações de superposições e acúmulos desarrazoados, fraudulentos ou abusivos. Em seguida, o Colegiado deliberou suspender o julgamento.

MS 33406/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 2.2.2016. (MS-33406)

SEGUNDA TURMA

Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento - 3

A Segunda Turma rejeitou denúncia imputada à deputada federal, então secretária de estado, pela a prática do crime disposto no art. 312, “caput”, do CP (peculato desvio), desclassificou essa conduta para a prevista no art. 315 do CP e pronunciou a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a consequente extinção da punibilidade da denunciada. Além disso, rejeitou a peça acusatória quanto ao suposto cometimento do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 (inexigibilidade indevida de licitação). No caso, segundo a inicial acusatória, a indiciada teria desviado vultosa quantia de convênio entre Estado-Membro e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. Teria, também, deixado de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ao contratar determinada empresa para prestar serviços de capacitação de professores — v. Informativo 795. A Turma assinalou, no que se refere ao art. 312 do CP, não haver plausibilidade da acusação, uma vez que os

recursos teriam sido incorporados ao Tesouro — caixa único do Estado.

Inq 3731/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.2.2016. (Inq-3731)

Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento - 4

A Turma mencionou, quanto à inexigibilidade de licitação, que teria sido fundada no art. 25, II, da Lei 8.666/1993. O objeto da contratação fora enquadrado como “serviço técnico de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, de natureza singular, com profissionais de notória especialização”. O colegiado afirmou que a hipótese não se harmonizaria ao dispositivo legal, pois a empresa que formulara proposta para prestar o serviço contratado não demonstrara a especialização exigida. Essa pessoa jurídica teria acostado atestados de competência técnica referentes à capacitação e aperfeiçoamento de pessoal voltado para as áreas de administração e “marketing”, mas não para área atinente ao treinamento pretendido — capacitação de educadores do ensino de jovens e adultos. Ademais, a procuradoria administrativa teria opinado pela viabilidade da contratação, mas alertara para a necessidade da justificativa de preços. No entanto, a procuradoria-geral do Estado-Membro considerara que a adoção de parecer anterior suprimiria a necessidade. Ocorre que o parecer mencionado não faria qualquer menção à justificativa do preço. A realização de pesquisa de mercado após a escolha da fornecedora, muito embora não provasse, por si só, qualquer ilícito, levantaria suspeita para o direcionamento indevido da contratação. Esses seriam elementos adicionais a indicar que a contratação direta não teria sido a decisão juridicamente correta. Contudo, a jurisprudência do STF, ao interpretar o art. 89 da Lei 8.666/1993, exigiria a demonstração do prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido para reconhecer a adequação típica. O objetivo desse entendimento seria separar os casos em que ocorrera interpretação equivocada das normas, ou mesmo puro e simples erro do administrador daqueles em que a dispensa buscara efetivo favorecimento dos agentes envolvidos. Mencionou que, a despeito disso tudo, os elementos não demonstrariam que a denunciada tivesse agido com intenção de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada. Não haveria elemento que indicasse que a denunciada tivesse pessoalmente exercido influência na escolha. Assim, em princípio, a denunciada teria agido com a crença de que a contratação seria conveniente e adequada e de que a licitação seria inexigível de acordo com os critérios jurídicos. Por fim, não vislumbrou elementos suficientes a indicar vontade de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada.

Inq 3731/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.2.2016. (Inq-3731)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	3.2.2016	1º e 4.2.2016	6
1ª Turma	2.2.2016	—	199
2ª Turma	2.2.2016	—	177

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 1º a 5 de fevereiro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 925.754-PR

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA PROPOSTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PAGAMENTO POR MEIO DE REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR – RPV. INEXISTÊNCIA DO FRACIONAMENTO DE QUE TRATA O § 8º DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

1. Não viola o art. 100, § 8º, da Constituição Federal a execução individual de sentença condenatória genérica proferida contra a Fazenda Pública em ação coletiva visando à tutela de direitos individuais homogêneos.
2. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 606.010-PR

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS – OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA – MORA – MULTA – BASE: VALOR DOS TRIBUTOS – ARTIGOS 145, § 1º, E 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da constitucionalidade de dispositivo legal a autorizar a exigência de multa por ausência ou atraso na entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, apurada mediante percentual a incidir, mês a mês, sobre os valores dos tributos a serem informados.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 842.214-RJ

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Recurso Extraordinário com agravo. Assistência Médica Hospitalar. Militares do Rio de Janeiro. Prestação dos serviços independentemente de contribuição. Causa decidida com base na legislação estadual local. Princípio da Separação dos Poderes. Afronta reflexa. Aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

1º a 5 de fevereiro de 2016

ADI N. 232-RJ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ART. 77, XXIII. IMPEDIMENTO À SUBSTITUIÇÃO DE TRABALHADORES DE EMPRESAS PRIVADAS POR SERVIDORES, RESSALVADA A LEGISLAÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DAS COMPETÊNCIAS DO GOVERNADOR DO ESTADO. MERA EXPLICITAÇÃO DE PRÁTICA DESABONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A experiência jurisprudencial dessa Suprema Corte consolidou ao longo do tempo o entendimento de que as regras básicas do processo legislativo presentes na Constituição Federal incorporam noções elementares do modelo de separação (e interação) dos poderes públicos constituídos, o que as torna de observância mandatória no âmbito das ordens jurídicas locais, por imposição do art. 25 da CF.
2. Desde que (a) respeitadas as linhas básicas que regem a relação entre poderes na Federação - no que se incluem as regras de reserva de iniciativa - e desde que (b) o parlamento local não suprima do Governador de Estado a possibilidade de exercício de uma opção política legítima dentre aquelas contidas na sua faixa de competências típicas, pode a Constituição Estadual dispor de modo singular a respeito do funcionamento da respectiva Administração Pública.
3. O inciso XXIII do art. 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não retira do Governador do Estado uma alternativa viável de aproveitamento dos servidores locais, mas apenas proíbe que a substituição dos grevistas venha a ser implementada para servir a pretextos outros, que não a emergência.
4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

**noticiado no Informativo 793*

ADI N. 4.815-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.
2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.
3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.
4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.
5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.
6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.
7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.
8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.
9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

**noticiado no Informativo 789*

HC N. 123.108-MG

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.
2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena.

4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

*noticiado no Informativo 793

RE N. 843.455-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PREFEITO AFASTADO POR DECISÃO DO TRE. ELEIÇÃO SUPLEMENTAR. PRAZO DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO.

1. As hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 14, § 7º, da Constituição Federal, inclusive quanto ao prazo de seis meses, são aplicáveis às eleições suplementares. Eleição suplementar marcada para menos de seis meses do afastamento do prefeito por irregularidades.

2. Recurso improvido.

*noticiado no Informativo 802

HC N. 128.763-RJ

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Habeas corpus. Direito Penal. Processo Penal. Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família. 2. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. 3. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. 4. Ordem concedida. Expedição do ofício ao Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro. 5. Expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento.

*noticiado no Informativo 793

RHC N. 126.763-MS

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Apelação exclusiva da defesa. Dosimetria da pena. Configuração de *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*. Exame qualitativo. 3. O aumento da pena-base mediante reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença monocrática gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP. 4. Recurso provido para que seja refeita a dosimetria da pena em segunda instância.

*noticiado no Informativo 797

HC N. 123.734-MG

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

*noticiado no Informativo 793

QUEST. ORD. EM Inq N. 4.130-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Questão de ordem no inquérito. Processual Penal. Crimes relacionados ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Indícios de participação de Senadora da República em ilícito penal. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Desmembramento do feito em relação a investigados não detentores de prerrogativa de foro. Possibilidade. Inexistência de prejuízo para a causa. Precedentes. Prevenção de Ministro da Corte que supervisiona as investigações de crimes relacionados à Petrobras. Inexistência. Ausência de conexão entre os fatos reconhecida pela Presidência da Corte. Imbricação da matéria com o desmembramento do feito e seus consectários. Necessidade de seu exame para a determinação do juízo de primeiro grau competente para processar e julgar o feito desmembrado. Crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e corrupção passiva. Colaboração premiada. Delação de crimes não conexos com a investigação primária. Equiparação ao encontro fortuito de prova. Aplicação das regras de determinação, de modificação e

de concentração da competência. Inexistência de prevenção, pelas mesmas razões, tanto de Ministro da Corte quanto de juízo de origem. Crimes que, em sua maioria, se consumaram em São Paulo. Circunstância que justifica a sua atração para a Seção Judiciária daquele estado. Ressalva quanto à posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro competente. Remessa do feito desmembrado à Seção Judiciária de São Paulo para livre distribuição, independentemente da publicação do acórdão. Intangibilidade dos atos praticados na origem, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente. Precedente.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade da competência **ratione muneris**, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante. Precedentes.
2. Ausente potencial e relevante prejuízo que justifique o **simultaneus processus**, impõe-se o desmembramento do inquérito em relação a todos os investigados que não detêm prerrogativa de foro, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte tão somente em relação à Senadora da República.
3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência.
4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexas com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro).
5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexas ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.
6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto **ratione loci** (art. 70, CPP) quanto **ratione materiae**.
7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, hão de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento.
8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência.
9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - *alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente* -, se não estiverem presentes **i)** uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e **ii)** uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal.
10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*”. Do mesmo modo, “o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*” (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 24/10/14).
11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência).
12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada.
13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o **simultaneus processus**, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo).
14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos - *ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas* - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência.
15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.
16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau.
17. Na determinação do foro prevalente, constata-se a existência de veementes indícios de que a suposta organização criminosa, ora

investigada, estaria radicada em São Paulo, onde também teria sido emitida a maior parte das notas fiscais supostamente falsas e ocorrido a maior parte das movimentações e repasses de recursos, por meio de condutas que, em tese, poderiam tipificar crimes de lavagem de dinheiro.

18. Ademais, a denúncia já oferecida perante o Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria-Geral da República, contra investigado não detentor de prerrogativa de foro, por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, descreve que esse crime se consumou em São Paulo (capital).

19. Considerando que o ilícito tipificado no art. 12.850/13 e a maior parte dos crimes de lavagem de dinheiro e de falsidade ideológica se consumaram em São Paulo, justifica-se a atração de todos eles para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ressalvada a posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro prevalente.

20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a consequente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 19/4/02).

**noticiado no Informativo 800*

QUEST. ORD. EM AP N. 933-PB

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Questão de ordem na ação penal. Processual Penal. Procedimento instituído pela Lei nº 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal. Aplicação em matéria eleitoral, em primeiro grau de jurisdição. Admissibilidade. Denúncia. Recebimento, em primeira instância, antes da diplomação do réu como deputado federal. Resposta à acusação. Competência do Supremo Tribunal Federal para examinar eventuais nulidades nela suscitadas e a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP), mesmo que o rito passe a ser o da Lei 8.038/90. Precedentes. Crime eleitoral. Imputação a prefeito. Foro, por prerrogativa de função, junto ao Tribunal Regional Eleitoral. Competência dessa Corte para supervisionar as investigações. Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal. Apuração criminal em primeiro grau de jurisdição, com indiciamento do prefeito. Inadmissibilidade. Usurpação de competência caracterizada. Impossibilidade de os elementos colhidos nesse inquérito servirem de substrato probatório válido para embasar a denúncia contra o titular de prerrogativa de foro. Falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Questão de ordem que se resolve pela concessão de *habeas corpus*, de ofício, para extinguir a ação penal, por falta de justa causa.

1. O rito instituído pela Lei nº 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal, aplica-se, no primeiro grau de jurisdição, em matéria eleitoral.

2. Recebida a denúncia, em primeira instância, antes de o réu ter sido diplomado como deputado federal e apresentada a resposta à acusação, compete ao Supremo Tribunal Federal, em face do deslocamento de competência, examinar, em questão de ordem, eventuais nulidades suscitadas e a possibilidade de absolvição sumária (art. 397 CPP), mesmo que o rito passe a ser o da Lei 8.038/90. Precedentes.

3. Tratando-se de crime eleitoral imputado a prefeito, a competência para supervisionar as investigações é do Tribunal Regional Eleitoral, nos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal.

4. Na espécie, no limiar das investigações, havia indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral, por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de voto, valendo-se, para tanto, de sua condição de alcaide, por intermédio de uma empresa contratada pela municipalidade.

5. Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau nem, muito menos, poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o Prefeito e tê-lo indiciado.

6. A usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Precedentes.

7. Questão de ordem que se resolve pela concessão de **habeas corpus**, de ofício, em favor do acusado, para **extinguir a ação penal**, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP).

**noticiado no Informativo 802*

MED. CAUT. EM ADI N. 5.311-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 13.107, DE 24 DE MAÇO DE 2015. ALTERAÇÃO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA LEI ELEITORAL (LEI 9.096/1995 E 9.504/1997). NOVAS CONDIÇÕES LEGAIS PARA CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS. APOIO DE ELEITORES NÃO FILIADOS E PRAZO MÍNIMO DE CINCO ANOS DE EXISTÊNCIA DOS PARTIDOS. FORTALECIMENTO DO MODELO REPRESENTATIVO E DENSIFICAÇÃO DO PLURIPARTIDARISMO. FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR.

1. A Constituição da República assegura a livre criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Liberdade não é absoluta, condicionando-se aos princípios do sistema democrático-representativo e do pluripartidarismo.
2. São constitucionais as normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno.
3. O requisito constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como "legendas de aluguel", fraudando a representação, base do regime democrático.
4. Medida cautelar indeferida.

*noticiado no Informativo 801

AG. REG. NA MED. CAUT. EM MS N. 33.729-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO DAS CONTAS ANUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Indeferida a medida liminar, por ausência de perigo na demora, a autoridade impetrada não tem interesse recursal. Inteligência do art. 499 do CPC e da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.
2. Agravo regimental não conhecido.

*noticiado no Informativo 797

HC N. 127.483-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, *a priori*, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada.

1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de **habeas corpus** impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do **habeas corpus**, nos termos do art. 102, I, "i", da Constituição Federal.
2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal).
3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que

o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

6. Por se tratar de negócio jurídico 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 no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor.

8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13).

9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.

11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

12. **Habeas corpus** do qual se conhece. Ordem denegada.

**noticiado no Informativo 796*

QUEST. ORD. EM Inq N. 3.983-DF

REDATOR P/O ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: INQUÉRITO. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA. ACUSADOS REPRESENTADOS POR ADVOGADOS DISTINTOS. PRAZO PARA RESPOSTA ESCRITA. ART. 191 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. DIREITOS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTE. NÃO ACOLHIMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM.

1. O prazo processual para a defesa preliminar, nas hipóteses dos delitos imputados aos agentes políticos, assume notável relevância sob a ótica da garantia processual, porquanto pode conduzir à improcedência da acusação *initio litis* (art. 397 do Código de Processo Penal).

2. O litisconsórcio passivo processual penal atrai o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, na forma do art. 3º do Código de Processo Penal, por força da Constituição da República, que tutela os direitos indisponíveis em jogo na lide penal, como deve ser a liberdade.

3. A formalização da peça acusatória nas ações propostas em face dos agentes políticos reclama o exercício da ampla defesa na ótica maximizada da garantia constitucional processual penal.

4. A resposta à denúncia consubstancia a concretização do princípio da ampla defesa, cláusula pétrea consagrada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que ilumina o sistema processual penal, assegurando a busca da verdade material e a inauguração do processo justo.

5. O prazo em dobro para manifestação da defesa, no litisconsórcio passivo penal, restou assentado na AP 470 (AgRg-Vigésimo Segundo).

6. Questão de ordem rejeitada.

**noticiado no Informativo 797*

Acórdãos Publicados: 363

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Reclamação - Reinterpretação de Decisão Proferida em ADI - Parametricidade - Idoneidade Processual da Reclamação (Transcrições)

Rcl 18.636/PB*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: **Reclamação.** *Função constitucional* desse instrumento processual (RTJ 134/1033 – RTJ 166/785). **Alegado desrespeito** à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal **no exame da Rcl 4.374/PE. Julgamento plenário** no qual esta Suprema Corte **procedeu, expressamente, à reinterpretação** dos comandos emergentes de decisão **anteriormente** proferida **na análise da ADI 1.232/DF. A questão da parametricidade** das decisões **emanadas** desta Suprema Corte **no âmbito** de ações reclamatórias, **quando** o Tribunal, **em virtude de evolução hermenêutica, vem a redefinir,** nelas, **o conteúdo e o alcance** de julgamentos **revestidos de eficácia “erga omnes” e de efeito vinculante anteriormente proferidos em sede de fiscalização normativa abstrata. Idoneidade processual da reclamação** “como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato” (Rcl 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno). **Pretendido acesso** ao benefício assistencial de prestação continuada (CF, art. 203, V). **Critério objetivo** que, **consagrado no § 3º** do art. 20 da Lei nº 8.742/93, **revelou-se insuficiente e inadequado ao amparo efetivo** das pessoas necessitadas, **pois excluía do alcance tutelar** do benefício constitucional pessoas **em situação de comprovada miserabilidade. A ressignificação** conferida pelo Supremo Tribunal Federal à regra legal em causa, **fundada em modificações supervenientes** do contexto fático e do quadro normativo em vigor, **conduziu à superação** da exegese **dada no julgamento da ADI 1.232/DF, ensejando, mediante evolução interpretativa, nova compreensão hermenêutica, considerada mais adequada e fiel à vocação protetiva** inerente ao art. 203, V, da Constituição. **Declaração, pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **da inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º** do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (Rcl 4.374/PE). **Injustificada recusa** do INSS em conceder **ao reclamante, que é portador de grave doença neurológica de natureza degenerativa, incapacitante e crônica, o pretendido** benefício assistencial. **Inadmissibilidade** dessa recusa administrativa, **pois, caso acolhida, transgrediria, frontalmente, o postulado constitucional** que, **dirigido** ao Estado, **veda a proteção insuficiente de direitos fundamentais (como o direito à assistência social). A proibição da proteção insuficiente** como uma das expressões **derivadas** do princípio da proporcionalidade. **Reconhecimento da plena legitimidade do acesso** do ora reclamante ao benefício constitucional em referência. **Precedentes.** Reclamação julgada **procedente.**

DECISÃO: Trata-se de reclamação **na qual se sustenta** que o ato judicial ora questionado – **emanado** da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (Processo nº 0506011-30.2012.4.05.8200) – **teria desrespeitado** a autoridade das decisões que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **proferiu** no julgamento conjunto **da Rcl 4.374/PE e do RE 567.985/MT.**

Aduz, em síntese, a parte ora reclamante, **para justificar a alegada transgressão** à autoridade das decisões que esta Suprema Corte **proferiu** em referidos julgamentos, **as seguintes considerações:**

“O reclamante propôs uma ação objetivando o recebimento do benefício assistencial a que alude o art. 203, V, da CF/88, ao argumento de que é portador, desde seu nascimento, de doença neurológica degenerativa e crônica denominada ATAXIA ESPINOCEREBELAR TIPO 3, também conhecida como DOENÇA DE MACHADO-JOSEPH (CID G11.1), enfermidade esta que gera um ‘quadro progressivo de perda de movimentos, coordenação e força, evidenciando redução volumétrica do cerebelo’ (deficiência incapacitante), cuja comprovação se deu através dos laudos médicos.

Isto porque, embora tenha o reclamante pleiteado o aludido amparo assistencial administrativamente, em 17.11.2009, o INSS – APS ITABAIANA indeferiu o pedido ao argumento de que ‘não foi reconhecido o direito ao benefício, tendo em vista que não há enquadramento no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, considerada a renda ‘per capita’ do grupo familiar igual ou superior a ¼ do salário mínimo’.

Ponderou, pois, o reclamante, na inicial, que a jurisprudência tem entendido pela flexibilização do enquadramento do requisito da renda ‘per capita’ do grupo familiar para fins de atestar o estado de miserabilidade, devendo o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

Em vista dessa possibilidade de por outros meios de prova se atestar o estado de miserabilidade, trouxe o reclamante aos autos diversos outros elementos que comprovam não possuir ‘meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família’, tal como consta no art. 203, V, da Constituição Federal.

Embora tais elementos de prova fossem suficientes para deferir o pleito do reclamante, omitiu-se a Magistrada sentenciante em sequer analisá-los, julgando improcedente a lide de maneira antecipada, por entender que o reclamante não cumpriu o requisito objetivo da renda ‘per capita’ familiar inferior a ¼ do salário mínimo, sendo tal requisito, na sua ótica, o único a pautar a análise de concessão do aludido benefício.

Contra a referida decisão fora interposto recurso inominado pelo reclamante. Todavia, a Turma Recursal dos Juizados Federais da Seção Judiciária da Paraíba negou provimento ao mesmo.

Com intuito de suprir omissões detectadas na decisão acima mencionada, bem assim com a finalidade de se proceder ao respectivo prequestionamento, o reclamante opôs embargos de declaração, porém a referida Turma Recursal achou por bem também rejeitá-los.

Na sequência, foi interposto Incidente Nacional de Uniformização de Jurisprudência, inadmitido na origem, visando demonstrar que o STF, o STJ, as Turmas Recursais de outras regiões e a própria TNU consideram a possibilidade de se provar por outras vias a condição de miserabilidade a que se refere o art. 203, inciso V, da Constituição Federal, já tendo o STF reconhecido, com repercussão geral, a inconstitucionalidade do referido § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

Interpôs, então, o reclamante Agravo nos próprios autos, pleiteando a reconsideração da decisão ou, caso contrário, a remessa à Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais para o regular processamento do incidente cujo objeto é ‘ANULAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE JULGOU ANTECIPADAMENTE A LIDE, RETORNANDO OS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE SE PROCEDA À VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS DO AGRAVANTE, DIANTE DAS PECULIARIDADES POR

ELE NARRADAS'.

Passo seguinte, a decisão foi mantida e o Agravo encaminhado à Turma Nacional de Uniformização, que, em decisão monocrática, por meio de seu Ministro Presidente, negou provimento ao recurso.” (grifei)

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, **opinou pelo não conhecimento** da presente reclamação **em manifestação** que está assim ementada:

“Reclamação. Utilização como paradigma de precedentes, sem eficácia geral e vinculante, de cuja relação processual o reclamante não fez parte. Impossibilidade. Parecer por que se negue seguimento à reclamação.” (grifei)

Sendo esse o contexto, **passo a apreciar** o pedido formulado nesta causa.

Todos sabemos que a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – *ação* (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), *recurso ou sucedâneo recursal* (MOACYR AMARAL SANTOS, **RTJ** 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), *remédio incomum* (OROSIMBO NONATO, “*apud*” Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), *incidente processual* (MONIZ DE ARAGÃO, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), *medida de direito processual constitucional* (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) **ou medida processual de caráter excepcional** (Ministro DJACI FALCÃO, **RTJ** 112/518-522) –, **configura** instrumento de extração constitucional **destinado a viabilizar**, na concretização **de sua dupla função** de ordem político-jurídica, **a preservação da competência e a garantia da autoridade** das decisões do Supremo Tribunal Federal (**CF**, art. 102, I, “I”), **consoante tem enfatizado** a jurisprudência desta Corte Suprema (**RTJ** 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Esse instrumento formal de tutela, “*que nasceu de uma construção pretoriana*” (**RTJ** 112/504), **busca**, portanto, **em essência, ao lado** de sua função como **expressivo** meio de preservação da competência do Supremo Tribunal Federal, **fazer prevalecer**, no plano da hierarquia judiciária, **o efetivo respeito** aos pronunciamentos jurisdicionais **emanados** desta Suprema Corte (**RTJ** 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **especialmente quando impregnados de eficácia vinculante**:

“Reclamação e preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedentes. Doutrina.”

(**RTJ** 179/995-996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A destinação constitucional da via reclamatória, **portanto – segundo acentua**, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. IV/393, 2ª ed., Forense) –, **além de vincular** esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, **prende-se** ao objetivo específico **de salvaguardar** a extensão e os efeitos dos julgados **desta** Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação – enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do “imperium” inerente à decisão desrespeitada –, assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/199-200, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva):

“O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como ‘causa finalis’ assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.” (grifei)

Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, **que o descumprimento**, por **quaisquer** juízes ou Tribunais, **de decisões** proferidas pelo Supremo Tribunal Federal **autoriza a utilização da via reclamatória, vocacionada, em sua específica função processual**, a resguardar e a fazer prevalecer, **no que concerne** à Suprema Corte, **a integridade, a autoridade e a eficácia** dos comandos que emergem de seus atos decisórios, **desde que proferidos com eficácia vinculante, na linha** do magistério jurisprudencial **consagrado** por este Tribunal (**RTJ** 187/150-152, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Assentadas tais premissas, impõe-se analisar, preliminarmente, se se mostra cabível, ou não, **o emprego da reclamação** em situações de **alegado** desrespeito a decisões que a Suprema Corte **tenha proferido**, como ocorre na espécie, **em sede** de processos **de perfil** subjetivo.

É que o ora reclamante, **ao deduzir** a sua pretensão jurídica, **invocou, como paradigmas, processos de índole subjetiva (Rcl 4.374/PE e RE 567.985/MT), versando casos concretos** nos quais essa **mesma** parte reclamante **não figurou como sujeito processual**.

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido não caber reclamação, quando utilizada para fazer prevalecer** a jurisprudência desta Suprema Corte **(ou para impor-lhe a observância) em situações** nas quais os julgamentos do Tribunal **não se revistam de eficácia vinculante, exceto se se tratar** de decisão que o Supremo Tribunal Federal **tenha proferido** em processo subjetivo **no qual haja intervindo**, como sujeito processual, **a própria parte reclamante, hipótese inócurrenente na espécie**.

Ocorre, no entanto, que o Plenário desta Corte Suprema, no julgamento **da Rcl 4.374/PE, não apenas** resolveu o conflito individual deduzido naquela causa, **mas procedeu, expressamente, à reinterpretação** dos comandos emergentes da decisão **anteriormente** proferida, **em sede** de fiscalização normativa abstrata, **no exame da ADI 1.232/DF, vindo a redefinir, dessa forma, o próprio conteúdo e o alcance** de referido julgamento, **revestido de eficácia “erga omnes” e de efeito vinculante, declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, afastando, em consequência, para efeito** de concessão do benefício assistencial de prestação continuada (**CF**, art. 203, V), **o obstáculo representado** pela norma legal em referência:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que ‘considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal ‘per capita’ seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo’.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato.

Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação.

O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade.

Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar ‘per capita’ estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.”

(Rel 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Ao assim proceder, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, após o julgamento da ADI 1.232/DF, o critério objetivo definido pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (renda familiar mensal “per capita” inferior a 1/4 do salário mínimo), em face de modificações supervenientes nas circunstâncias materiais e no quadro normativo positivado pelo Estado, sofreu um processo de progressiva inconstitucionalização, revelando-se insuficiente e inadequado à proteção efetiva das pessoas necessitadas.

Como se sabe, a omissão estatal no adimplemento de imposições ditas pela Constituição – à semelhança do que se verifica nas hipóteses em que o legislador comum se abstém, como no caso, de adotar medidas concretizadoras do dever imposto pelo art. 203, V, do Estatuto Fundamental – culmina por fazer instaurar “situações constitucionais imperfeitas” (LENIO LUIZ STRECK, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, p. 468/469, item n. 11.4.1.3.2, 2002, Livraria do Advogado Editora), cuja ocorrência justifica “um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta” (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 1.022, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra – grifei), em ordem a obstar o imediato reconhecimento do estado de inconstitucionalidade no qual eventualmente incida o Poder Público por efeito de violação negativa do texto da Carta Política (RTJ 162/877, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Daí a exata afirmação feita pelo eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (“Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, p. 115/116, item n. 5.5, 2001, RT), cuja lição a propósito do tema ora em exame põe em evidência o relevo que podem assumir, em nosso sistema jurídico, as transformações supervenientes do estado de fato e/ou de direito:

“Isso explica, também, uma das técnicas de controle de legitimidade intimamente relacionada com a cláusula da manutenção do estado de fato: a da ‘lei ainda constitucional’. O Supremo Tribunal Federal a adotou em vários precedentes (...). Com base nessa orientação e considerando o contexto social verificado à época do julgamento, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da norma em exame, ficando claro, todavia, que, no futuro, a alteração do ‘status quo’ poderia ensejar decisão em sentido oposto.” (grifei)

É precisamente o que ocorreu em relação ao art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, uma vez que a regra em questão vem sofrendo, ao longo do tempo e em virtude de alteração de quadro fático motivada por circunstâncias de índole econômico-social, modificação sensível, o que levou esta Suprema Corte a reconhecer, no exame da Rcl 4.374/PE, a existência de uma situação constitucional imperfeita, decorrente da constatação de execução incompleta do dever que o inciso V do art. 203 da Constituição da República impôs ao legislador, destacando-se, em referido julgado, a ocorrência, no caso, de uma típica situação de omissão inconstitucional parcial.

De outro lado, ao dirimir a controvérsia constitucional suscitada no âmbito da Rcl 4.374/PE, esta Suprema Corte deixou consignado, no douto voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, Relator, a possibilidade de o Tribunal, em virtude de evolução hermenêutica, modificar a sua própria jurisprudência, vindo, inclusive, a declarar inconstitucional aquilo que anteriormente havia sido considerado compatível com o texto da Constituição da República, rememorando, ainda, que, no âmbito do controle incidental, há inúmeros precedentes que legitimam essa prática processual.

Reconheceu-se, em referido julgamento (Rcl 4.374/PE), na linha do entendimento proposto pelo Ministro GILMAR MENDES (e acolhido pelo Plenário desta Corte), que a oportunidade de reapreciar o conteúdo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata tende a surgir, com maior naturalidade e de forma mais corrente, no âmbito das reclamações.

É por meio da reclamação, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua jurisdição constitucional, reaprecia o conteúdo e revisa o alcance de suas próprias decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na medida em que o processo de reclamação – como ressaltado pelo eminente Ministro GILMAR MENDES (Rcl 4.374/PE) – em nada se distingue nem diverge ontologicamente de qualquer jurisdição de perfil constitucional, uma vez que o instrumento da reclamação visa e objetiva proteger a integridade da ordem constitucional, de tal modo que a possível superação, por esta Suprema Corte, de uma anterior decisão sua, mesmo proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, resultará legítima em decorrência do exercício pleno dessa mesma jurisdição constitucional.

Desse modo, ajudada a reclamação, como na espécie, com base na alegada transgressão à autoridade de julgamento (Rcl 4.374/PE) que redefiniu o conteúdo e o alcance de decisão emanada desta Suprema Corte em processo de fiscalização normativa abstrata (ADI 1.232/DF), revela-se plenamente possível, não obstante em caráter excepcional, outorgar parametricidade, ainda que em sede de reclamação, à decisão nela proferida que se apresenta – em virtude da especificidade do contexto que venho de mencionar – impregnada dos mesmos efeitos que são peculiares ao julgamento efetuado no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Plenamente justificável, assim, a utilização, no caso, do instrumento constitucional da reclamação.

Passo, desse modo, à análise da pretensão deduzida na presente causa. **E, ao fazê-lo, devo assinalar**, por necessário, que o benefício assistencial em causa reveste-se de caráter alimentar, **importando a sua não concessão em risco inaceitável para a subsistência** do ora reclamante, **que é portador de grave doença neurológica degenerativa, incapacitante e crônica, denominada** “ataxia espinocerebelar tipo 3” (ou “Doença de Machado-Joseph”), **causa geradora de “quadro progressivo de perda de movimentos, coordenação e força, evidenciando redução volumétrica do cerebelo”, conforme atestam** os laudos periciais produzidos nos presentes autos.

Cumpre observar, ainda, que, por tal razão, o ora reclamante **sofreu** a decretação judicial de sua interdição civil, **achando-se totalmente desprovido** de recursos financeiros, **dependendo, economicamente**, por esse motivo, de sua família, **atualmente** composta por seis (06) integrantes, **cuja** renda mensal total **é de apenas** um (01) salário mínimo!!!

Cabe enfatizar, por relevante, que a família do reclamante **tem gastos elevados** com a sua manutenção, **notadamente** com medicamentos e pagamento de aluguel residencial, **que representam despesas essenciais** à subsistência do destinatário do benefício assistencial em causa.

Não obstante todas essas dramáticas circunstâncias, **desde** 19/09/2009, ou seja, **há mais de seis (06) anos**, o INSS **tem recusado** ao reclamante **a concessão** do benefício de prestação continuada que é devido a pessoas portadoras de deficiência, **tão somente** porque, **à época do requerimento administrativo**, o reclamante **não atendia** ao requisito **inscrito** no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, “*considerada a renda ‘per capita’ do grupo familiar igual ou superior a 1/4 do salário mínimo*”.

Cabe destacar, no ponto, que o magistrado federal de primeiro grau, **ao julgar improcedente** a ação ajuizada pelo ora reclamante, **assinalou** que “*o litígio restringe-se, portanto, ao enquadramento do(a) promovente à renda ‘per capita’ mínima exigida pela referida legislação*”, **sendo certo** que, **mesmo após** o julgamento por esta Suprema Corte **do RE 567.985/MT e da Rcl 4.374/PE, ainda assim**, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Paraíba **veio a negar provimento** ao recurso inominado interposto em referido litígio, **tendo em vista** que, **à época do requerimento administrativo**, a **renda mensal “per capita”** do grupo familiar **era superior a 1/4 do salário mínimo**, **o que representa manifesta transgressão** à diretriz jurisprudencial **firmada pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal **nos precedentes em referência**.

Com efeito, o **entendimento então prevalecente no âmbito** deste Tribunal, **em virtude** da alteração de sua jurisprudência, **foi consolidado** pelo Supremo Tribunal Federal **em julgamento plenário** no qual, **após reconhecida a existência** de repercussão geral da mesma questão constitucional ora versada **nesta causa**, **pronunciou-se em sentido que confere plena legitimidade jurídica** ao pretendido acesso do ora reclamante ao benefício assistencial em causa:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que ‘considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal ‘per capita’ seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo’.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar ‘per capita’ estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias ‘mudanças fáticas’ (políticas, econômicas e sociais) e ‘jurídicas’ (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 567.985/MT, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, Pleno – grifei)

Vale ressaltar, por necessário, que essa diretriz jurisprudencial **tem sido corroborada** em sucessivos julgamentos proferidos **no âmbito** desta Suprema Corte (**AI 803.306/ES**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ARE 743.831/TO**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **ARE 755.427/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ARE 769.631/PB**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **ARE 796.589/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **ARE 798.114-Agr/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **ARE 818.541/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **ARE 834.838/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **RE 433.737-Agr/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.).

Não constitui demasia insistir, neste ponto, por necessário, que é dramática e cruel, sob **todos** os aspectos – **notadamente** aqueles de caráter pessoal, familiar, social e financeiro –, **a triste (e penosa) situação** individual, **plenamente comprovada nos autos**, **em que se encontra** o ora reclamante, **que se dirige** a esta Suprema Corte “*in forma pauperis*”, **buscando**, em sede jurisdicional, o amparo que lhe tem sido negado por um frio aparato burocrático...

Não bastassem esses aspectos, cabe **também** referir a circunstância – **triste e dolorosa** – de que a **família** do autor **vive em situação de inegável miserabilidade**, **profundamente incompatível** com o postulado **da essencial** dignidade da pessoa humana, **que representa**, no contexto de nosso sistema constitucional, **considerada a centralidade** desse princípio nuclear, **um dos fundamentos mais expressivos em que repousa** o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III).

Torna-se claro, pois, presentes tais considerações, **e tendo em vista, ainda, a jurisprudência plenária** desta Suprema Corte (**Rcl 4.374/PE e RE 567.985/MT**), **a plena legitimidade** do acesso do ora reclamante ao benefício assistencial em causa **em razão da acertada evolução jurisprudencial promovida** por esta Suprema Corte.

Sendo assim, e pelas razões expostas, julgo procedente a presente reclamação, **para assegurar** ao ora reclamante **o acesso imediato** ao benefício assistencial da prestação continuada **a que se refere** o art. 203, V, da Constituição Federal.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão à E. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (**Processo**

nº 0506011-30.2012.4.05.8200), à colenda Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Paraíba (**Processo** nº 0506011-30.2012.4.05.8200) e ao Senhor Juiz Federal do 7º Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado da Paraíba (**Processo** nº 0506011-30.2012.4.05.8200).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 10 de novembro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe de 16.11.2015*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

1º a 5 de fevereiro de 2016

Medida Provisória nº 712, de 29.1.2016 - Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do Vírus da Dengue, do Vírus *Chikungunya* e do *Zika* Vírus. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 21, p. 1, em 1º.2.2016.

Decreto nº 8.662, de 1º.2.2016 - Dispõe sobre a adoção de medidas rotineiras de prevenção e eliminação de focos do mosquito *Aedes aegypti*, no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, e cria o Comitê de Articulação e Monitoramento das ações de mobilização para a prevenção e eliminação de focos do mosquito *Aedes aegypti*. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 22, p. 1, em 2.2.2016.

Lei nº 13.256, de 4.2.2016 - Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 25, p. 1, em 5.2.2016.

Informativo 514

Brasília, 10 a 19 de fevereiro de 2016 Nº 814

Data de divulgação: 29 de fevereiro de 2016

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a publicação do acórdão no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

Sigilo e fiscalização tributária - 1

Sigilo e fiscalização tributária - 2

Sigilo e fiscalização tributária - 3

“Habeas corpus” contra decisão monocrática

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 1

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 2

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 3

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 4

Repercussão Geral

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 1

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 2

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 3

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 4

1ª Turma

Câmara de tribunal de justiça composta por juízes de 1º grau - 2

Anulação de registro de aposentadoria e comprovação de tempo trabalhado na condição de aluno-aprendiz - 1

Anulação de registro de aposentadoria e comprovação de tempo trabalhado na condição de aluno-aprendiz - 2

2ª Turma

Mandado de segurança e legitimidade ativa do Ministério Público Militar

Extradição: concomitância de prisão cautelar e penal e detração

Defensoria Pública e defensor público natural

Termo de colaboração premiada e Súmula Vinculante 14

Transcrições

Sigilo e fiscalização bancária (ADI 2.390-DF)

PLENÁRIO

Sigilo e fiscalização tributária - 1

O Plenário iniciou julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de normas federais que possibilitam a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, sem a intermediação do Poder Judiciário (LC 104/2001, art. 1º; LC 105/2001, artigos 1º, § 3º e 4º, 3º, § 3º, 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; Decreto 4.489/2002; e Decreto 4.545/2002). O Ministro Dias Toffoli (relator) julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia e, em parte, pelo Ministro Roberto Barroso. O relator afirmou que, quanto à alegação de inconstitucionalidade da expressão “do inquérito ou”, contida no § 4º do art. 1º da LC 105/2001, a norma impugnada não cuidaria da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que estaria no cerne das ações diretas. Tratar-se-ia de norma referente à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admitiria a quebra de sigilo bancário, quando presentes indícios de prática criminosa (AC 3.872 AgR/DF, DJe de 13.11.2015; HC 125.585 AgR/PE, DJe de 19.12.2014; Inq 897 AgR/DF, DJU de 24.3.1995). No que tange à impugnação dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, haveria que se consignar a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental, notadamente de ofensa à intimidade. Não haveria “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte — o dever fundamental de pagar tributos — e os deveres do Fisco — o dever de bem tributar e fiscalizar. Esses últimos com fundamento, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, para se falar em “quebra de sigilo bancário” pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expresse, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras — muitas das quais de natureza privada — se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2859)

Sigilo e fiscalização tributária - 2

O relator destacou que, em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permite, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo — ou procedimento fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 — dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público —, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração

Fiscal. De todo modo, por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. Nessa senda, o dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. Já quanto à impugnação ao art. 1º da LC 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, o relator asseverou que os dispositivos seriam referentes ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detivesse informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Os preceitos atacados autorizariam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertencesse a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se referisse a informação.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2859)

Sigilo e fiscalização tributária - 3

O Ministro Dias Toffoli afirmou que, no ponto, mais uma vez o legislador teria se preocupado em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Diante das cautelas fixadas na lei, não haveria propriamente quebra de sigilo, mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Em relação ao art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 — a determinar que o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) forneçam à Advocacia-Geral da União (AGU) “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte” —, ressaltou que essa previsão seria prática corrente. Isso se daria porque, de fato, os órgãos de defesa da União solicitariam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. E de nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a AGU. Por fim, o relator julgou parcialmente prejudicada uma das ações, relativamente ao Decreto 4.545/2002. Já o Ministro Roberto Barroso conferiu interpretação conforme ao art. 6º da LC 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista dependesse de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da Federação. Dever-se-ia assegurar, como se daria com a União, por força da Lei 9.784/1999 e do Decreto 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. O Ministro Marco Aurélio conferiu interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, vedado inclusive o compartilhamento de informações. Este só seria possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º da CF, para fins de investigação criminal ou instrução criminal. Em seguida, o julgamento foi suspenso. Leia a íntegra do voto do relator na seção “Transcrições” deste Informativo.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17 e 18.2.2016. (ADI-2859)

“Habeas corpus” contra decisão monocrática

Ao proferir decisão pelo não conhecimento do “writ”, o Tribunal, por maioria, reafirmou sua jurisprudência no sentido de não ser cabível “habeas corpus” impetrado contra decisão monocrática de ministro da Corte. Na espécie, os pacientes impugnaram decisão do Ministro Cezar Peluso, que prorrogara o prazo para a realização de escutas telefônicas anteriormente autorizadas. O Tribunal esclareceu que o ato apontado como coator — decisão monocrática — não poderia ser questionado pela via estreita do presente “writ”. Ademais, o tema estaria materializado no Enunciado 606 da Súmula do STF (“Não cabe ‘habeas corpus’ originário para o Tribunal Pleno de decisão da Turma ou do Plenário, proferida em ‘habeas corpus’ ou no respectivo recurso”). Destacou que não se trataria de impedir a revisão do ato do relator, mas que haveria outro caminho, conforme previsto no art. 38 da Lei 8.038/1990 e no art. 21, § 1º, do RISTF. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), que admitiam a impetração. Enfatizavam a importância da proteção judicial efetiva que se materializaria no “habeas corpus”. Aduziam que o próprio texto constitucional reconheceria cabível o “habeas corpus” contra autoridade submetida à Constituição, nos termos especificados, no caso, juízes do STF.

HC 105959/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 17.2.2016. (HC-105959)

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 1

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” que visava a desconstituição de acórdão que, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau. A Corte afirmou que o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolveria reflexão sobre a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à b) busca de necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. Tal equilíbrio deveria atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade seria orientação a prevalecer na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da CF/1988 (HC 68.726/DF, DJU de 20.11.1992, e HC 74.983/RS, DJU de 29.8.1997). Essa orientação seria ilustrada, ainda, pelos Enunciados 716 e 717 da Súmula do STF (“Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, e “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”, respectivamente). O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação — princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação, com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, a possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório — revelaria quão distante se estaria da fórmula inversa, em que ao acusado incumbiria demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe fossem imputadas.

HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 17.2.2016. (HC-126292)

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 2

O Plenário ressaltou que, antes de prolatada a sentença penal, haveria de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que levaria a atribuir ao acusado, para todos os efeitos — mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação —, a presunção de inocência. Nessa senda, a eventual condenação representaria juízo de culpabilidade, que deveria decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de inocência por um juízo de culpa — pressuposto inafastável para condenação —, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Nesse juízo de apelação, de ordinário, ficaria definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se fosse o caso, da responsabilidade penal do acusado. Então, ali que se concretizaria, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tivesse ela sido apreciada ou não pelo juízo “a quo”. Ao réu ficaria assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Desse modo, ressalvada a estreita via da revisão criminal, seria, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exauriria a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Portanto, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não seriam recursos de ampla devolutividade, já que não se prestariam ao debate da matéria fática e probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF — recurso especial e extraordinário — teriam âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, pareceria inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para a situação concreta, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do CPP e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 17.2.2016. (HC-126292)

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 3

A Corte destacou, outrossim, que, com relação à previsão constitucional da presunção de não culpabilidade, ter-se-ia de considerá-la a sinalização de um instituto jurídico, ou o desenho de garantia institucional, sendo possível o estabelecimento de determinados limites. Assim, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Nessa trilha, aliás, haveria o exemplo recente da LC 135/2010 - Lei da Ficha Limpa, que, em seu art. 1º, I, expressamente consagraria como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão colegiado. A presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produzisse efeitos contra o acusado. De todo modo, não se poderia

desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência — a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários — teria permitido e incentivado a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indistintos propósitos protelatórios. Visaria, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. Cumpriria ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao STF, garantir que o processo — único meio de efetivação do “jus puniendi” estatal — resgatasse sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário — como previsto em textos normativos — seria, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional.

HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 17.2.2016. (HC-126292)

Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal - 4

O Plenário asseverou que seria possível tanto a ocorrência de equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias quanto em relação às instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haveria outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Assim sendo, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial seriam instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiça ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Por outro lado, a ação constitucional do “habeas corpus” igualmente comporia o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estaria desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), que, ao concederem a ordem, mantinham a jurisprudência firmada a partir do julgamento do HC 84.078/MG (DJe de 26.2.2010), no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, e de que a ampla defesa não poderia ser visualizada de modo restrito, porquanto englobaria todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.

HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 17.2.2016. (HC-126292)

REPERCUSSÃO GERAL

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade — frente ao parâmetro do sigilo bancário — do acesso aos dados bancários por parte de autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem autorização judicial, nos termos dispostos pela LC 105/2001 (“Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”). Debate-se, ainda, se estaria coerente com a outorga constitucional, a Lei 10.174/2001 que, ao trazer nova redação do art. 11 da Lei 9.311/1996 (que instituiu a CPMF) permitiu que a Secretaria da Receita Federal, de posse das informações sobre a movimentação financeira de titulares de contas bancárias as utilizasse para a averiguação de divergências e, em face delas, instaurasse procedimento administrativo tendente à verificação da existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, e o lançamento de crédito porventura existente. Pretende-se, assim, analisar se haveria afronta ao princípio da irretroatividade das leis, quando esses mecanismos são empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo. Na espécie, Tribunal Regional Federal (recorrido) julgara legítima a ação administrativa, ausente o direito líquido e certo do contribuinte de ser dispensado, por ordem judicial, de exhibir os documentos necessários para apurar créditos tributários.

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 17 e 18.2.2016. (RE-601314)

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial -2

O Ministro Edson Fachin (relator), acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia conheceu do recurso e a este negou provimento. Ao discorrer sobre as premissas do sigilo bancário e os limites dos poderes fiscalizatórios da administração tributária, o relator assentou a aptidão do tributo para reduzir as desigualdades jurídicas, políticas e econômicas. Destacou que para a Carta, a tributação é instrumento para a produção da igualdade entre os cidadãos e, por esse motivo, se põe em um contexto de esfera pública mais ampla do que a estatalidade, em que se delibera e se decide sobre a arrecadação, a gestão e o dispêndio dos recursos públicos. Lembrou que a privacidade não foi genericamente garantida pela Constituição, uma vez que o constituinte optou por fórmula legislativa que tutelasse

autonomamente os diversos direitos correlatos à integridade moral do sujeito de direitos. Ressaltou que o STF entende que o sigilo bancário encontra guarida constitucional no art. 5º, X, da CF, à luz de sua natureza de direito da personalidade. Portanto, do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário seria uma das expressões do direito de personalidade que se traduziria em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. Por sua vez, o fato de os tributos serem contributos indispensáveis a um destino em comum e próspero de todos os membros da comunidade politicamente organizada tem reflexos na questão da oponibilidade do sigilo bancário contra a administração tributária, porquanto limitaria o exercício do direito subjetivo à privacidade, na medida em que reputa ilegítimo fazer uso de segredo bancário com a finalidade de elidir os tributos devidos.

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 17 e 18.2.2016. (RE-601314)

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 3

O relator frisou que o Brasil teria aderido a diversos tratados internacionais em matéria tributária voltados para trocas, automáticas ou a pedido, de informações fiscais entre mais de cem países signatários, notadamente a “Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal”; e a “Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária”. Soma-se, ainda, a adesão do Brasil ao programa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a evitar os efeitos negativos da chamada concorrência fiscal entre Estados soberanos, especialmente no tocante aos “paraísos fiscais”. Todas essas medidas atenderiam aos esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais. Nesses termos, a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte serviriam para a efetivação do princípio da capacidade contributiva, que estaria em risco de violação nas restritivas hipóteses autorizadoras de acesso da administração tributária às transações bancárias dos contribuintes. No campo da autonomia individual, o Poder Legislativo não teria desbordado dos parâmetros constitucionais ao estabelecer requisitos objetivos para a requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras. Exerceu sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, atentando-se no traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. O art. 6º da LC 105/2001 seria taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso quando forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Demais disso, seu parágrafo único preconiza que “O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”, sob pena de se aplicar o art. 198 do CTN (“Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”). Por fim, apontou que a alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/2001 não atrairia a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que tal norma se encerraria na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal. Assim, evidenciaria-se o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o art. 144, § 1º do CTN (§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros”).

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 17 e 18.2.2016. (RE-601314)

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 4

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, deu provimento ao recurso extraordinário, por vislumbrar o compartilhamento possível apenas nas finalidades previstas na cláusula final do inc. XII do art. 5º da CF. O legislador constituinte, ao cogitar da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações, previra uma exceção, aquela decorrente de ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O constituinte reputou, ainda, importante a atuação de órgão equidistante quanto a possível conflito de interesses, cujas decisões devem ser devidamente fundamentadas. Para o Ministro Marco Aurélio, a quebra do sigilo de dados bancários de forma linear, mediante comunicações automáticas tornaria vulnerável a privacidade do cidadão porquanto não se pode confundir sigilo com compartilhamento. Assim, a utilização dos mecanismos fiscalizatórios previstos na Lei 10.174/2001 (que alterou redação de artigo da norma que dispõe sobre a CPFPM) ofende o princípio da irretroatividade das leis, quando empregados para apurar créditos relativos a tributos distintos da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, cujos fatos geradores derivassem de período anterior à vigência deste diploma legislativo. Enfatizou a necessidade de se empregar mecanismos próprios, previstos na legislação, para afastar a sonegação e, quanto à cooperação mundial internacional há de ser harmônica com o arcabouço jurídico pátrio, sem o que ela não pode ser implementada. Em seguida, o julgamento foi suspenso.

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 17 e 18.2.2016. (RE-601314)

PRIMEIRA TURMA

Câmara de tribunal de justiça composta por juízes de 1º grau - 2

Não viola o princípio do juiz natural o julgamento de apelação por órgão colegiado presidido por desembargador, sendo os demais integrantes juízes convocados. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, julgou extinto o “writ” sem resolução do mérito. Assentou a inadequação da via processual, por se tratar de “habeas corpus” substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra acórdão do STJ — v. Informativo 801. A Turma tampouco concedeu a ordem de ofício. Consignou que a convocação excepcional e transitória de juízes de primeiro grau para fazer frente ao excessivo número de processos e substituir desembargadores nas câmaras julgadoras, com respaldo em lei específica, não caracterizar ofensa ao princípio do juiz natural. Ao contrário, essa solução, longe de caracterizar a criação de juízos de exceção ou “ad hoc”, teria a virtude de tentar concretizar uma prestação jurisdicional célere e efetiva, em plena conformidade com a garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Ou seja, não vulnera as garantias fundamentais do processo, especialmente porque observados critérios objetivos e com expressa autorização legal. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin que concediam a ordem de ofício.

HC 101473/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 16.2.2016. (HC-101473)

Anulação de registro de aposentadoria e comprovação de tempo trabalhado na condição de aluno-aprendiz - 1

A Primeira Turma retomou julgamento de mandado de segurança impetrado contra acórdão do TCU, que anulava ato de concessão de aposentadoria e determinava o retorno do impetrante à atividade, para completar os requisitos para a aposentadoria integral, ou que os proventos fossem proporcionais ao tempo de contribuição. Na espécie, a Corte de Contas glosara o cômputo de tempo prestado na condição de aluno-aprendiz por entender que não ficara comprovada a efetiva prestação do serviço. Na sessão de 5.5.2015, o Ministro Marco Aurélio (relator) indeferiu a ordem. Afirmou que o servidor que pretendesse ter o citado período contado como de tempo de serviço deveria apresentar certidão do estabelecimento de ensino frequentado. Tal documento deveria atestar a condição de aluno-aprendiz e o recebimento de retribuição pelos serviços executados, consubstanciada em auxílios materiais diversos. Ressaltou que, com a edição da Lei 3.353/1959, passara-se a exigir, para a contagem do tempo mencionado, a demonstração de que a mão de obra tivesse sido remunerada com o pagamento de encomendas. O elemento essencial à caracterização do tempo de serviço como aluno-aprendiz não seria a percepção de uma vantagem direta ou indireta, mas a efetiva execução do ofício para o qual receberia instrução, mediante encomendas de terceiros. Como consequência, a declaração emitida por instituição de ensino profissionalizante somente serviria a comprovar o período de trabalho caso registrasse expressamente a participação do educando nas atividades laborativas desenvolvidas para atender aos pedidos feitos às escolas, o que não teria ocorrido no caso. Na certidão juntada aos autos constaria apenas que o impetrante frequentara curso técnico profissionalizante por certo período, inexistindo referência à participação na produção de quaisquer bens ou serviços solicitados por terceiros. Não haveria sequer comprovação de retribuição pecuniária à conta do orçamento.

MS 31518/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 16.2.2016. (MS-31518)

Anulação de registro de aposentadoria e comprovação de tempo trabalhado na condição de aluno-aprendiz - 2

Na sessão de 16.2.2016, o Ministro Roberto Barroso, em voto-vista, acompanhou o relator e denegou a ordem ao fundamento de que a parte não lograra comprovar qualquer remuneração, ainda que indireta, a título de contraprestação pelos serviços prestados como aluno-aprendiz. Em divergência, o Ministro Edson Fachin concedeu a segurança, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux. Consignou que, ainda que se considerassem as afirmações da autoridade coatora no sentido de que a certidão apresentada pelo servidor não servisse como comprovação do vínculo e da remuneração, o transcurso de 14 anos entre a aposentadoria e a decisão que negara o seu registro violaria o princípio da confiança, na medida em que desbordaria daquilo que razoavelmente o servidor inativo poderia esperar desse processo. Embora o TCU não tivesse prazo legal para ultimar a análise das aposentadorias dos servidores públicos federais, não se afiguraria razoável que, após mais de uma década, fosse o impetrante compelido à conversão dos seus proventos para proporcionais ao tempo de serviço reconhecido ou mesmo retornar à atividade, a fim de adquirir o tempo restante para a aquisição dos proventos integrais de acordo com as regras de inativação mais gravosas instituídas pelas EC 20/1998 e 41/2003. Em seguida, pediu vista a Ministra Rosa Weber.

MS 31518/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 16.2.2016. (MS-31518)

SEGUNDA TURMA

Mandado de segurança e legitimidade ativa do Ministério Público Militar

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Ministério Público Militar, em face de decisão que reconheceu a prescrição no tocante a militar acusado da suposta prática de ato libidinoso com menor de idade. No caso, em razão desse fato fora instaurado, contra o militar, procedimento administrativo em que alegada,

desde o início, a prescrição. Esta, no entanto, somente fora declarada pelo STM, que concedera “habeas corpus” de ofício. O recorrente sustentava que o direito líquido e certo a fundamentar o “mandamus” seria o direito à ordem democrática e à ordem jurídica, e que a concessão de “habeas corpus” de ofício teria sido aplicada equivocadamente porque em sede administrativa. A Turma assinalou que o “Parquet” militar, atuando como “custos legis”, não teria legitimidade ativa no tocante ao mandado de segurança. Os direitos à ordem democrática e à ordem jurídica não seriam de titularidade do Ministério Público, mas de toda a sociedade. O mandado de segurança, na espécie, se insurgiria contra decisão judicial, e não administrativa. Além disso, não houvera usurpação de competência que pudesse ser considerada ilegalidade ou abuso de poder, mesmo porque o acusado fora absolvido em sede penal.

RMS 32970/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 16.2.2016. (RMS-32970)

Extradição: concomitância de prisão cautelar e penal e detração

A Segunda Turma deferiu pedido extraditacional formulado pelo Governo do Chile em desfavor de nacional daquele País, lá condenado por crime de “roubo com intimidação”, à pena de cinco anos e um dia. No caso, o extraditando, preso em razão do pleito extraditacional em 2015, encontrava-se cumprindo pena de reclusão de 21 anos e 11 meses, no Brasil, por força de outras condenações, impostas pelo Poder Judiciário brasileiro, desde 2006. O Colegiado, de início, afastou tese defensiva de prescrição da pretensão executória. Anotou que a condenação pelo crime que motivara o pedido extraditacional se tornara definitiva em 2002 e que o prazo prescricional teria se interrompido tendo em conta a reincidência, considerada a primeira condenação no Brasil, transitada em julgado em 2006. Além disso, citou o art. 116, parágrafo único, do CP, segundo o qual “depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”. Por fim, a Turma, por maioria, reconheceu a aplicação da detração do tempo da prisão cautelar para fins de extradição no tocante à pena a ser cumprida no País requerente. Vencido, no ponto, o Ministro Teori Zavascki, que não entendia aplicável a detração. Ressaltava que o extraditando se encontrava cumprindo prisão penal por força de condenações no Brasil, e que o período em que, concomitantemente, estava preso em razão do pedido de extradição deveria ser considerado apenas como cumprimento de reprimenda imposta pelo Judiciário brasileiro.

Ext 1397/Governo do Chile, rel. Min. Dias Toffoli, 16.2.2016. (Ext-1397)

Defensoria Pública e defensor público natural

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia a incidência do princípio do defensor natural. No caso, defensor público fora designado para exercer suas funções em duas comarcas distintas, em dias da semana predeterminados. Por sua vez, o juízo no qual processado o paciente determinara a realização de audiência em dia no qual o defensor estaria em comarca diversa, e designara outro advogado para prestar-lhe assistência na oportunidade. Por essa razão, alegava-se, no “habeas”, que haveria ofensa à ampla defesa e ao defensor público natural, e que o juízo deveria redesignar a audiência para dia em que o defensor público estivesse disponível. A Turma afirmou que fora assegurado ao paciente o direito de contato prévio e privativo com seu defensor “ad hoc”. Este exercera seu mister com eficiência e exatidão, pois participara ativamente dos depoimentos, formulando perguntas tanto para o acusado quanto para as testemunhas do Ministério Público. Além disso, a Defensoria Pública deveria se acomodar ao Poder Judiciário, e não o contrário, pois a atuação da Defensoria ainda seria insuficiente em alguns locais.

HC 123494/ES, rel. Min. Teori Zavascki, 16.2.2016. (HC-123494)

Termo de colaboração premiada e Súmula Vinculante 14

A Segunda Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em reclamação em que se pretendia a obtenção de acesso a termos de colaboração premiada colhidos em sede de investigação criminal. No caso, a autoridade reclamada obstará acesso ao reclamante — denunciado em ação penal — quanto a termos relativos a fatos não relacionados à inicial acusatória. Entretanto, permitira acesso no que se refere ao termo no qual fundada a denúncia. Sustentava-se ofensa ao Enunciado 14 da Súmula Vinculante (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”). O Colegiado assinalou que esse enunciado sumular assegura ao defensor legalmente constituído o direito de acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. Lembrou que o conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo. Assim, enquanto não instaurado formalmente o inquérito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estariam sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, o acesso aos autos é restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. Assegura-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Entendeu, ademais, que seria recomendável não julgar o pleito prejudicado porque, entre o pedido do reclamante e o levantamento do sigilo, vários atos processuais teriam sido praticados. Dessa forma, a prejudicialidade poderia implicar a anulação de vários desses atos. Vencido o Ministro Dias Toffoli, que julgava prejudicado o agravo. Reputava que o termo de colaboração em

debate já fora disponibilizado, tendo em vista não estar mais sob sigilo, razão pela qual não haveria mais interesse processual.
Rcl 22009 AgR/PR, rel. Min. Teori Zavascki, 16.2.2016. (Rcl-22009)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	17.2.2016	17 e 18.2.2016	7
1ª Turma	16.2.2016	—	210
2ª Turma	16.2.2016	—	245

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Sigilo e fiscalização bancária (Transcrições)

ADI 2.390/DF*

RELATOR: Ministro Dias Toffoli

VOTO: Conforme relatado, cuida-se de quatro ações diretas de inconstitucionalidade que possuem, como núcleo comum de impugnação, normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária sem a intermediação do Poder Judiciário (art. 3º, § 3º; art. 5º; art. 6º e art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º, todos da Lei Complementar nº 105/2001, e aos Decretos nº 3.724/2001, nº 4.489/2002 e nº 4.545/2002).

Além desses dispositivos, foram impugnados o art. 1º, § 4º, expressão “do inquérito ou”, da Lei Complementar nº 105/2001, e o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que inseriu o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), normas que permitem o fornecimento a autoridade administrativa de “informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”, para a utilização em processo administrativo instaurado com o fito de apurar a prática de infração administrativa.

1 - PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA ADI Nº 2.859/DF

Inicialmente, observo que houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, em razão do exaurimento da eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002. Esse decreto, que possuía apenas um artigo, estabelecia o seguinte: “a prestação de informações sobre operações financeiras, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, em decorrência do disposto no § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, por parte das instituições financeiras, supre a exigência de que trata o Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002”. Ocorre que a Lei nº 9.311/1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT.

A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto quando sobrevém a revogação da norma questionada. Nesse sentido: ADI nº 709/PR, Pleno, Relator o Ministro **Paulo Brossard**, DJ de 24/6/94; ADI nº 2.006/DF, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 10/10/08; ADI nº 3.831/DF, Pleno, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJ de 24/8/07; ADI nº 1.920/BA, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 2/2/07; ADI nº 1.952/DF-QO, Pleno, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 9/8/02 e ADI nº 520/MT, Pleno, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 6/6/97.

Pelo exposto, **encontra-se prejudicado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.545/2002.**

2 - CONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU” CONTIDA NO ART. 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da expressão “do inquérito ou”, contida no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, esclareço que a norma não cuida da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que está no cerne das ações diretas. Trata-se, conforme bem definiu a Advocacia-Geral da União e a Presidência da República, de norma referente à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admite a quebra de sigilo bancário, quando presentes indícios de prática criminosa. Confira-se o teor da norma em análise:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase **do inquérito** ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
IX – praticado por organização criminosa.”

Carlos Alberto Habström aduz que a norma em tela evidentemente se refere à quebra do sigilo bancário para a apuração de crimes, destacando que os tribunais fixaram orientação no sentido da possibilidade de afastamento do sigilo no curso de inquéritos policiais (**Comentários à Lei de Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009).

De fato, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, de longa data, admite a possibilidade de que seja decretada a quebra de sigilo bancário, não apenas no âmbito da ação judicial, mas também no curso do inquérito policial, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“PENAL. AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA QUEBRA. INDÍCIOS APRESENTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE DEMONSTRAM POSSÍVEL PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTAR. LEGITIMIDADE DA DECRETAÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autorização do afastamento dos sigilos fiscal e bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, ‘que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova’ e ‘existência de limitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período’ (MS 25812 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, publicado em DJ 23-2-2006). 2. No caso, o pedido de afastamento dos sigilos fiscal e bancário encontra-se embasado, em síntese, em declarações feitas no âmbito de colaboração premiada, em depoimento prestado por pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados e em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Os elementos até então colhidos indicavam possível pagamento de vantagem indevida a parlamentar em troca de influência supostamente exercida no âmbito da Petrobras, mostrando-se necessária e pertinente a decretação da medida postulada para que fossem esclarecidos os fatos investigados. Solicitação que, ademais, estava circunscrita a pessoas físicas em tese vinculadas aos fatos investigados, com CPF definidos, e limitavam-se a lapso temporal correspondente ao tempo em que teriam ocorridos os supostos repasses. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento” (AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO AGRAVADA. INVIABILIDADE JURÍDICA. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não é cabível habeas corpus contra decisão proferida em recurso ordinário em habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Os Agravantes têm o dever de impugnar, de forma específica, todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não provimento do agravo regimental. 3. **A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que os sigilos bancário e fiscal são relativos e podem ser quebrados, observado o devido processo legal.** 4. **Verificada na espécie a indispensabilidade da quebra do sigilo, sendo apresentadas razões de relevante interesse público e exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, o sigilo não pode prevalecer, impondo-se a medida excepcional, como exposto nas instâncias antecedentes.** 5. Para decidir de forma diversa e concluir pela ‘inutilidade processual’ das provas obtidas pela quebra dos sigilos bancário e fiscal seria necessário o reexame de fatos e provas, ao que não se presta o habeas corpus. 6. Agravo Regimental não provido” (HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 19/12/14).

“INQUERITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCARIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.-X E XII DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido” (Inq 897-AgR, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95).

Pelo exposto, é constitucional a expressão “do inquérito ou”, constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001.

3 - CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E DOS DECRETOS Nº 3.724/2001 e Nº 4.489/2002

No que tange à impugnação dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, insta destacar que o tema já foi objeto de questionamento perante esta Corte em duas significativas ocasiões.

A primeira delas, no julgamento da AC 33/PR. Nesses autos, em que o Plenário findou por não referendar a medida liminar inicialmente concedida, se iniciou profícuo debate entre os membros desta Corte acerca da oponibilidade do sigilo bancário ao Fisco, em face das disposições constantes da LC nº 105/01. O julgado restou assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria” (AC 33/PR-MC, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Relator para o acórdão o Min. **Joaquim Barbosa**, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/11).

Os debates se aprofundaram na apreciação do RE nº 389.808/PR, também de relatoria do eminente Ministro **Marco Aurélio**, o qual recebeu a seguinte ementa:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.(RE 389.808/PR, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11).

Segundo a posição que prevaleceu na Corte, por maioria, o acesso pelo Fisco dos dados bancários do contribuinte constituía matéria sujeita à reserva de jurisdição. Alguns posicionamentos sintetizam a conclusão obtida.

O Ministro **Marco Aurélio**, Relator do feito, salientou que, nos autos da Pet nº 3.898, ficou assentado que “nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado”, e rememorou Sua Excelência que a Receita Federal é órgão subordinado ao Ministério da Fazenda. Apontou, ainda, que a Corte, nos autos do RE nº 461.366-2/DF, não reconheceu ao Banco Central, órgão com atuação fiscalizadora, a possibilidade de acessar dados de correntista, e categorizou a Receita Federal como órgão “fiscalista por excelência”, o que a afastaria, ainda mais, do acesso aos dados bancários dos contribuintes.

O Ministro **Celso de Mello** destacou que o sigilo bancário possui assento constitucional, pois protege a esfera de *intimidade financeira* das pessoas e se manifestou no sentido de que “a **pretensão estatal** voltada à *disclosure* das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações - *já estruturalmente tão desiguais* - existentes entre o Estado e o indivíduo”.

O Ministro **Cezar Peluso**, por seu turno, salientou que essa conclusão “em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise”.

Por outro lado, iniciei a divergência, para destacar que o § 1º do art. 145 da CF/88 dispõe, em síntese, que a administração tributária poderá “identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos **termos da lei**, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. E concluí que a lei em questão se mostrava consentânea com os direitos dos cidadãos, **uma vez que previa a manutenção do sigilo**.

No mesmo sentido, votou a Ministra **Cármem Lúcia** – que se manifestou pela ausência de quebra da privacidade, “uma vez que não [se] está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados”. Também na mesma direção, se posicionou o Ministro **Ayres Britto**, que destacou:

“[A] conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.”

Apontadas as distintas perspectivas em que se pôs, até aqui, a discussão do tema nesta Corte, tenho por relevante, nos presentes feitos, abordar em separado dois elementos que refletem, em essência, minha compreensão quanto ao tema: (i) a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental (notadamente de violação à intimidade), pois não há “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação daquele direito; e (ii) a confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar), esses últimos com espeque, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A) MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DO SIGILO BANCÁRIO AO SIGILO FISCAL.

Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.

Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados”.

A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistente nos dispositivos impugnados, que consagram, de modo expreso, a permanência do sigilo das informações obtidas com espeque em seus comandos. É o que expressam o § 5º do art. 5º e o parágrafo único do art. 6º. **Vide** a íntegra dos dispositivos citados:

“Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º Recebidas às informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º **As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.**

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo **serão conservados em sigilo**, observada a legislação tributária.”

Soma-se a isso o art. 10 da própria lei complementar, que estabelece que **a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime**, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, a lei fixa, no art. 11, **a responsabilização civil do servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar”**, respondendo **“pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”**.

A determinação de sigilo se estende, ainda, pela legislação tributária, apontada nos dispositivos questionados.

Observe-se que o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percuciente definição da eminente Ministra **Ellen Gracie**, exposta durante o julgamento da AC nº 33, **“o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transfêrencia de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”**.

Nessa transmutação, importa salientar que inexistente qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade. Conforme apontei nos autos do RE nº 389.808/PR,

“não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.”.

Trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo.

Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, **não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco**. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade.

Para essa conclusão, vale recordar o real intuito da proteção constitucional à privacidade, prevista no art. 5º, X, da CF/88 (“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”).

Na lição de Ada Pellegrini Grinover,

“[o] direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; **por outro lado, o direito à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador**” (GRINOVER, apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43. PELLEGRINI, Ada. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo, 1976).

Nesse sentido, o conhecimento da notícia, do dado, da informação não implica, por si, que haja violação da privacidade, desde que: 1) não seja seguido de divulgação; 2) for do domínio apenas de quem legitimamente o detenha.

E é nisso que reside o chamado ‘sigilo fiscal’: o Fisco, é certo, detém ampla informação relativa “[a]o patrimônio, [a]os rendimentos e [à]s atividades econômicas do contribuinte” (art. 145, § 1º, da CF/88), e tem, em contrapartida, o dever de sobre ela silenciar (no sentido de não proceder à divulgação); permanecendo-lhe legítimo utilizar os dados para o fim de exercer os comandos constitucionais que lhe impõem a tributação.

E, enquanto a atividade do Fisco se desenvolver sob esses limites (sigilo e utilização devida), está respaldada pela previsão constitucional inserta no art. 145, § 1º, da CF/88:

“Art. 145. (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”.

Ilustro a legitimidade do Fisco para deter a informação bancária dos contribuintes, retomando o que disse no julgamento do RE nº 389.808/PR: qual o conjunto maior de patrimônio que detém o cidadão? Seus bens, que são – por imposição legal, não por ordem judicial – obrigatoriamente declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

E, se a Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens, por que ela não poderia ter acesso – também sem autorização judicial e desde que “respeitados os direitos individuais” – ao conjunto menor?

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/01 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista.

Esse resguardo se torna evidente com a leitura sistemática da LC nº 105/01, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco.

O primeiro elemento que evidencia esse conjunto protetivo do cidadão é o sigilo fiscal: conforme já mencionado neste voto, os dados obtidos perante as instituições financeiras são mantidos em sigilo (art. 5º, § 5º, e art. 6º, parágrafo único), tanto que os servidores

responsáveis por eventual extravasamento dessas informações devem ser responsabilizados administrativa e criminalmente (arts. 10 e 11).

Em seguida, pode-se observar o desenvolvimento paulatino da atuação fiscalizatória, que se inicia com meios menos gravosos ao contribuinte: é que a **natureza das informações acessadas pelo Fisco na forma do art. 5º da lei complementar é, inicialmente, bastante restrita, limitando-se**, conforme dispõe o seu § 2º, à **identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”**.

Perceba-se, pois, que, com base nesse dispositivo, a **Administração tem acesso apenas a dados genéricos e cadastrais dos correntistas**. Essas informações obtidas na forma do art. 5º da LC são cruzadas com os dados fornecidos anualmente pelas próprias pessoas físicas e jurídicas via declaração anual de imposto de renda, **de modo que tais informações já não são, a rigor, sigilosas**.

Apenas se, no cotejo dessas informações, forem “detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos” (§ 4º do art. 5º).

Em tal caso, para o exame mais acurado das informações financeiras por autoridades e agentes fiscais tributários, a LC 105, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer: a **existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa**.

Além, portanto, de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco requer a existência de processo administrativo (ou procedimento fiscal), o que, por si, atrai, ainda, para o contribuinte, todas as garantias da Lei nº 9.784/99 – dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público (art. 2º, **caput**, da Lei 9.784/99) –, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal.

O mesmo se diga quanto aos decretos regulamentadores dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009), que tão somente densificaram essas previsões normativas, com reforço ao dever de sigilo já imposto na lei complementar.

Percebe-se, pois, a impropriedade do argumento dos autores destas ações de que a Lei Complementar 105/2001, e seus decretos regulamentadores, promoveriam uma “devassa” na vida financeira dos contribuintes. Ao contrário, foram respeitados os direitos e as garantias individuais dos contribuintes, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, atendendo, destarte, ao princípio da razoabilidade.

Tenho, por tudo quanto foi exposto, que os arts. 5º e 6º da LC nº 105/01, além de não violarem qualquer garantia constitucional, representam o próprio cumprimento dos comandos constitucionais direcionados ao Fisco, bem como dos comandos dirigidos aos cidadãos, na relação tributária que os une. É o que passo a expor.

B) A CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS DEVERES DO FISCO (O DEVER DE BEM TRIBUTAR E FISCALIZAR)

Por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual tem, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação.

A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, **no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental**.

A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra **demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental**.

Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestações que demandam recursos públicos. O autor disserta:

“Enfim, não se faz necessário um profundo esforço intelectual para se compreender a importância do dever fundamental de pagar tributos, pois sem ele a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, uma vez que não é possível pensar uma sociedade organizada sem que existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização, exceto se o exemplo pensado for uma sociedade na qual os bens de produção estejam concentrados nas mãos do próprio Estado.

Esse dever fundamental se torna mais significativo quando a sociedade se organiza sob as características do denominado Estado Social, pois esse modelo tem como norte garantir a todos uma existência digna, e isso passa, especialmente, pela realização dos denominados direitos sociais, econômicos e culturais, o que demanda uma gama expressiva de recursos.

(...)

Dentro do modelo do Estado Social, a tributação ocupa um papel de fundamental importância, porque é esse modelo de Estado que tem o dever de assegurar os direitos fundamentais, sendo que tais direitos são mais necessários aos menos providos da capacidade de contribuir para com a coletividade” (BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009. p. 91).

O tributo corresponde, pois, à contribuição de cada cidadão para a manutenção do Estado e, conseqüentemente, para a realização de atividades que assegurem os direitos fundamentais – notadamente os direitos daqueles que possuem menos condições de contribuir financeiramente com o Estado.

Tendo isso em conta, José Casalta Nabais ressalta que o imposto não deve ser encarado como mero exercício de poder pelo Estado, ou como um sacrifício pelo cidadão, mas como **“contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal**. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte” (**O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679, grifo nosso).

Nesse quadro, **evidencia-se a natureza solidária do tributo**, o qual é devido pelo cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade,

com a qual tem o dever de contribuir. **O dever fundamental de pagar tributos está, pois, alicerçado na ideia de solidariedade social.** Consoante aduz Marciano Buffon,

“o liame da solidariedade é o fundamento que justifica e legitima o dever fundamental de pagar tributos, haja vista que esse dever corresponde a uma decorrência inafastável de se pertencer a uma sociedade” (p. 99).

A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão.

Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão.

Sendo o pagamento de tributos, no Brasil, um dever fundamental, por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais, **é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal.**

Em 2015, a sonegação fiscal no país ultrapassou a marca dos R\$ 420 bilhões, valor estimado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda (SINPROFAZ) ainda no mês de outubro daquele ano, conforme noticiou o portal Estadão, em 22 de outubro de 2015. Segundo o editorial, esse valor equivale a 13 (treze) vezes o valor que o governo pretende arrecadar com a volta da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira.

Notícia publicada no portal Valor Econômico, em 9 de novembro de 2013, apontou que, segundo levantamento realizado pelo grupo internacional *Tax Justice Network*, com base em dados de 2011 do Banco Mundial, o Brasil só perde para a Rússia no ranking mundial da sonegação fiscal.

Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), em 2009, traçou um diagnóstico acerca da sonegação fiscal em nosso país, a qual já era expressiva à época, mas menor que nos dias atuais. As conclusões foram, em síntese, as seguintes:

“- Sonegação das empresas brasileiras vem diminuindo, **mas ainda corresponde a 25% do seu faturamento;**

- Em 2000 o índice de sonegação era de 32% e em 2004 era de 39%;

- Faturamento não declarado é de R\$ 1,32 trilhão;

- Tributos sonegados pelas empresas somam R\$ 200 bilhões por ano;

- **Somados aos tributos sonegados pelas pessoas físicas, sonegação fiscal no Brasil atinge 9% do PIB;**

- **Cruzamento de informações, retenção de tributos e fiscalização mais efetiva são os principais responsáveis pela queda**

da sonegação;

- Contribuição Previdenciária (INSS) é o tributo mais sonegado, seguida do ICMS e do Imposto de Renda;

- **Indícios de sonegação estão presentes em 65% das empresas de pequeno porte, 49% das empresas de médio porte e 27% das grandes empresas;**

- Em valores, a sonegação é maior no setor industrial, seguido das empresas do comércio e das prestadoras de serviços;

- Com os novos sistemas de controles fiscais, em 5 anos o Brasil terá o menor índice de sonegação empresarial da América Latina e em 10 anos índice comparado ao dos países desenvolvidos.”

A sonegação fiscal gera uma série de consequências danosas para a sociedade.

A sonegação determina drástica redução da receita pública, o que impacta negativamente na prestação de serviços essenciais pelo Estado e, consequentemente, na concretização de direitos fundamentais sociais, tais como educação, saúde e assistência e previdência sociais. Quanto a esse aspecto, José Paulo Baltazar Junior assinala:

“De lembrar, nesse ponto, que vivemos em um Estado social de direito, e o interesse do Estado, ao tributar, não se esgota na arrecadação, mas transcende para a aplicação dos recursos auferidos, até mesmo para a concretização dos direitos fundamentais sociais, como a saúde, a educação, a assistência e a previdência sociais, os quais são direitos a prestações concretas, que demandam ação, e não mera omissão do estado e portanto, dependem da existência de recursos para a sua efetivação” (**Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

Ademais, a prática em referência inviabiliza a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

No estado fiscal, em que os cidadãos estão ligados por um liame de solidariedade, do qual decorre um dever de contribuir financeiramente para o funcionamento do Estado, o cidadão detém o direito de que todos os demais contribuintes paguem o tributo devido, de modo que haja uma distribuição justa dos encargos financeiros.

A sonegação fiscal subverte essa lógica, visto que, embora a arrecadação possa ser menor que a esperada, as necessidades de caixa do governo jamais diminuem, o que redundará em aumento da carga tributária.

Segundo expõe Joana Marta Onofre de Araújo, em dissertação de mestrado, a sonegação gera uma distribuição desigual da carga tributária, visto que os custos dessa prática tendem a ser redirecionados, vindo a recair sobre a classe de trabalhadores tributada na fonte (**A legitimação do tributo como pressuposto para a concretização do Estado Social**. Fortaleza, 2012).

Nesse cenário, **importa destacar que o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001** se mostra de extrema significância **ao efetivo combate à sonegação fiscal no país.**

Consoante observou o Procurador-Geral da República, no parecer oferecido na ADI 4.010, cuja cópia foi juntada à ADI nº 2390, sem o mecanismo em referência, seria

“inviável à administração tributária aferir a real disponibilidade patrimonial e financeira do contribuinte. Num país continental, torna-se economicamente insustentável e até mesmo impossível equipar a administração tributária para fiscalizar todos os contribuintes em tempo real”.

A Ministra **Cármen Lúcia**, no julgamento do RE nº 389.808, também assinalou a necessidade do compartilhamento de dados

bancários com o Fisco para que o Estado cumpra seu papel de agente fiscalizador:

“Também acho que não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da Administração Fazendária, e até ao Direito Penal, nos casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são.”

O entendimento aqui defendido é corroborado pelo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) mencionado acima, **que atestou que o cruzamento de informações é um dos principais responsáveis pela queda da sonegação, o que confirma a imprescindibilidade da aplicação das normas ora questionadas.**

Outrossim, Saldanha Sanches e Tabora da Gama destacam que, **nos sistemas em que o pagamento de impostos é baseado na declaração do próprio contribuinte, como é o caso do Imposto de Renda no Brasil, a impossibilidade de acesso às movimentações bancárias do cidadão equivale a estabelecer quase uma presunção absoluta da veracidade desta declaração, visto que não há outra forma de aferir a veracidade das informações** (Sigilo bancário: crônica de uma morte anunciada. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes e GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Sigilos Bancário e Fiscal**. Belo Horizonte: Fórum, 2001).

Ressalta-se, ainda, que o acesso às informações bancárias pela Administração é relevante não só para coibir os casos de sonegação fiscal, mas também para o combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e às condutas caracterizadoras de concorrência desleal. Mais recentemente, tem-se mostrado instrumento essencial no combate à corrupção no país e aos crimes de lavagem de dinheiro, dentre tantos outros delitos.

Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo.

Com efeito, o Brasil é membro do Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE) no âmbito das ações voltadas ao combate à concorrência fiscal danosa gerada pelos paraísos fiscais.

Os motivos que levaram à criação do órgão remontam à elaboração pela OCDE, em 1988, do relatório denominado *“Harmful Tax Competition - an Emerging Global Issue”*. Esse relatório especificou as práticas observadas em determinados países que poderiam ser vistas como indícios de concorrência fiscal prejudicial, constando dentre elas **a ausência de transparência e a restrição à obtenção de informações em nome do contribuinte.**

Todos os países do G20 aderiram ao fórum global, que, atualmente, conta com 127 (cento e vinte e sete) membros, segundo informação do portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda.

Em síntese, o Fórum estabelece padrões internacionais de transparência e de troca de informações na área tributária, com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias – especialmente por meio do combate aos paraísos fiscais –, assim como o cometimento de atos ilícitos, por pessoas ou empresas, por meio de transações internacionais. A partir desses padrões, o Fórum monitora o nível de transparência desses países em matéria fiscal.

No âmbito do Fórum, a avaliação do nível de transparência dos países ocorre por meio de um processo de revisão pelos pares (*peer review*), o qual é dividido em duas fases. Na fase 1, **é avaliada a estrutura das leis e da regulação de cada jurisdição associada ao Fórum, a fim de verificar sua compatibilidade aos padrões internacionais de transparência** estabelecidos no termo de referência. Na fase 2, analisa-se a implementação prática dos instrumentos indicados na fase anterior. **São avaliados a) se a informação é disponível e acessível pelas autoridades na prática; e b) se a informação é realmente compartilhada em tempo hábil.**

Segundo informa o portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, o Brasil foi avaliado, quanto à fase 1, no 1º semestre de 2011, e quanto à fase 2, teve relatório aprovado em julho de 2013. A partir de 2016, os países serão reavaliados, estando a reavaliação do Brasil prevista para 2018.

Em julho de 2014, foi desenvolvido um padrão global para o intercâmbio automático de informações para fins tributários (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*), **o qual insta as jurisdições a obter informações perante instituições financeiras e disponibilizá-las automaticamente a outras jurisdições anualmente**, conforme definição obtida no portal da OCDE:

“G20 Leaders at their meeting in September 2013 fully endorsed the OECD proposal for a truly global model for automatic exchange of information and invited the OECD, working with G20 countries, to develop such a new single standard for automatic exchange of information, including the technical modalities, to better fight tax evasion and ensure tax compliance.

The Standard, developed in response to the G20 request and approved by the OECD Council on 15 July 2014, calls on jurisdictions to obtain information from their financial institutions and automatically exchange that information with other jurisdictions on an annual basis. It sets out the financial account information to be exchanged, the financial institutions required to report, the different types of accounts and taxpayers covered, as well as common due diligence procedures to be followed by financial institutions.”

O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global, a adotar esse padrão a partir de 2018, de modo que não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena, inclusive, de descumprimento de seus compromissos internacionais.

Destaco que na VI Cúpula do BRICS, ocorrida em julho de 2014, o Brasil renovou o compromisso de cooperação nos foros internacionais voltados ao intercâmbio de informações em matéria tributária, conforme consta do item 17 da Declaração de Fortaleza:

“17. Acreditamos que o desenvolvimento sustentável e o crescimento econômico serão facilitados pela tributação dos rendimentos gerados nas jurisdições onde a atividade econômica transcorre. Manifestamos nossa preocupação com o impacto negativo da evasão tributária, fraude transnacional e planejamento tributário agressivo na economia global. Estamos cientes dos desafios criados pelo planejamento tributário agressivo e práticas de não cumprimento de normas. Afirmamos, portanto, nosso compromisso em dar continuidade a um enfoque cooperativo nas questões relacionadas à administração tributária e aprimorar a cooperação nos foros internacionais devotados à questão da erosão da base tributária e intercâmbio de informação para efeitos tributários. Instruímos também nossas autoridades competentes a explorar formas de reforçar a cooperação

na área aduaneira.”

Esses movimentos de cooperação internacional para a troca de informações para fins tributários evidenciam que **o compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias é uma tendência internacional.**

De fato, conforme esclarece Carlos Alberto Habström, a previsão do art. 5º da LC 105/2001 não é uma inovação do Direito Brasileiro, visto que normas semelhantes foram adotadas, por exemplo, nos Estados Unidos, na Argentina, na Itália, na Espanha e na Austrália:

“A justificativa do projeto de lei que resultou neste artigo da LC 105 oferece, como se verá adiante, informações sobre a **legislação norte-americana que efetivamente exige dos bancos, dentre outras coisas, a comunicação à administração tributária (no caso à repartição do imposto sobre a renda, o *Internal Revenue Service*), mensalmente, das operações superiores a dez mil dólares.**

Exigência semelhante foi adotada pela Argentina, há alguns anos, mediante lei que obrigou os bancos a comunicarem à *Dirección General Impositiva (DGI)*, órgão equivalente à Receita Federal, todas as operações de valor superior a 12 mil dólares.

Na Itália, uma extensa legislação, referente ao imposto sobre a renda e ao IVA (imposto de valor agregado), que começou a ser implantada em 1971, objetivando o combate à evasão fiscal e à lavagem de dinheiro, foi ampliando os poderes da chamada *Amministrazione finanziaria* e derogando o sigilo bancário. **Com a aprovação da Lei nº 413, de 1991, que permitiu a requisição direta de informações e documentos aos bancos, independentemente de certos pressupostos e de formalidade anteriormente exigidas, chegou-se a falar em ‘abolição’ do sigilo bancário.** Nas palavras de Enrico Gianfelici (ob. cit. p. 177), as mudanças introduzidas pela nova lei importam verdadeira eliminação do sigilo bancário perante a Administração tributária, sob o argumento de ser necessário evitar-se que o instituto se transformasse em proteção para a evasão fiscal e para a criminalidade econômica: (....).

O mesmo se poderia dizer da legislação espanhola, adiante mencionada.

Na Austrália, a lei denominada *Financial Transition Reports Act*, de 1988, e legislação posterior, obriga as instituições financeiras a informarem a uma agência especializada (*Australian Transaction Reports and Analysis Centre – AUSTRAC*, equivalente ao COAF, no Brasil) operações relevantes em dinheiro – *significant cash transactions*, expressão que designa as operações de transferência de moeda (pagamentos, ordens de crédito, etc) em valor igual ou superior a dez mil dólares australianos. As informações obtidas pelo AUSTRAC podem ter acesso a administração tributária (*Australian Taxation Office*), a agência alfandegária (*Australian Customs Service*), o Procurador-Geral do país, para fins de colaboração internacional, nos termos de lei específica (*Mutual Assistance in Criminal Matters Act*), e, ainda, outras autoridades (*law enforcement agencies*)” (Comentários à Lei de Sigilo Bancário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009).

O autor em referência observa que tais legislações se inserem **num quadro que compreende não só o enfrentamento da evasão fiscal, mas também o combate a práticas criminosas que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita, tais como o narcotráfico, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o terrorismo.**

Considerando o cenário internacional aqui exposto, fica claro que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 poderia representar um retrocesso de nosso país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma série de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita.

Tenho, por tudo quanto abordado no presente tópico, que a atuação fiscalizatória traçada nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 e em seus decretos regulamentadores (Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002) não encerra inconstitucionalidade; ao contrário, retrata o pleno cumprimento dos comandos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos nessa seara pela República Federativa do Brasil.

4 - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001

Quanto à impugnação ao art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, esclareço que os referidos dispositivos se referem ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detém informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Rememoro o teor dos dispositivos:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Executam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.”

Os preceitos impugnados autorizam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertence a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se refere a informação.

Destaco que o § 2º exige a instauração de processo administrativo para esse compartilhamento (o que atrai o respectivo regramento), além de determinar que a entrega das informações seja feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, de modo a assegurar a preservação do sigilo.

Mais uma vez, o legislador preocupou-se em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Nota-se, diante de tais cautelas da lei, que não há propriamente quebra de sigilo, **mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública.**

Novamente estamos diante de um mecanismo voltado à satisfação do interesse público primário, visto que destinado à apuração de infrações administrativas.

Saliente-se que a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

Começo por lembrar o art. 13, da Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), que dispõe, em seu *caput*, que

“a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente”; obrigação que, ressalte-se, será “anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função”.

A regulamentação desse dispositivo se deu por meio do Decreto nº 5483/05, que prevê, inclusive, a possibilidade de que os órgãos de controle interno da Administração Pública instaurem procedimento de sindicância patrimonial (ou requeiram sua instauração ao órgão ou autoridade competente) sempre que, na fiscalização das declarações apresentadas, identifique incompatibilidade patrimonial.

A Lei nº 8.730/93, de igual modo, estabelece a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Note-se que a ordem alcança as seguintes autoridades e servidores:

- I - Presidente da República;
- II - Vice-Presidente da República;
- III - Ministros de Estado;
- IV - membros do Congresso Nacional;
- V - membros da Magistratura Federal;
- VI - membros do Ministério Público da União;
- VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.”

Observe-se que cópia da declaração de imposto de renda será remetida ao Tribunal de Contas da União (§ 2º, do art. 1º), que manterá registro dos dados e exercerá o controle da legalidade e da legitimidade desses bens e rendas. A não apresentação dessa declaração (ou a não autorização para que o TCU tenha acesso à Declaração Anual de Bens e Rendimentos apresentada à Receita Federal) implica, conforme seja a autoridade omissa:

“a) crime de responsabilidade, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou

b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.” (art. 3º, parágrafo único, a e b).

A rigor, portanto, já há uma ampla atuação da Administração Pública sobre a esfera de intimidade patrimonial dos seus agentes, justificada pela evidente necessidade de salvaguarda do patrimônio e do interesse públicos.

Trata-se, ademais, de normas intimamente relacionadas ao dever de ética e moralidade que deve pautar o exercício de cargos públicos. O art. 1º, da LC nº 104/01, ora combatido, segue nesse mesmo sentido, já que o acesso aos dados constantes do Fisco poderá ser requerido quando identificada infração administrativa, prática evidentemente contrária àqueles deveres.

Diante disso, reputo constitucional o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001 no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º no art. 198 do CTN.

5 - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 3º, DA LC 105/2001

Por fim, o art. 3º, § 3º, da LC 105/2001, também impugnado neste conjunto de ações, prevê que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários forneçam à Advocacia-Geral da União “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte”. Quanto a esse dispositivo, alega-se que ele violaria a igualdade processual entre as partes, por criar uma espécie de privilégio para a União.

Entendo, no entanto, ser esta uma interpretação equivocada do dispositivo. É que o acesso pelo Fisco aos dados e informações bancárias podem, legitimamente, resultar em notificações dos contribuintes e mesmo em lançamento tributário, situações em que, havendo pretensão resistida, a questão será judicializada. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá à defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido.

Tal previsão, ressalte-se, já é prática recorrente: os órgãos de defesa da União solicitam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. Conforme bem delineado por Carlos Alberto Habström:

“(…) Ora, nos termos daquela legislação, os órgãos jurídicos da Administração Federal estão, hoje – melhor dizendo, talvez, a partir da criação da AGU – estreitamente interligados. É como se formassem um grande departamento administrativo, com divisões ou seções especializadas.

Ora, a maioria das ações ajuizadas contra a União envolvem atos normativos ou administrativos de órgãos da administração direta e indireta, normalmente também integrantes do polo processual passivo. Na prática, como sabe quem quer que tenha algum conhecimento da máquina jurídica federal, em todos esses casos a defesa da União solicita aos órgãos envolvidos subsídios para as contestações.

É nesse contexto que se insere a norma ora comentada. Não há que falar, portanto, em transformação da União em ‘superparte’, privilegiada e avassaladora, caracterizando-se como um excesso de cautela ou de zelo do legislador.

Seja como for, exemplos de hipóteses de aplicação dessa norma são ações como aquelas decorrentes da implantação do PROER a da decretação de regimes especiais em instituições financeiras (liquidação extrajudicial, intervenção ou administração especial temporária).

De modo geral, em ações da espécie estarão em causa informações sobre atividades e operações do BC, da CMV e das instituições financeiras envolvidas. Só por exceção se pode pensar na necessidade de informações sobre operações realizadas por terceiros, sobretudo por clientes. Em princípio, informações dessa natureza só podem vir à tona mediante autorização judicial” (Comentários à Lei de Sigilo Bancário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 2009, p. 348).

De nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a Advocacia-Geral da União, razão pela qual entendo que o art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 é constitucional.

6 - CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço parcialmente da ADI nº 2.859/DF, para (i) **julgar prejudicada** a ação em relação ao Decreto nº 4.545/2002 e (ii) **julgar improcedente** a ação, declarando a constitucionalidade do art. 5º, **caput** e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 105/2001.

Quanto às demais ações (ADI nºs 2390, 2397, e 2386), conheço das ações e as **julgo improcedentes**, declarando a constitucionalidade do 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º; da expressão “do inquérito ou”, contida no art. 1º, § 4º; do art. 3º, § 3º; e dos arts. 5º e 6º, todos da Lei Complementar nº 105/2001; dos Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002, que regulamentam, respectivamente, os arts. 6º e 5º da Lei Complementar nº 105/2001, e do art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º no art. 198 do CTN.

É como voto.

**julgado pendente de conclusão*

Informativo 815

SUMÁRIO

Plenário

- Sigilo e fiscalização tributária - 4
- Sigilo e fiscalização tributária - 5
- Sigilo e fiscalização tributária - 6
- Crime sexual contra vulnerável e titularidade da ação penal - 1
- Crime sexual contra vulnerável e titularidade da ação penal - 2

Repercussão Geral

- Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 5

1ª Turma

- Sequestro de verbas públicas e precatórios - 2
- Inquérito e compartilhamento de provas - 3
- Ação penal e “habeas corpus” de ofício - 4
- Ação penal e “habeas corpus” de ofício - 5

2ª Turma

- Arquivamento de inquérito e procedimento investigatório criminal - 2
- Nomeação de servidor e nepotismo - 2

Clipping do DJe

Transcrições

- Decisão que não conhece ADI - Alegada ofensa à Súmula 677/STF - Natureza e funções da súmula comum do STF - Inexistência de eficácia vinculante - Reclamação inadmissível. (Rcl 21.214-CE)

PLENÁRIO

Sigilo e fiscalização tributária - 4

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de normas federais que possibilitam a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, sem a intermediação do Poder Judiciário (LC 104/2001, art. 1º; LC 105/2001, artigos 1º, § 3º e 4º, 3º, § 3º, 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; Decreto 4.489/2002; e Decreto 4.545/2002) — v. Informativo 814. A Corte afirmou que, relativamente à alegação de inconstitucionalidade da expressão “do

inquérito ou”, contida no § 4º do art. 1º da LC 105/2001, a norma impugnada não cuidaria da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que estaria no cerne das ações diretas. Tratar-se-ia de norma referente à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admitiria a quebra de sigilo bancário, quando presentes indícios de prática criminosa (AC 3.872 AgR/DF, DJe de 13.11.2015; HC 125.585 AgR/PE, DJe de 19.12.2014; Inq 897 AgR/DF, DJU de 24.3.1995). No que tange à impugnação dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, haveria que se consignar a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental, notadamente de ofensa à intimidade. Não haveria “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte — o dever fundamental de pagar tributos — e os deveres do Fisco — o dever de bem tributar e fiscalizar. Esses últimos com fundamento, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, para se falar em “quebra de sigilo bancário” pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expresso, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras — muitas das quais de natureza privada — se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2859)

Sigilo e fiscalização tributária - 5

O Plenário destacou que, em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo — ou procedimento fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 — dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público —, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. De todo modo, por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. Nessa senda, o dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Já quanto à impugnação ao art. 1º da LC 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, o Tribunal asseverou que os dispositivos seriam referentes ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detivesse informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Os preceitos atacados autorizariam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertencesse a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se referisse a informação.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2859)

Sigilo e fiscalização tributária - 6

A Corte asseverou que, no ponto, mais uma vez o legislador teria se preocupado em criar mecanismos que impedissem a

circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Diante das cautelas fixadas na lei, não haveria propriamente quebra de sigilo, mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Em relação ao art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 — a determinar que o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) forneçam à Advocacia-Geral da União (AGU) “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte” —, ressaltou que essa previsão seria prática corrente. Isso se daria porque, de fato, os órgãos de defesa da União solicitariam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. E de nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a AGU. Por fim, julgou parcialmente prejudicada uma das ações, relativamente ao Decreto 4.545/2002. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto para acompanhar o relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conferiam interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, vedado inclusive o compartilhamento de informações. Este só seria possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º da CF, para fins de investigação criminal ou instrução criminal. Nesse sentido, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público, à Polícia Judiciária ou, ainda, ao TCU, as informações que lhe tivessem sido solicitadas.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2859)

Crime sexual contra vulnerável e titularidade da ação penal - 1

O Plenário, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” impetrado com base na suposta ilegitimidade do Ministério Público para intentar ação penal pública contra o paciente, denunciado pela alegada prática, em 2007, do crime de atentado violento ao pudor com violência presumida (CP, art. 214, c/c o art. 224, “a”, na redação originária). No caso, o representante da vítima apresentara requerimento perante a autoridade policial (CP, art. 225, na antiga redação) e ajuizara queixa-crime. Posteriormente, o Ministério Público manifestara-se pela rejeição da queixa por ilegitimidade da parte e oferecera denúncia. A queixa-crime fora, então, rejeitada, e a parte fora admitida como assistente da acusação. Prevaleceu o voto do Ministro Roberto Barroso, no que acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Entendeu que a controvérsia acerca da recepção do art. 225 do CP pela atual ordem constitucional não poderia levar à eventual desproteção da vítima. Em outras palavras, não se poderia, num primeiro momento, declarar a inviabilidade de ação penal privada e, posteriormente, a impossibilidade de ação penal pública, para deixar o bem jurídico violado sem tutela. Assim, necessário interpretar esse dispositivo à luz do art. 227 da CF (“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”). Dessa forma, interpretar o art. 225 do CP de modo a não entender cabível qualquer tipo de sanção em face da conduta perpetrada implicaria negar aplicação ao art. 227 da CF. Necessário, portanto, excepcionar a aplicabilidade da redação antiga do art. 225 do CP para a situação dos autos, tendo em conta a relevância do aludido dispositivo constitucional. O Ministro Luiz Fux ressaltou que eventual juízo de não recepção do art. 225 do CP poderia implicar insegurança jurídica, tendo em conta diversos casos já julgados de acordo com essa norma. Ademais, em relação a possível decadência do direito de ação em hipóteses semelhantes, seria possível concluir que o menor, ao adquirir a maioridade, poderia propor ação penal no que se refere a bem jurídico que lhe dissesse respeito. O Ministro Dias Toffoli salientou que o tema seria delicado por envolver relações e dramas familiares, e que não caberia ao Estado invadir essa problemática. O Ministro Gilmar Mendes frisou o princípio da proteção insuficiente para afirmar que a decisão da Corte não poderia implicar esvaziamento da tutela do bem jurídico no caso concreto.

HC 123971/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 25.2.2016. (HC-123971)

Crime sexual contra vulnerável e titularidade da ação penal - 2

Por sua vez, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber também denegaram a ordem, mas o fizeram com fulcro na não recepção, pela Constituição, do art. 225 do CP, na redação anterior à Lei 12.015/2009, na parte em que estabelecia ser privada a ação penal quando o crime fosse cometido contra criança ou adolescente. O Ministro Edson Fachin apontou que o dispositivo viola o art. 227 da CF. Condicionar o exercício do poder punitivo estatal em crimes graves à iniciativa dos representantes legais de crianças ou adolescentes não cumpriria com o ditame de assegurar a essas pessoas, com prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade. Ademais, a regra nova do preceito penal em comento não retroagiria, uma vez que prevalecia o disposto no art. 100 do CP, desde a entrada em vigor da Constituição. Portanto, a ação penal, na hipótese, sempre seria pública. Além disso, assentou que o princípio da retroatividade de norma penal mais benéfica aplica-se às leis penais, e não a entendimentos jurisprudenciais. Seria possível, contudo, que certo posicionamento tivesse efeitos retroativos apenas se dissesse respeito à tipicidade ou não de determinada conduta, mas, no caso, se cuidaria da legitimidade ativa para

exercício da ação penal. Ainda que essa legitimidade pudesse influir na punibilidade, não se poderia sustentar que alguém tem o direito subjetivo de não ser punido porque, no momento em que praticado o fato, entendia-se que a titularidade da ação penal pertencia a outrem, de acordo com a orientação jurisprudencial dominante à época. Vencidos os Ministros Teori Zavascki (relator), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente), que concediam parcialmente a ordem para reconhecer a ilegitimidade ativa do Ministério Público, com o consequente arquivamento dos autos.

HC 123971/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 25.2.2016. (HC-123971)

REPERCUSSÃO GERAL

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial - 5

O art. 6º da LC 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, porque realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Por sua vez, a Lei 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. Esse o entendimento do Plenário, que em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade — frente ao parâmetro do sigilo bancário — do acesso aos dados bancários por parte de autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem autorização judicial, nos termos dispostos pela LC 105/2001. Debatia-se, ainda, se haveria afronta ao princípio da irretroatividade das leis, quando esses mecanismos são empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo — v. Informativo 814. O Colegiado afirmou não haver dúvidas de que o direito à privacidade ou mesmo à intimidade seriam direitos que teriam base fática e forte conteúdo jurídico. Significa dizer que seriam direitos passíveis de conformação. Não se trataria de pura condição restritiva, mas a própria lei poderia estabelecer determinadas delimitações. Esclareceu que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, visando à Administração Tributária, não padeceria de nenhuma ilegalidade. Por outro lado, o art. 144, § 1º, do CTN imporia que qualquer método de apuração tributária entre em vigor imediatamente, o que afastaria a alegação de retroatividade. Na verdade, o tema ora em debate não seria quebra de sigilo, mas transferência de sigilo para finalidades de natureza eminentemente fiscal. A legislação aplicável garantiria fosse preservada a confidencialidade dos dados, vedado seu repasse a terceiros, estranhos ao próprio Estado, sob pena de responsabilização dos agentes que eventualmente praticassem essa infração. Assim, dados sigilosos de interesse fiscal somente poderiam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados pelo Decreto 3.724/2002, compreendidos os três níveis político-administrativos da Federação. Garante-se, ainda, a imediata notificação do contribuinte, a ele assegurado o acesso aos autos e o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, para que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos da Lei 9.784/1999. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso. Para o Ministro Celso de Mello, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se poderia impor à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público ou, ainda, à Polícia Judiciária as informações que lhe tenham sido solicitadas.

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 24.2.2016. (RE-601314)

PRIMEIRA TURMA

Sequestro de verbas públicas e precatórios - 2

Em conclusão de julgamento, a Primeira Turma, por maioria, reputou improcedente pedido formulado em reclamação ajuizada por Estado-Membro em face de decisão proferida por tribunal de justiça que determinara o sequestro de verbas públicas, na forma do §10 do art. 97 do ADCT. A Corte de origem assentara a liberação intempestiva de receitas para o sistema especial de pagamento de precatórios. Aponta-se, no caso, violação à autoridade do que decidido na ADI 4.357 QO/DF (DJe de 4.8.2015) e na ADI 4.425 QO/DF (DJe de 4.8.2015), em cujo julgamento conjunto fora mantida, temporariamente, a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela EC 62/2009. Segundo arguido, o sequestro de verbas públicas em questão teria ocorrido em hipótese diversa da permitida pelo art. 97 do ADCT — na redação dada pela referida emenda constitucional —, uma vez que não teria havido liberação intempestiva de receitas para o sistema especial de pagamento de precatórios — v. Informativo 807. O Colegiado entendeu que a matéria de fundo não teria sido apreciada pelo STF nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade da EC 62/2009 teria um prazo de sobrevivência de cinco anos, logo, todas as medidas de destinação de percentuais para pagamento de precatórios estariam vigentes. No caso concreto, entretanto, discute-se o rendimento desses percentuais, matéria não debatida quando do julgamento das referidas ADIs. Não haveria, portanto, estrita aderência entre a decisão reclamada e os correspondentes

paradigmas. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto. Vencido o Ministro Edson Fachin (relator), que julgava procedente o pedido formulado.

Rcl 21409/RS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 23.2.2016. (Rcl-21409)

Inquérito e compartilhamento de provas - 3

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, deu provimento a agravo regimental em que se discutia a possibilidade de compartilhar provas colhidas em sede de investigação criminal com inquérito civil público, bem como outras ações decorrentes dos dados resultantes do afastamento do sigilo financeiro e fiscal e dos alusivos à interceptação telefônica — v. Informativos 780 e 803. O Colegiado, ao assentar a viabilidade do compartilhamento de provas, reiterou o que decidido no Inq 2.424 QO-QO/RJ (DJe de 24.8.2007) e na Pet 3.683 QO/MG (DJe de 20.2.2009), no sentido de que “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova”. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao agravo regimental. O relator afirmava que, em face do contido no art. 5º, XII, da CF, não se poderia estender o afastamento do sigilo a situações concretas não previstas. Já o Ministro Edson Fachin destacava que o compartilhamento de provas não seria, peremptoriamente, vedado, porém sua regularidade deveria ser examinada de acordo com o caso concreto.

Inq 3305 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 23.2.2016. (Inq-3305)

Ação penal e “habeas corpus” de ofício - 4

Em conclusão de julgamento, a Primeira Turma, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de conceder “habeas corpus”, de ofício, para trancar ação penal por ausência de justa causa. No caso, delegado de polícia, hoje parlamentar, teria autorizado o pagamento de diárias a policial para viagens oficiais não realizadas. O juízo recebera a denúncia referente ao crime de peculato apenas em relação à policial. O tribunal provera recurso do “Parquet” para dar prosseguimento à ação penal relativamente ao então delegado. Em seguida, diplomado deputado, os autos vieram ao STF. Instado a se pronunciar, o Procurador-Geral da República deixara de ratificar a denúncia e requirera o arquivamento por entender ausente o dolo do acusado, o que afastaria a justa causa da ação penal — v. Informativos 797 e 802. A Turma observou que a alteração da competência inicial em face de posterior diplomação do réu não invalidaria os atos regularmente praticados e o feito deveria prosseguir da fase em que se encontrasse, em homenagem, ao princípio “tempus regit actum”. Ressaltou que a denúncia teria sido regularmente recebida pelo então juízo natural. Não caberia, portanto, a ratificação da peça, o novo oferecimento e consequentemente a renovação do ato de recebimento. Por outro lado, o pedido de arquivamento também não seria possível neste momento processual, na medida em que o titular da ação penal na origem exercera regularmente o recebimento da denúncia. Entretanto, não se poderia extirpar o direito de o Procurador-Geral da República não querer encampar a acusação.

AP 905 QO/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 23.2.2016. (AP- 905)

Ação penal e “habeas corpus” de ofício - 5

Além disso, o STF não estaria vinculado ao recebimento da denúncia pelo juízo de 1º grau. Todavia, seria processualmente adequado o exame de eventual concessão de “habeas corpus” de ofício com base na manifestação do Procurador-Geral da República. Frisou que a orientação jurisprudencial do Tribunal seria no sentido de que o trancamento de ação penal pela via do “habeas corpus” só seria cabível quando estivessem comprovadas, desde logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Assinalou que o Procurador-Geral da República concluiria pela falta de justa causa. Constatou não haver nos autos prova do dolo efetivo do acusado. Haveria, na denúncia, um conjunto relevante de depoimentos, no sentido de que o réu, como delegado chefe, cumpriria função puramente burocrática. A atribuição de autorização do pagamento das diárias seria, efetivamente, do chefe imediato da policial. Assim, o parlamentar estaria sendo submetido a processo penal apenas pela sua posição hierárquica, sem nenhum tipo de envolvimento direto com os fatos. Vencido Ministro Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber, que entendiam não ser cabível o implemento da ordem de ofício à falta de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

AP 905 QO/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 23.2.2016. (AP- 905)

SEGUNDA TURMA

Arquivamento de inquérito e procedimento investigatório criminal - 2

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma, ante o empate na votação (RISTF, art. 150, § 3º), deu provimento a agravo regimental e acolheu pedido formulado em reclamação, para determinar o trancamento de procedimento investigatório criminal. Apontava-se a ilegitimidade da instauração do referido procedimento por parte do Ministério Público estadual para apurar os mesmos fatos objeto do Inq 3.738/SP, que fora previamente arquivado no STF — v. Informativo 809. Prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes. Afirmou que, em tese, a situação em comento se enquadraria na hipótese de cabimento da reclamação perante o STF, na forma do art. 102, I, “I”, da CF. Assim, de acordo com o art. 18 do CPP, após o arquivamento

do inquérito por falta de provas, poder-se-ia proceder a novas pesquisas se de outras provas houvesse notícia. Por outro lado, a reabertura da investigação não poderia decorrer da simples mudança de opinião ou reavaliação da situação. Seria indispensável que houvesse novas provas ou, ao menos, novas linhas de investigação em perspectiva. Não seria possível, ademais, a reabertura de investigações para aprofundar linhas investigativas já disponíveis para exploração anterior. No vertente caso, contudo, teria havido a simples reabertura de investigação arquivada a pedido do PGR. Os fatos estariam inseridos no contexto de irregularidades que foram objeto original do Inq 3.738/SP. O Ministro Dias Toffoli acresceu que a instauração do referido procedimento em âmbito estadual se qualificaria como ato de persecução criminal. Além disso, os fatos objeto dos distintos procedimentos seriam os mesmos, bem assim seriam idênticos os panoramas probatórios. A única distinção seria um acréscimo na capitulação legal dos fatos e uma tentativa de ampliar o período de investigação. Por fim, as supostas novas provas a embasar o procedimento seriam elementos de informação contidos em inquérito civil, que fora trancado por envolver detentor de prerrogativa de foro perante o STF e por possuir características de investigação criminal, o que tornaria esses elementos de informação provas ilícitas. Em divergência, os Ministros Teori Zavascki (relator) e Cármen Lúcia negavam provimento ao agravo. Asseveravam não caber reclamação para se verificar se novas provas são hábeis a ensejar a reabertura de investigação cujo arquivamento fora determinado pelo STF. Além disso, não se trataria de persecução penal propriamente dita, mas somente tomada de providências no âmbito do Ministério Público estadual, fato que não implicaria ofensa à autoridade da decisão pelo arquivamento do Inq 3.738/SP.

Rcl 20132/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, 23.2.2016. (Rcl-20132)

Nomeação de servidor e nepotismo - 2

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma, por maioria, reputou improcedente pedido formulado em reclamação na qual se discutia a prática de nepotismo em face de nomeação de servidor público. No caso, servidor público teria sido nomeado para ocupar o cargo de assessor de controle externo de tribunal de contas de Município. Nesse mesmo órgão, seu tio, parente em linha colateral de 3º grau, já exerceria o cargo de assessor-chefe de gabinete de determinado conselheiro — v. Informativo 796. A Turma observou que não haveria nos autos elementos objetivos a configurar o nepotismo, uma vez que a incompatibilidade dessa prática com o art. 37, “caput”, da CF não decorreria diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento fosse direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém com potencial de interferir no processo de seleção. Assim, em alguma medida, violaria o princípio da impessoalidade — princípio que se pretendia conferir efetividade com a edição do Enunciado 13 da Súmula Vinculante — vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público somente em razão da existência de relação de parentesco com servidor que não tivesse competência para selecioná-lo ou nomeá-lo para o cargo de chefia, direção ou assessoramento pleiteado, ou que não exercesse ascendência hierárquica sobre aquele que possuísse essa competência. Ressaltou que, na espécie, não haveria qualquer alegação de designações recíprocas mediante ajuste. Além disso, seria incontroversa a ausência de relação de parentesco entre a autoridade nomeante — conselheiro do tribunal de contas — e a pessoa designada. Ademais, ao se analisar a estrutura administrativa da Corte de Contas não se verificara a existência de hierarquia entre os cargos de chefe de gabinete da presidência e de assessor de controle externo. Vencido o Ministro Gilmar Mendes (relator).

Rcl 18564/SP, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/o acórdão Min. Dias Toffoli, 23.2.2016. (Rcl-18564)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	24.2.2016	25.2.2016	6
1ª Turma	23.2.2016	—	214
2ª Turma	23.2.2016	—	207

CLIPPING DO DJE

22 a 26 de fevereiro de 2016

AG. REG. NA SS N. 5.028-AM

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DESNECESSIDADE SUPERVENIENTE DA CONTRATAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. EFEITO MULTIPLICADOR. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A CONTRACAUTELA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

II – Decisão agravada que deferiu o pedido de contracautela diante da comprovação da alegada lesão à ordem e à economia públicas.

III – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possuem direito à nomeação. Precedente.

- IV – O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, no âmbito de ação direta, declarou a inconstitucionalidade da Lei 3.437/2009, que criou o Subcomando de Pronto Atendimento e Resgate SUBPAR.
- V – A lei estadual declarada inconstitucional pelo TJAM e as vagas ofertadas no Edital 001/2009-CBMAM, que regeu o certame para o provimento de diversos cargos do quadro de saúde do Corpo de Bombeiros, possuem evidente e íntima vinculação.
- VI – O caso se amolda ao que foi decidido no julgamento do RE 598.099/MS, que deixou claro que, em situações excepcionais, a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital pode não ser observada.
- VII – O interesse privado dos candidatos, de serem nomeados para os cargos que deixaram de ser necessários para a Administração, não deve se sobrepor ao interesse público constante na contratação definitiva de pessoal pela Administração apenas nas situações em que sejam comprovadamente indispensáveis.
- VIII – Risco de ocorrência do efeito multiplicador da medida judicial evidenciado.
- IX – O argumento no sentido de que a Administração Pública deveria encontrar solução semelhante àquela disposta no § 3º do art. 41 da Constituição Federal, com o seu aproveitamento em outro cargo público, não pode ser sopesado e apreciado na estreita via da suspensão de liminar, nos termos do art. 15 da Lei 12.016/2009.
- X – Agravo regimental a que se nega provimento.

EMB. DECL. NOS EMB. DIV. NO AG. REG. NO ARE N. 841.351-SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada. **Embargos de declaração em embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte, para apreciação conjunta com idêntico recurso interposto pela parte contrária.** Não atendimento aos requisitos processuais de admissibilidade. Inovação recursal indevida.

1. A ausência de similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e os paradigmas de divergência invocados obsta o seguimento do recurso de embargos de divergência, não ficando tal requisito superado pela simples existência de pontos em comum.
2. Não se conhece da alegação suscitada somente em agravo regimental e/ou fora do momento oportuno, uma vez que constitui indevida inovação recursal.
3. O Plenário da Corte, no julgamento do ARE nº 650.932/SP, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo ao prazo prescricional aplicável às ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho antes do advento da Emenda Constitucional 45/2004, dado o caráter infraconstitucional da matéria.
4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a parte deve impugnar, na petição de agravo regimental, os fundamentos da decisão agravada, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula nº 284/STF.
5. A simples interposição de agravo regimental, ainda que o recurso tenha sido considerado manifestamente inadmissível, não implica a má-fé do recorrente. Ausentes evidências de intuito protelatório, não há razão para aplicação das sanções previstas na legislação processual civil.

6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravos regimentais não providos.

Ext. N. 1.346-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Extradição executória. Governo da Espanha. Pedido instruído com os documentos necessários a sua análise. Atendimento aos requisitos da Lei nº 6.815/80 e do Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 99.340/90. Crimes de “estafa”, em continuidade delitiva, e de falsificação de documento comercial (Código Penal espanhol, arts. 251 e 392), em concurso material. Dupla tipicidade. Reconhecimento. Equivalência aos tipos penais de estelionato e de falsificação de documento particular (arts. 171 e 298 do Código Penal). Pena conglobada. Inexistência de individualização das penas aplicadas aos crimes de estafa e falso, bem como de discriminação do acréscimo decorrente da continuidade delitiva. Impossibilidade de se calcular a prescrição pela pena isoladamente imposta a cada crime (art. 119, CP, e Súmula nº 497 STF). Prevalência da interpretação mais favorável ao extraditando, tomando-se por parâmetro a pena mínima cominada ao crime pela legislação alienígena e ao seu equivalente no Código Penal brasileiro. Precedentes. Prescrição da pretensão executória do crime de falso. Ocorrência. Impossibilidade de extradição em relação a esse delito. Reexame de fatos subjacentes à condenação. Impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Precedentes. União estável do extraditando com brasileira. Irrelevância. Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal. Supostos problemas de saúde do extraditando. Fato que não impede a extradição. Hipótese, quando muito, de mero adiamento de sua entrega ao Estado requerente. Pedido deferido, em parte, para a execução da pena imposta pela prática de “um crime continuado de estafa” (estelionato). Detração do tempo de prisão a que o extraditando tiver sido submetido no Brasil (art. 91, II, da Lei nº 6.815/80).*

1. O pedido formulado pelo Governo da Espanha foi instruído com a decisão condenatória, certidão de seu trânsito em julgado e a ordem de prisão expedida em desfavor do extraditando, havendo indicações seguras a respeito da sua identidade, bem como do local, da data, da natureza, das circunstâncias e da qualificação jurídica dos fatos delituosos. Portanto, em perfeita consonância com o art. IX do Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha e o art. 80, **caput**, da Lei nº 6.815/80.
2. Os crimes imputados ao extraditando – estafa e falsificação de documento comercial - tipificam, no Brasil, os delitos de estelionato e de falsificação de documento particular (arts. 171 e 298 do CP), satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, II, da Lei nº 6.815/80.
3. As penas impostas ao extraditando foram fixadas de maneira conglobada, sem a individualização das penas aplicadas aos crimes de estafa e falso e sem que fosse discriminado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, a impossibilitar que o cálculo da prescrição da pretensão executória tenha por base a pena isoladamente imposta a cada crime (art. 119, CP, e Súmula nº 497 STF).
4. Nesse contexto, há que se optar pela interpretação mais favorável ao extraditando, tomando-se por parâmetro a pena mínima cominada ao crime pela legislação alienígena e ao seu equivalente no Código Penal brasileiro.
5. Sob a óptica da legislação brasileira, a pena mínima cominada aos crimes de estelionato e de falsificação de documento particular é de 1 (um) ano de reclusão (arts. 171 e 298, CP), cuja prescrição se verifica em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, lapso temporal que não decorreu entre a data do trânsito em julgado da condenação e a data do protocolo, no Supremo Tribunal Federal, do pedido de extensão da extradição.
6. Por sua vez, o Código Penal espanhol comina ao crime de burla, na modalidade imputada ao extraditando, a pena mínima de 1 (um) ano de prisão (art. 251), cuja prescrição da pretensão executória se verifica em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 133 daquele diploma legal.
7. O Código Penal espanhol comina ao crime de falsificação de documentos “oficiais e comerciais” a pena mínima de 6 (seis) meses de prisão (art. 392), cuja prescrição da pretensão executória se verifica em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 133 daquele diploma legal.
8. Ocorre que essa mesma pena, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal brasileiro, com a redação vigente à época dos fatos, prescreve em 2 (dois) anos.
9. Logo, em relação ao crime de falsificação de documento comercial, operou-se, à luz da legislação brasileira, a prescrição da pretensão executória.
10. É irrelevante, para fins de extradição, o fato de o extraditando viver em união estável com brasileira, nos termos da Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal, que é compatível com a Constituição Federal. Precedentes.
11. O estado de saúde do estrangeiro não é óbice à extradição. Precedentes.
12. No caso de grave enfermidade que coloque em risco a vida do extraditando, poderá, eventualmente, ser adiada sua entrega ao Estado requerente (art. XIII, inciso 3, a, do Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha e art. 89, parágrafo único, da Lei n. 6.815/80).
13. Extradição deferida, em parte, para a execução da pena imposta pela prática de um crime continuado de estafa (estelionato).

14. Diante do reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação ao crime de falsificação de documento comercial, o Estado requerente deverá assumir o compromisso de deduzir da condenação total do extraditando a pena concretamente imposta àquele delito.
15. De acordo com o art. 91, II, da Lei nº 6.815/80, o Governo requerente deverá, ainda, assegurar a detração do tempo em que o extraditando tiver permanecido preso no Brasil por força do pedido formulado.

Acórdãos Publicados: 332

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Decisão que não conhece ADI - Alegada ofensa à Súmula 677/STF - Natureza e funções da súmula comum do STF - Inexistência de eficácia vinculante - Reclamação inadmissível. (Transcrições)

Rcl 21.214/CE*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: RECLAMAÇÃO. IMPUGNAÇÃO A DECISÕES JUDICIAIS SOB ALEGAÇÃO DE OFENSA AO JULGAMENTO DA ADI 1.121-MC/RS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE RESULTOU NÃO CONHECIDA POR ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA. CONSEQUENTE AUSÊNCIA DE EFICÁCIA VINCULANTE. INADMISSIBILIDADE DE INVOCÇÃO DESSE JULGADO COMO PARADIGMA DE CONFRONTO. A QUESTÃO DA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE NA PRÁTICA JURISDICCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DE INVOCAR-SE COMO PARÂMETRO DE CONTROLE A SÚMULA 677/STF, PORQUE DESVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE. PRECEDENTES, NATUREZA E FUNÇÕES JURÍDICAS DA SÚMULA COMUM DO STF. NECESSIDADE, ADEMAIS, DE O ATO RECLAMADO AJUSTAR-SE, COM EXATIDÃO E PERTINÊNCIA, AOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INVOCADOS COMO PARADIGMAS DE CONFRONTO EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE, AINDA, DE A RECLAMAÇÃO SER UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

DECISÃO: Trata-se de reclamação na qual se alega que os atos judiciais ora questionados – emanados do Juízo de Direito da Vara Única Vinculada de Alcântaras/CE (MS nº 301-18.2012.8.06.0184/0 e MS nº 609-54.2012.8.06.0184/0) – teriam desrespeitado a autoridade do julgamento que esta Suprema Corte proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 1.121-MC/RS, de que fui Relator.

As decisões de que ora se reclama deixaram assentado que o registro no Ministério do Trabalho e Emprego não se qualifica como requisito necessário à válida constituição dos entes sindicais nem traduz condição de acesso às prerrogativas de ordem sindical estabelecidas na legislação trabalhista.

Busca-se, desse modo, nesta sede processual, “cassar as decisões judiciais proferidas nos processos (nº 301-18.2012.8.06.0184/0 e 609-54.2012.8.06.0184/0) que exorbitaram o julgamento deste Colendo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.121-MC/RS, determinando outra medida adequada para a preservação de seu julgado, conforme artigo 17 da Lei nº 8.038/90” (grifei).

O Ministério Público Federal, em pronunciamento da lavra do eminente Chefe da Instituição, ao opinar pela procedência da presente reclamação, formulou parecer que está assim ementado:

“RECLAMAÇÃO. DIREITO DO TRABALHO. SINDICATO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO SINDICATO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PERSONALIDADE. LICENÇA PARA EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Configura ofensa ao que decidido na ADI 1.121/DF, na qual firmou-se a orientação de que não ofende o texto constitucional a exigência de registro sindical no Ministério do Trabalho, a decisão que permite ao sindicato usufruir de concessão e manutenção de requisições de servidores públicos, para o exercício de mandato classista, sem a indispensável inscrição no órgão competente.

2. Parecer pela procedência da reclamação.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a analisar a pretensão deduzida nesta sede reclamationária. E, ao fazê-lo, entendo não assistir razão ao ora reclamante, eis que o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar a Rcl 14.385-AgrR/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, pronunciou-se em sentido que contraria a pretensão reclamationária ora em análise:

“Agravamento regimental na reclamação. ADI nº 1.121/RS. Inexistência de efeito vinculante. Não conhecimento da ação direta, por ilegitimidade ativa. Ausência de identidade de temas entre o ato reclamado e a Súmula Vinculante nº 10 da Suprema Corte. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea ‘I’, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88).

2. O não conhecimento da ADI nº 1.121/RS, por ilegitimidade ativa ‘ad causam’, afasta a possibilidade de a decisão ser apontada, validamente, como paradigma apto a instaurar a competência originária da Suprema Corte em sede de reclamação constitucional.

3. É necessário haver aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da decisão paradigmática do STF para que seja admitido o manejo da reclamationária constitucional.

4. Agravamento regimental não provido.” (grifei)

Cabe referir, por oportuno, fragmento da decisão que o eminente Ministro TEORI ZAVASCKI proferiu no julgamento da Rcl 18.338/PR, de que foi Relator:

“2. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, ‘I’, CF/88), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88).

No caso, não está configurado o cabimento da reclamação. É que a ADI 1.121 MC, invocada como paradigma, não foi conhecida em razão

da ilegitimidade ativa da autora; logo, não tem eficácia vinculante.

3. *Ante o exposto, nego seguimento ao pedido, ficando prejudicada a análise da medida liminar (art. 21, § 1º, do RISTF).” (grifei)*

Os precedentes que venho de mencionar **mostram-se inteiramente aplicáveis ao caso ora em exame, eis que** o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a **ADI 1.121-MC/RS**, de que eu próprio fui Relator, dela **não conheceu** em razão da **ausência de legitimação** para agir da entidade que a ajuizou.

É importante assinalar que, *em sede de controle normativo abstrato, as decisões* proferidas pelo STF **revestem-se de eficácia vinculante quando, apreciando o mérito da ação, julgam-na procedente ou improcedente (Rcl 1.880-Agr/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊIA, Pleno) ou, ainda, quando deferem o provimento cautelar nelas requerido (ADC 4/DF, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – RE 168.277-QO/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.).**

O efeito vinculante, *no entanto, deixa de produzir-se na hipótese de extinção anômala* do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **como sucede, p. ex.**, no caso de a ação respectiva **sofrer juízo negativo** de cognoscibilidade, **tal como ocorreu** em relação à mencionada **ADI 1.121-MC/RS, que não foi conhecida** pelo fato de a entidade autora **não dispor** de legitimidade ativa “*ad causam*”.

Em tal ocorrendo, e ante a **ausência** de julgamento definitivo *sobre o mérito deduzido nas ações constitucionais ou em razão de falta de decisão concessiva de provimento cautelar* em referidos processos objetivos, **torna-se inadmissível a invocação, como paradigma de confronto, da decisão que não conheceu** de qualquer daquelas ações, **como sucedeu na apreciação** da ação direta em referência (**ADI 1.121-MC/RS**), que **deixou de ser conhecida** pelo Plenário desta Suprema Corte.

Cumpre assinalar, ainda, considerados os elementos contidos nestes autos, que os atos **objetos** da presente reclamação **não importaram em ofensa** à autoridade do julgamento que esta Suprema Corte **proferiu** no exame **da ADI 1.121-MC/RS.**

É **que** os fundamentos que dão suporte **aos atos ora impugnados revelam-se absolutamente estranhos** às razões **subjacentes** ao paradigma de confronto **invocado** pela parte reclamante, pois, *tal como anteriormente acentuado, a ADI 1.121-MC/RS sequer foi conhecida pelo Plenário desta Corte, tendo em vista o reconhecimento da ausência de legitimidade ativa da entidade autora de referida ação direta.*

Torna-se forçoso concluir, portanto, que inexistente qualquer relação de pertinência temática entre o conteúdo material do julgamento, *pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 1.121-MC/RS, de que fui Relator, e o teor das decisões ora impugnadas nesta sede processual.*

Esse fato – *incoincidência dos fundamentos* – **inviabiliza** o próprio conhecimento **da presente** reclamação pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse mesmo entendimento, *vale assinalar, tem sido observado* por eminentes Juízes *de ambas as Turmas* desta Suprema Corte (**Rcl 11.801-Agr/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 13.670/BA, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.:**

“(…) A ausência de identidade entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação.”

(**Rcl 12.897/MG, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei**)

É **importante assinalar, quanto a esse ponto, precisamente** por tratar-se de caso **em que se sustenta desrespeito** à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, **que os atos questionados** em reclamação, **considerado** o respectivo contexto, **hão de ajustar-se, com exatidão e pertinência,** aos julgamentos **desta** Suprema Corte **invocados** como paradigmas de confronto, **em ordem a permitir, a verificação da conformidade,** ou não, da deliberação estatal impugnada **em relação** aos parâmetros de controle **emanados** deste Tribunal (**ADI 1.121-MC/RS, no caso**), **como reiteradamente tem advertido a jurisprudência** desta Corte (**Rcl 21.103-Agr/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO**):

“(…) – Os atos questionados em qualquer reclamação – nos casos em que se sustenta desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal – hão de ajustar-se, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação ao parâmetro de controle emanado deste Tribunal. Precedentes. (…)”

(**Rcl 6.534-Agr/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno**)

Entendo, bem por isso, que a presente reclamação revela-se incognoscível, considerada **a absoluta ausência** de pertinência temática **entre** o acórdão emanado do Supremo Tribunal Federal (**ADI 1.121-MC/RS**) e os atos **ora reclamados,** que – *insista-se – versaram matéria completamente diversa* daquela **examinada** por esta Suprema Corte **no paradigma** invocado pelo ora reclamante.

Nem se alegue, de outro lado, como o fez a douta Procuradoria-Geral da República, **que a invocação de enunciado sumular desvestido de efeito vinculante – no caso, a Súmula 677/STF – constituiria fundamento apto a viabilizar, só por si, a própria** admissibilidade da presente reclamação.

Torna-se imperioso referir, por oportuno, que a mera invocação de enunciado sumular **desta** Suprema Corte, **quando desvestido** (como na espécie) de efeito vinculante, **não se qualifica** como fundamento juridicamente idôneo e processualmente apto a viabilizar **a adequada utilização** do instrumento constitucional da reclamação (**Rcl 3.284-Agr/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 5.082-Agr/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Rcl 6.165-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 6.531-Agr/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 9.646-Agr/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.:**

“PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – RECLAMAÇÃO – AFRONTA A TEXTO DE RESOLUÇÃO DO STF E DE SÚMULA SEM EFEITO VINCULANTE – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *As hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação não compreendem o exame de aparente afronta a texto de resolução administrativa do STF ou de súmula destituída de eficácia vinculante.*

2. *O agravo interno deve impugnar analiticamente os fundamentos da decisão recorrida.*

3. *Agravo regimental não provido.* “

(**RTJ 216/274, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei**)

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO RECLAMADA PROFERIDA PELA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL.

1. *Não cabe reclamação fundamentada na afronta a súmula do Supremo Tribunal Federal sem efeito vinculante. Precedentes.*

2. *A reclamação não é meio processual adequado para impugnar decisão do Supremo Tribunal Federal.*

3. *Agravo regimental ao qual se nega provimento.”*

(**Rcl 5.102-Agr/PI, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei**)

“CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SUMULADA. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO.

DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO (ART. 161, PAR. ÚN., DO RISTF). AGRAVO REGIMENTAL.

A reclamação constitucional (art. 102, I, 'I', da Constituição) não é meio de uniformização de jurisprudência. Tampouco serve como sucedâneo de recurso ou medida judicial eventualmente cabíveis para reformar decisão judicial.

Não cabe reclamação constitucional por alegada violação de entendimento jurisprudencial, independentemente de ele estar consolidado na Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal ('Súmula Tradicional').

Hipótese na qual a orientação sumulada tida por ofendida não era vinculante, nos termos do art. 103-A, § 3º, da Constituição.

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.”

(**Rel 6.135-AgR/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Cumprir ter em consideração, no ponto, a natureza jurídica de que se reveste, em seu perfil ordinário ou comum, a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, valendo relembrar, quanto a tal aspecto, decisão emanada da colenda Primeira Turma desta Corte:

“A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL.

– A Súmula – enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária – constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado ‘binding effect’, ao contrário do que se registra, no sistema da ‘Common Law’, por efeito do princípio do ‘stare decisis et non quieta movere’, que confere força vinculante ao precedente judicial.

– A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime – no conteúdo de sua formulação – o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado.

– A formulação sumular, que não se qualifica como ‘pauta vinculante de julgamento’, há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes – função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (**RDA** 78/453-459 – **RDA** 145/1-20) –, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.”

(**AI 179.560-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Esse entendimento que venho de mencionar nada mais reflete senão a advertência do Supremo Tribunal Federal de que “(...) Súmula é cristalização de jurisprudência”, não constituindo, por isso mesmo, ela própria, uma “norma jurídica” (**RE 116.116/MG**, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Nesse contexto, mostra-se necessário acentuar que a Súmula, em seu perfil ordinário, ainda que se possa considerar inexistente qualquer “distinção ontológica” entre ela e aquela de caráter vinculante (LUIZ GUILHERME MARINONI, “**Precedentes Obrigatórios**”, 2010, RT), não realiza as funções específicas da norma. A formulação sumular, embora refletindo precedente jurisprudencial, não se reveste de caráter impositivo, prescritivo, permissivo, autorizativo ou derogatório de condutas individuais ou sociais.

A Súmula de jurisprudência, portanto, quando desprovida de eficácia vinculante, encerra mero conteúdo descritivo. Ao ostentar essa condição, torna-se lícito asseverar que lhe falece a nota da multidimensionalidade funcional que tipifica, sob os atributos da imposição, da permissão, da autorização e da derrogação, as funções específicas da norma jurídica.

Daí a advertência da doutrina segundo a qual o direito proclamado pelas formulações jurisprudenciais tem valor meramente persuasivo, “(...) maior ou menor, na medida do prestígio jurídico de que desfrutem os juízes ou Tribunais de onde ele procede” (RUBEM NOGUEIRA, “**Desempenho normativo da jurisprudência do STF**”, “in” RT 448/24).

A interpretação jurisprudencial consubstanciada no enunciado sumular, ressalvada a hipótese excepcional a que alude o art. 103-A da Lei Fundamental, constitui, em nosso sistema jurídico – que se ajusta, em sua linhagem histórica, ao sistema de direito estatutário –, precedente de valor meramente relativo, despojado, não obstante a estatalidade de que se reveste, da força vinculante e da autoridade subordinante da lei, tal como acentua o magistério doutrinário (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “**O Novo Processo Civil Brasileiro**”, p. 245; VICENTE GRECO FILHO, “**Direito Processual Civil Brasileiro**”, vol. 2/322; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “**Processo de Conhecimento**”, vol. II/751; ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, “**Manual de Direito Processual Civil**”, vol. 2/280; e ROBERTO ROSAS e PAULO CEZAR ARAGÃO, “**Comentários ao Código de Processo Civil**”, vol. V/70, v.g.).

Cumprir enfatizar, neste ponto, a autorizada advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Manual de Direito Processo Civil**”, vol. 3/206) – que recebeu, em seu magistério, a prestigiosa adesão de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“**Comentários ao Código de Processo Civil**”, vol. V/38-39) – no sentido de que os precedentes e as súmulas, porque desprovidos do mesmo conteúdo eficaz pertinente ao ato legislativo (exceção feita à súmula vinculante), “(...) não passam de indicações úteis para uniformizar-se a jurisprudência, a que, entretanto, juízes e Tribunais não se encontram presos”, eis que – consoante acentua o Mestre paulista – “vinculação dessa ordem, só a Constituição poderia criar” (grifei).

Sabemos que a Súmula – idealizada e concebida, entre nós, pelo saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL (“**Passado e Futuro da Súmula do STF**”, “in” RDA 145/1-20) – desempenha, na lição desse eminente Magistrado, enquanto método de trabalho e ato provido de eficácia “interna corporis”, várias e significativas funções, pois (a) confere maior estabilidade à jurisprudência predominante nos Tribunais, (b) atua como instrumento de referência oficial aos precedentes jurisprudenciais nela compendiados, (c) acelera o julgamento das causas e (d) evita julgados contraditórios.

A Súmula, contudo (excetuada aquela de perfil vinculante), ao contrário das notas que tipificam o ato normativo, não se reveste de compulsoriedade na sua observância externa nem de cogência na sua aplicação por terceiros. A Súmula comum, na realidade, configura mero instrumento formal de exteriorização interpretativa de uma dada orientação jurisprudencial.

A Súmula comum, portanto, tendo em vista a tese jurisprudencial não vinculante que nela se acha consagrada, encerra, apenas, um resultado paradigmático para decisões futuras.

A jurisprudência compendiada na formulação sumular, desse modo, não se reveste de expressão normativa, muito embora traduza e reflita, a partir da experiência jurídica motivada pela atuação jurisdicional do Estado, o significado da norma de direito positivo, tal como ela é compreendida e constatada pela atividade cognitiva e interpretativa dos Tribunais.

Em uma palavra: a Súmula não é, em nosso sistema de direito positivo – e para utilizar uma significativa expressão de KARL LARENZ – uma pauta vinculante de julgamento, ressalvada, por óbvio, a possibilidade – agora legitimada pela EC nº 45/2004 – de formulação de súmulas impregnadas de efeito vinculante (CF, art. 103-A, “caput”).

Sendo assim – e diversamente do que ocorria com os “**Arrêts de Règlement**” dos órgãos judiciários franceses, de que emanavam as “**Lois Provisionnelles**” no sistema anterior ao da Revolução de 1789, e com os “**Assentos**” da Casa de Suplicação, que dispunham de força de lei e de consequente eficácia vinculante –, a Súmula configura, ordinariamente, modelo de conteúdo descritivo, qualificável como fonte de conhecimento – e não de produção – do Direito, a partir da interpretação jurisprudencial das normas jurídicas nela consubstanciada.

Cumprir relembrar, por isso mesmo, a lição de KARL LARENZ (“**Metodologia da Ciência do Direito**”, p. 499, item n. 4, 2ª ed., 1978, Fundação Calouste Gulbenkian) sobre o valor e o significado do direito revelado pela interpretação dos Tribunais:

“Quem quiser conhecer o Direito tal como é realmente aplicado e ‘vive’, não pode contentar-se com as normas, tem de inquirir do entendimento que lhes é dado pela jurisprudência. Os precedentes são, pois, uma fonte de conhecimento do Direito. Não, porém, uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas (...)” (grifei)

Concluindo: a formulação sumular de perfil ordinário, que não se qualifica como “pauta vinculante de julgamento” (despojada, portanto, da eficácia vinculante que lhe é excepcional, considerado o que dispõe o art. 103-A da Carta Magna), há de ser entendida, em face das múltiplas funções que lhe são inerentes – função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (**RDA** 78/453-459 – **RDA** 145/1-20) –, como mero resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais nas decisões que venham a proferir.

É por essas razões que não adquire relevo, para fins de acesso ao instrumento da reclamação, a invocação, no caso, de enunciado sumular (como

aquele inscrito na Súmula 677 do Supremo Tribunal Federal) **destituído** de eficácia vinculante, **tal como adverte** a jurisprudência desta Corte, **que considera inadmissível, presente** referida circunstância, **a utilização da via reclamationária**:

“1. A **petição inicial sustenta** que, ao dar provimento a agravo regimental no agravo de instrumento nº 4.769, o **Tribunal Superior Eleitoral contrariou a Súmula 279 do STF**. **Requer, o reclamante, a concessão de medida liminar para tornar nula a decisão do TSE que deferiu a transferência de domicílio eleitoral**’ (fl. 10).

2. **A reclamação é manifestamente incabível. Possível descumprimento de Súmula do STF não justifica o uso da via processual escolhida** como meio de correção do ato impugnado. Além disso, **inexiste decisão desta Corte relacionada diretamente com o objeto da decisão impugnada**.

3. **Nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicada a liminar.**”

(**Rcl 3.043/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Cumprir destacar, por oportuno, no sentido ora exposto **e ante a inquestionável procedência** de suas observações, **a decisão** proferida pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO (**Rcl 16.691/BA**), **que trata do tema em questão**:

“5. Nos termos do art. 102, I, ‘I’, da Constituição, **a reclamação é instrumento cabível para preservar a competência deste Tribunal e a autoridade de suas decisões**. Neste último caso, a **decisão alegadamente descumprida deve ter sido proferida no caso concreto ou ser dotada de efeitos vinculantes** (CRFB/1988, art. 103-A, § 3º).

6. **A via eleita, assim, não se presta a um controle revisional de constitucionalidade ou legalidade, razão pela qual não se pode conhecer** nesta sede das supostas violações aos dispositivos invocados na inicial, pois a **reclamação não pode ser usada como sucedâneo recursal**. Neste sentido: Rcl 9.823, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 10.488, Rel. Min. Teori Zavascki; Rcl 8.637, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, entre outros.

7. **A Súmula 677/STF, a OJ 15/SDC-TST e a jurisprudência citada na inicial também não são dotadas de efeito vinculante, motivo pelo qual não constituem parâmetros adequados para a reclamação**.

8. **Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação, prejudicado o pedido liminar.**” (grifei)

Tais são as razões pelas quais **entendo insuscetível** de seguimento, **por inadmissível, a presente** reclamação.

Cumprir ressaltar, finalmente, **em face da ausência**, na espécie, dos pressupostos **que poderiam legitimar** o ajuizamento da reclamação, **que esse** remédio constitucional **não pode ser utilizado** como um **(inadmissível) atalho processual destinado** a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, **a submissão imediata** do litígio ao exame **direto** desta Suprema Corte.

É que a reclamação – constitucionalmente **vocacionada** a cumprir a **dupla** função **a que alude** o art. 102, I, “I”, da Carta Política (RTJ 134/1033) – **não se qualifica** como sucedâneo recursal **nem configura** instrumento viabilizador **do reexame** do conteúdo do ato reclamado, **eis que** tal finalidade revela-se **estranha** à destinação constitucional **subjacente** à instituição dessa medida processual, **consoante adverte a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“**CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO: NÃO É SUCEDÂNEO DE RECURSO OU DE AÇÃO RESCISÓRIA.**

I. – A reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso ou de ação rescisória.

II. – Reclamação não conhecida.”

(**RTJ 168/718**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Pleno – grifei)

“**Não cabe reclamação destinada a invalidar** decisão de outro Tribunal, que haja porventura **divergido** da jurisprudência do Supremo Tribunal, firmada no julgamento de causa diferente, **mesmo em se tratando** de controvérsias de porte constitucional.

Também não é a reclamação instrumento idôneo de uniformização de jurisprudência, **tampouco sucedâneo de recurso ou rescisória, não utilizados tempestivamente pelas partes.**”

(**Rcl 724-AgR/ES**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Pleno – grifei)

“O despacho **acoimado** de ofender a **autoridade** da decisão do Supremo Tribunal Federal **negou seguimento, por razões processuais** suficientes, ao recurso ordinário interposto contra acórdão em mandado de segurança. **Por esse fundamento não é cabível reclamação, eis que a** decisão da Corte Maior não cuida da matéria.

.....
A reclamação não pode servir de sucedâneo de recursos e ações cabíveis, como decidiu esse Plenário nas Rcl Ag.Rg 1852, relator Maurício Correa, e Rcl Ag.Rg. 724, rel. Min. Octávio Gallotti. (...)”

(**Rcl 1.591/RN**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno – grifei)

“**AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE OU SIMILITUDE DE OBJETOS ENTRE O ATO IMPUGNADO E A EXEGESE DADA PELO TRIBUNAL.**

.....
A questão da responsabilidade do Estado pelas dívidas da instituição financeira estatal revela tema afeto ao processo de execução que tramita na Justiça do Trabalho, não guardando pertinência com o objeto da presente ação. **A reclamação não pode servir de sucedâneo de outros recursos ou ações cabíveis.**”

(**Rcl 1.852-AgR/RN**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno – grifei)

“**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

.....
3. **O instituto da Reclamação não se presta** para substituir recurso específico que a legislação tenha posto à disposição do jurisdicionado irresignado com a decisão judicial proferida pelo juízo ‘a quo’.

.....
5. **Agravo regimental não provido.**”

(**Rcl 5.465-ED/ES**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno – grifei)

“**AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. A RECLAMAÇÃO NÃO É SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO. RECURSO IMPROVIDO.**

I – A reclamação constitucional não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos da decisão de mérito.

.....
III – Reclamação improcedente.

IV – Agravo regimental improvido.”

(**Rcl 5.684-AgR/PE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno – grifei)

“(...) – **O remédio constitucional** da reclamação **não pode ser utilizado** como um **(inadmissível) atalho processual destinado** a permitir, por

*razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal. **Precedentes.** (...).”*
(Rcl 6.534-AgR/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Sendo assim, e pelas razões expostas, **nego seguimento** à presente reclamação, **tornando sem efeito**, em consequência, a medida liminar anteriormente deferida, **restando prejudicado**, ainda, **o exame** da petição protocolada, neste Supremo Tribunal Federal, sob o nº 43630/2015.

Comunique-se, com urgência, *transmitindo-se cópia da presente decisão* ao MM. Juiz de Direito da Vara Única Vinculada de Alcântaras/CE (MS nº 301-18.2012.8.06.0184/0 e MS nº 609-54.2012.8.06.0184/0).

Arquivem-se os presentes autos.
Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe de 1º.2.2016*

Informativo 816

SUMÁRIO

Plenário

- Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 1
- Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 2
- Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 3
- Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 4
- Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 5
- Processo penal militar e interrogatório ao final da instrução

1ª Turma

- TCU: repactuação de termos contratados, limites de atuação e via processual adequada - 5
- Extradição: crime de lesa-humanidade, imprescritibilidade e anistia

2ª Turma

- Interceptação telefônica e competência
- CNJ: férias de 60 dias e justiça estadual - 1
- CNJ: férias de 60 dias e justiça estadual - 2
- Crime ambiental e dano efetivo ao bem jurídico tutelado - 2
- Prisão preventiva e reincidência - 2

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

- Extradição - Tratado - Aplicação Retroativa - Excepcionalidade - Convenção de Viena - Condenação Penal - Inexistência - Irrelevância (PPE 769-DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 1

O Plenário recebeu, parcialmente, denúncia oferecida contra deputado federal, presidente da Câmara dos Deputados, pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva (CP, art. 317, “caput” e § 1º, c/c art. 327, §§ 1º e 2º) e lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1º, V, VI e VII, com redação anterior à Lei 12.683/2012). Ainda, na mesma assentada, a Corte, por maioria, recebeu denúncia oferecida contra ex-deputada, hoje prefeita municipal, pelo suposto delito de corrupção

passiva. Por fim, julgou prejudicados os agravos regimentais. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares suscitadas. Afirmou não prosperar a alegação de nulidade do depoimento prestado pela denunciada perante o Ministério Público, ao argumento de que teria sido ouvida como testemunha e não como investigada, o que comprometeria o direito de não autoincriminação. Isso porque, embora ela tivesse sido ouvida na condição de testemunha e assumido o compromisso de dizer a verdade, constaria do termo de depoimento que ela teria sido informada de que estariam ressalvadas daquele compromisso “as garantias constitucionais aplicáveis”. Afastou também a pretensão do denunciado de ver suspenso o processo, por aplicação analógica do art. 86, § 4º, da CF, já que essa previsão constitucional se destinaria expressamente ao chefe do Poder Executivo da União. Desse modo, não estaria autorizado, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que ampliasse a incidência a outras autoridades, notadamente do Poder Legislativo. Rechaçou o alegado cerceamento de defesa, arguido em agravos regimentais, por meio dos quais se buscava acessar o inteiro teor do acordo de colaboração premiada e respectivos termos de depoimento de réu já condenado pela justiça federal por crimes apurados na denominada “Operação Lava Jato”. Ressaltou que o Procurador-Geral da República juntara aos autos todos os depoimentos de colaboradores que se referiam ao acusado e aos fatos referidos na denúncia.

Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016. (Inq-3983)

Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 2

Da mesma forma, o Tribunal entendeu que seria improcedente a alegação de nulidade de depoimentos complementares prestados por colaborador, em razão da ausência de nova homologação ou ratificação do acordo de colaboração premiada pelo Supremo Tribunal Federal. Não se poderia confundir o acordo de colaboração premiada, que estaria sujeito à homologação judicial, com os termos de depoimentos prestados pelo colaborador, que independeriam de tal homologação. Na espécie, o acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e colaborador teria sido devidamente homologado por juiz federal, nos termos da Lei 12.850/2013. À época, pelas declarações até então prestadas pelo colaborador, não haveria notícia de envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro no STF, razão pela qual seria inquestionável a competência daquele juízo para a prática do ato homologatório. Assim, a eventual desconstituição de acordo de colaboração teria âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, de modo que não beneficiaria e nem prejudicaria terceiros. Vencido o Ministro Marco Aurélio, ao fundamento de que o STF não seria competente para julgar a denunciada, tendo em vista que ela não gozaria de prerrogativa de foro perante esta Corte. Acolhia, por outro lado, a preliminar de cerceamento de defesa, pela impossibilidade de acesso, como um todo, às delações premiadas pelos acusados.

Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016. (Inq-3983)

Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 3

O Plenário sublinhou que as razões apresentadas pelo Ministério Público teriam demonstrado adequadamente a necessidade de a denunciada ser processada e julgada no STF, em conjunto com o deputado federal. No caso, a peça acusatória imputara ao parlamentar condutas delituosas desdobradas em dois momentos distintos. No primeiro, o acusado teria solicitado e aceitado promessa de vantagens indevidas para garantir a continuidade de esquema ilícito implantado no âmbito da Petrobras, assim como para manter indicados políticos em seus cargos na referida sociedade de economia mista. Em um segundo momento, a percepção de valores indevidos teria sido para pressionar o retorno do pagamento de propinas, valendo-se de requerimentos formulados por interposta pessoa e com desvio de finalidade na atuação legislativa. Relativamente à primeira fase, o acusado, entre junho de 2006 e outubro de 2012, solicitara para si e para outrem e aceitara promessa de vantagem indevida em razão da contratação, pela Petrobras, de estaleiro para a construção de navio-sonda. Além disso, entre fevereiro de 2007 e outubro de 2012, o parlamentar também solicitara, para si e para outrem e teria aceitado promessa, direta e indiretamente, de vantagem indevida, a fim de que a Petrobras realizasse a contratação do mesmo estaleiro para a construção de outro navio-sonda. Todavia, o Colegiado afirmou que não ficara demonstrada concretamente a participação dos denunciados nessa fase inicial de negociação da construção dos navios-sonda. Assinalou que nada fora produzido, em termos probatórios, que indicasse a efetiva participação dos denunciados nos supostos crimes ocorridos na época da celebração dos contratos, nos anos de 2006 e 2007, ou mesmo que os acusados tivessem, no período imediato, recebido vantagem indevida para viabilizar a negociação ou se omitido em fiscalizar esses contratos, em razão do mandato parlamentar. Assim, ante a falta de apresentação de indícios de participação dos denunciados quanto a esse período, a denúncia não mereceria ser recebida.

Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016. (Inq-3983)

Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 4

No tocante ao segundo momento delitivo, o Tribunal reputou que o aditamento à denúncia trouxera reforço narrativo lógico e elementos sólidos que apontariam ter ambos os denunciados aderidos à exigência e recebimento de valores ilícitos, a partir de 2010 e 2011. Nesse item, a peça acusatória narrara os fatos em tese delituosos e a conduta dos agentes, com as devidas circunstâncias de tempo, lugar e modo, sem qualquer prejuízo ao exercício de defesa. A materialidade e os indícios de autoria, elementos básicos para o recebimento da denúncia, encontrar-se-iam presentes a partir do substrato trazido no inquérito. A Corte observou que a interposta pessoa a que se referiria a denúncia seria a acusada, que, para coagir lobista a pagar valor ainda pendente, referente às aludidas comissões ilegítimas, apresentara, por solicitação do deputado, dois

requerimentos à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados requisitando informações ao TCU e ao Ministério de Minas e Energia acerca dos contratos de interesse do lobista com a Petrobras. A pressão exercida pelo acusado, por intermédio da denunciada, surtira efeito, uma vez que o lobista se vira compelido a pagar as quantias prometidas. Ademais, a materialidade e os indícios de autoria relativos aos crimes de lavagem de dinheiro, elementos básicos para o recebimento da denúncia, também se encontrariam presentes. Depoimento prestado pelo lobista no âmbito de colaboração premiada indicaria que, para operacionalizar suposto pagamento de parte da propina ao deputado, teriam sido transferidos valores de sua conta na Suíça. Ainda sobre entregas de valores para o acusado, outro réu investigado no âmbito da “Operação Lava Jato” confirmara que teriam sido realizadas em espécie. Outros elementos probatórios apontariam para operação destinada ao pagamento de propina ao deputado, realizada entre 21 de dezembro de 2011 e 30 de outubro de 2012, por meio de suposta simulação de contratos de prestação de serviços de consultoria. Haveria, ainda, repasse ao acusado mediante simulações de contratos de mútuo. O parlamentar requerera, também, doações a determinada igreja como forma de saldar parte das quantias supostamente a ele devidas, além de pagamento em horas voo mediante fretamento de táxi aéreo.

Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016. (Inq-3983)

Inquérito: corrupção passiva e lavagem de dinheiro - 5

O Tribunal concluiu que os elementos colhidos indicariam possível cometimento de crime de corrupção passiva majorada (CP, art. 317, “caput” e § 1º), ao menos na qualidade de partícipe (CP, art. 29), por parte do deputado federal. Excluir-se-ia, todavia, do quanto recebido, a causa de aumento do art. 327, § 2º, do CP, incabível pelo mero exercício do mandato popular, sem prejuízo da causa de aumento contemplada no art. 317, § 1º (“A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”). A jurisprudência do STF exigiria, para tanto, imposição hierárquica não demonstrada nem descrita nos presentes autos. Os indícios existentes apontariam também que a acusada teria concorrido para a prática do delito de corrupção passiva, nos termos do já aludido art. 29 do CP (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”). Assim, não assistiria razão à defesa da denunciada, de que a conduta descrita na inicial acusatória seria de outro tipo penal. Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que não recebiam a denúncia oferecida contra a acusada. Pontuavam que a conduta imputada a ela seria a de assinar requerimento à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, prática normal à atividade parlamentar. Não haveria, entretanto, prova de que a então parlamentar tivesse solicitado, ou recebido, ou aceito vantagem ilícita para praticar o ato. Seriam necessários outros indicativos de adesão à conduta viciada para que a acusação pudesse ser viável.

Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016. (Inq-3983)

Processo penal militar e interrogatório ao final da instrução

A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. Essa a conclusão do Plenário, que denegou a ordem em “habeas corpus” no qual pleiteada a incompetência da justiça castrense para processar e julgar os pacientes, lá condenados por força de apelação. A defesa sustentava que eles não mais ostentariam a condição de militares e, portanto, deveriam se submeter à justiça penal comum. Subsidiariamente, alegava que o interrogatório realizado seria nulo, pois não observado o art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008, mas sim o art. 302 do CPPM. No que se refere à questão da competência, o Colegiado assinalou que se trataria, na época do fato, de soldados da ativa. De acordo com o art. 124 da CF e com o art. 9º, I, “b”, do CPM, a competência seria, de fato, da justiça militar. Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Precedentes com o mesmo fundamento apontam a incidência de dispositivos do CPP, quando mais favoráveis ao réu, no que diz respeito ao rito da Lei 8.038/1990. Além disso, na prática, a justiça militar já opera de acordo com o art. 400 do CPP. O mesmo também pode ser dito a respeito da justiça eleitoral. Entretanto, o Plenário ponderou ser mais recomendável frisar que a aplicação do art. 400 do CPP no âmbito da justiça castrense não incide para os casos em que já houvera interrogatório. Assim, para evitar possível quadro de instabilidade e revisão de casos julgados conforme regra estabelecida de acordo com o princípio da especialidade, a tese ora fixada deveria ser observada a partir da data de publicação da ata do julgamento. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, também denegou a ordem, mas ao fundamento de que a regra geral estabelecida no CPP não incidiria no processo penal militar. A aplicação subsidiária das regras contidas no CPP ao CPPM somente seria admissível na hipótese de lacuna deste diploma, e o CPPM apenas afasta a aplicação das regras nele contidas se houvesse tratado ou convenção a prever de forma diversa, o que não seria o caso.

HC 127900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, 3.3.2016. (HC-127900)

PRIMEIRA TURMA

TCU: repactuação de termos contratados, limites de atuação e via processual adequada - 5

Por demandar análise pericial e verificação de preços, dados e tabelas, o mandado de segurança não é a via adequada para aferir critérios utilizados pelo TCU e que culminaram por condenar solidariamente a impetrante à devolução de valores ao erário, em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais por ela celebrados com a Administração Pública. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, denegou a segurança, revogou a liminar anteriormente deferida e julgou prejudicado o agravo regimental interposto. Na espécie, a impetrante intentara anular decisão do TCU que a condenara, solidariamente, à devolução de montante ao tesouro público, apurados a título de sobrepreço. Segundo aquela Corte de Contas, teria havido superfaturamento de preços, constatado em aditamentos contratuais celebrados entre o departamento de estradas e rodagens de determinado estado-membro e a impetrante (construtora). Os referidos contratos destinavam-se a obras em rodovia que tiveram o aporte de recursos federais oriundos de convênios firmados com o extinto DNER. Com o intuito de cumprir determinação do TCU, o ente federado tentara repactuar os termos do contrato, o que não fora aceito. Diante da negativa da empresa contratada, o estado teria rescindido o instrumento contratual e seus aditivos, com base no art. 78, VII, da Lei 8.666/1993. Esse fato dera origem à tomada de contas especial, perante o TCU, objeto da presente impetração — v. Informativo 705. Para a Turma, ao assinar prazo àquele departamento para garantir o exato cumprimento da lei, o TCU teria agido dentro das normas constitucionais e legais. Destacou que o Plenário do STF, no julgamento do MS 30.788/MG (DJe de 4.8.2015), ao apreciar a delimitação da competência do TCU para imposição de ônus ao particular, teria decidido pela constitucionalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992. Tal preceito “instituiu sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU”. Reafirmou que, não obstante a inadequação da via processual do mandado de segurança, a matéria seria passível de impugnação judicial autônoma ou mesmo por embargos, na hipótese de se instaurar a execução. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, ante as peculiaridades do caso. Entendia que a situação concreta se distanciava do precedente citado, porque teria havido licitação e, em razão de sucessivos planos econômicos, a obra permanecera parada. Assentava que o TCU não poderia impor ônus a particular, muito menos mediante pronunciamento que teria contornos de título executivo judicial.

MS 29599/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.3.2016. (MS-29599)

Extradição: crime de lesa-humanidade, imprescritibilidade e anistia

Em questão de ordem, a Primeira Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento de extradição em que se debate sobre a aceitação da tese da imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade praticado por estrangeiro. Na espécie, a República Argentina solicita a extradição de seu nacional com fundamento no art. 4º do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e aquele país, internalizado pelo Decreto 62.979/1968. Consta dos autos que juízo criminal e correccional federal de Buenos Aires expedira ordem de prisão contra o extraditando, ante a suspeita de ter participado de associação ilícita parapolicial. Referida entidade teria operado naquele país entre os anos de 1973 e 1975 e se dedicara ao assassinato de integrantes da militância de esquerda que tivessem atividade política, além da eliminação de comunistas e desafetos do governo e ameaças públicas por propagandas políticas. O Ministro Edson Fachin (relator) destacou a importância do tema e a ausência de precedentes, a indicar a remessa dos autos ao Plenário.

Ext 1362 QO/República da Argentina, rel. Min. Edson Fachin, 1º.3.2016. (Ext-1362)

SEGUNDA TURMA

Interceptação telefônica e competência

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que discutida a competência para o exame de medidas cautelares em procedimento de investigação criminal. Na espécie, o juízo da vara central de inquéritos de justiça estadual deferira interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações nos autos da referida investigação. A defesa alegava que esse juízo especializado seria incompetente, pois o procedimento investigatório seria incidente relacionado a ação penal atribuída a outro juízo. O Colegiado reputou que o art. 1º da Lei 9.296/1996 (“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”) não fixa regra de competência, mas sim reserva de jurisdição para quebra de sigilo, o que fora observado. Além disso, há precedentes do STF que admitem a divisão de tarefas entre juízes que atuam na fase de inquérito e na fase da ação penal.

HC 126536/ES, rel. Min. Teori Zavascki, 1º.3.2016. (HC-126536)

CNJ: férias de 60 dias e justiça estadual - I

A Segunda Turma denegou a ordem em mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, consistente na declaração de ilegalidade da fixação de férias de 60 dias para os servidores de tribunal de justiça estadual. A Turma, inicialmente, assentou a competência do CNJ para apreciar a matéria em questão. Isso porque a disciplina das férias de serventuários da Justiça de qualquer dos estados-membros, entre outras matérias, constituiria função a ele cominada pela CF, em seu artigo 103-B, § 4º, II. Outrossim, não haveria nessa atuação do Conselho hipótese de usurpação da competência do STF, mas sim de exercício direto da competência constitucional que lhe fora atribuída. O Colegiado

afastou também alegação segundo a qual teria havido violação à ampla defesa e ao contraditório na decisão atacada porque proferida sem que tivesse sido publicado edital para que fossem ouvidos os servidores do tribunal local. Afirmou que a baliza que se poderia identificar nos julgados do STF, no sentido de assegurar a oitiva de terceiros nos feitos administrativos de controle de atos de tribunais ou órgãos de ministérios públicos locais pelos respectivos Conselhos constitucionais — CNJ e CNMP —, tem sido a existência de situação jurídica constituída com base no ato controlado. Assim, inexistindo a consolidação de situação jurídica, o tribunal não reconhecera o direito ao contraditório e à ampla defesa. Por outro lado, a par de observar a existência de situação jurídica consolidada, seria necessário avaliar a natureza do ato objeto de controle — se ato geral ou individual — e, por consequência, a natureza da deliberação a ser proferida pelo Conselho constitucional — objetiva ou subjetiva —, a fim de se definir a necessidade de oitiva dos possíveis atingidos pela decisão. Nesse sentido, os atos elaborados a partir da consideração de situação individual do beneficiário, ou seja, com componente subjetivo, demandariam, nos feitos voltados a sua desconstituição, a necessária participação do interessado, que deveria, desse modo, ser notificado à apresentação de sua defesa. No caso dos autos, todavia, seria discutida deliberação do CNJ, que, controlando atos normativos de tribunal local, considerara ilegal a concessão de 60 dias de férias aos serventuários da justiça estadual. Ao apreciar a legalidade de um decreto-lei de tribunal local e sua conformidade com os princípios constitucionais da Administração Pública, o CNJ não consideraria a situação particular dos beneficiários da norma, projetando, isto sim, sua apreciação, sob o enfoque objetivo.

MS 26739/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.3.2016. (MS-26739)

CNJ: férias de 60 dias e justiça estadual - 2

No mérito, a Turma asseverou que as normas estaduais infirmadas na decisão do CNJ assegurariam 60 dias de férias aos servidores da Justiça estadual como decorrência da associação entre esse direito e o período de férias coletivas concedidas nos tribunais. Todavia, essa forma de usufruto do direito às férias já teria a sua inconstitucionalidade declarada pelo STF. De fato, a jurisprudência da Corte se pacificara no sentido de ser inconstitucional a concessão de férias coletivas aos magistrados, diante da previsão inserta pela EC 45/2004 ao art. 93, XII, da CF. Tal preceito dispõe que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”. Ademais, “EC 45/2004, ao vedar as férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, revogou os atos normativos inferiores que a elas se referiam” (ADI 3.085/CE, DJU de 28.4.2006). Assim, se a Constituição veda a concessão de férias coletivas aos magistrados, com vista a garantir que a atividade jurisdicional seja ininterrupta, seria também inadmissível o gozo coletivo de férias pelos servidores de tribunal de justiça local.

MS 26739/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.3.2016. (MS-26739)

Crime ambiental e dano efetivo ao bem jurídico tutelado - 2

A Segunda Turma, em conclusão de julgamento, reputou improcedente acusação formulada contra deputado federal pela suposta prática do crime previsto no art. 34, “caput”, da Lei 9.605/1998 (“Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”) — v. Informativo 791. No caso, de acordo com o relatório de fiscalização, a autoridade ambiental abordara o deputado e outras duas pessoas em embarcação fundeada em área marítima pertencente à unidade de conservação federal de proteção integral. A Turma, de início, afastou a preliminar de inépcia da denúncia. Observou que essa peça processual descreveria de forma detalhada a ação empreendida, com menção ao dia, ao local e às circunstâncias do ato tido por criminoso, a possibilitar o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Em seguida, reputou não existir, no caso concreto, o requisito da justa causa a propiciar o prosseguimento da ação penal, especialmente pela mínima ofensividade da conduta do agente, pela ausência de periculosidade social da ação, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim, apesar de a conduta do denunciado amoldar-se à tipicidade formal e subjetiva, não haveria a tipicidade material, consistente na relevância penal da conduta e no resultado típico, em razão da insignificância da lesão produzida no bem jurídico tutelado. A jurisprudência seria no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais, tanto com relação aos de perigo concreto — em que haveria dano efetivo ao bem jurídico tutelado —, quanto aos de perigo abstrato, como no art. 34, “caput”, da Lei 9.605/1998. No processo em exame, não se produzira prova material de qualquer dano efetivo ao meio ambiente. Ademais, mesmo diante de crime de perigo abstrato, não seria possível dispensar a verificação “in concreto” do perigo real ou mesmo potencial da conduta praticada pelo acusado com relação ao bem jurídico tutelado. Esse perigo real não se verificaria na espécie vertente. Portanto, seria imperioso assentar a atipicidade material da conduta, pela completa ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O acusado estaria em pequena embarcação quando teria sido surpreendido em contexto de pesca rústica, com vara de pescar, linha e anzol. Não estaria em barco grande, munido de redes, arrasto nem com instrumentos de maior potencialidade lesiva ao meio ambiente.

Inq 3788/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 1º.3.2016. (Inq-3788)

Prisão preventiva e reincidência - 2

A Segunda Turma, em conclusão de julgamento, declarou prejudicado “habeas corpus” em que discutida ausência de fundamentação idônea, lastreada na necessidade de preservação da ordem pública, a justificar a prisão preventiva do

paciente — v. Informativo 773. O Colegiado registrou o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Ministro Gilmar Mendes (relator) reajustou o seu voto.

HC 124180/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.3.2016. (HC-124180)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	2.3.2016	3.3.2016	199
1ª Turma	1º.3.2016	—	167
2ª Turma	1º.3.2016	—	275

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 29 de fevereiro a 4 de março de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 915.880-RO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORES PÚBLICOS. ESTADO DE RONDÔNIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à natureza jurídica do “auxílio-alimentação” concedido pela Lei 794/1998 do Estado de Rondônia é de natureza infraconstitucional.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 917.285-SC

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO FUNDADO NA LETRA B DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 73, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.430/96, INCLUIDO PELA LEI Nº 12.844/13. AFRONTA AO ART. 146, III, B, DA CF. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisões Publicadas: 2

CLIPPING DO DJE

29 de fevereiro a 4 de março de 2016

AG. REG. EM MS 32.806-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO QUE NÃO RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE FATO OU A NEGATIVA DE AUTORIA. INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE FATOS E PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente há comunicabilidade entre a esfera cível ou administrativa e a decisão do Juízo criminal quando nesta se reconheça a inexistência de fato ou a negativa de autoria. Precedentes: AI 856126 AgR, Min. Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 7/12/2012, RE 430386 AgR, Min. Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 2/2/2015.
2. A Constituição da República atribui, expressamente, ao Conselho Nacional de Justiça a instauração de processo administrativo disciplinar contra magistrado que praticar ato definido em lei como infração administrativa (CF, art. 103-B, § 4º, I e III)
3. *In casu*, o pedido de arquivamento do inquérito não se baseou na negativa de autoria ou na inexistência de fato, de forma que a decisão prolatada na esfera criminal não deve vincular a esfera administrativa. Na peça de arquivamento, o Procurador-Geral da República assentou que: “1. Trata-se de Inquérito instaurado para apurar a suposta prática de crimes de esbulho possessório, quadrilha ou bando e posse ilegal de arma de fogo (artigos 161, inc. II e 288 do Código Penal, e artigo 16 da Lei nº 10.826/2003) pelo Desembargador Bernardino Lima Luz, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (...) 10. Entretanto, não há elementos mínimos e suficientes sobre qualquer prática delitativa por parte do mencionado magistrado para a instauração da persecutio criminis nessa Corte (...) 11. Cabe ressaltar, inicialmente, que Evangelista afirmou que teria vendido parte da fazenda Nova Jerusalém ao Desembargador Bernardino e a Giovanne Silveira, sendo que o imóvel também lhe pertencia (fls. 10). Ocorre que Aldacides Borges também acreditava que era proprietário da fazenda (fls.10); e que, em favor de outra pessoa, houve o cumprimento de mandado de reintegração de posse (fls. 06 e 14 dos autos principais, e fls. 08, in fine, do Apenso II). (...) 12. Nesse cenário, não há que se cogitar da prática de algum crime pelo Desembargador Bernardino. A sua ida à Fazenda e à Delegacia de Polícia Civil de Natividade teve por objetivo conhecer os fatos e, provavelmente, afirmar à autoridade policial que acreditava ser proprietário de parte da fazenda, sendo que o seu interesse na definição do caso seria em relação à sua posição de possível proprietário do bem, conforme depreende-se das declarações prestadas por Adão Gualberto Nunes e Dalci Martins Rezende (fls. 19 e 21).”
4. No tocante à proporcionalidade da sanção em relação às condutas investigadas, a análise da matéria envolveria rediscussão de fatos e provas produzidas no âmbito do processo administrativo disciplinar, o que não se compatibiliza com a via do mandado de segurança.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

AC N. 4.036-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SUPOSTO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, § 1º, NA FORMA DO § 4º, II, DA LEI 12.850/2013) COM PARTICIPAÇÃO DE PARLAMENTAR FEDERAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS CORRESPONDENTES. CABIMENTO. DECISÃO RATIFICADA PELO COLEGIADO.

**noticiado no Informativo 809*

AG. REG. EM MS N. 29.581-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO, MEDIANTE REMOÇÃO, SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. ART. 236, E PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI 9.835/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STF é no sentido de que o art. 236, *caput*, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Assim, a partir de 5/10/1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais, inclusive em se tratando de remoção, observado, relativamente a essa última hipótese, o disposto no art. 16 da referida lei, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/2002. As normas estaduais editadas anteriormente, que admitem a remoção na atividade notarial e de registro independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição, razão pela qual não foram por essa recepcionadas.
2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem.
3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236.
4. É legítima, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou irregular o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de remoção, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do Plenário de 19/6/2013.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

QUINTO AG. REG. NO Inq. 3.842-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravos regimentais. Inquérito. Investigados sem prerrogativa de foro junto à Suprema Corte. Desmembramento. Questão de ordem suscitada por integrante da Turma no julgamento de outro recurso. Rejeição. Posterior cisão ordenada, monocraticamente, pelo Relator. Admissibilidade. Inexistência de preclusão para o Relator. Inteligência do art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ausência de ofensa ao princípio da colegialidade. Submissão da matéria, ademais, ao colegiado, pela via do agravo interno. Excepcionalidade da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Recursos não providos.

1. A negativa de desmembramento do feito, em questão de ordem rejeitada pelo Colegiado, não importou em preclusão da matéria para o relator, diante da natureza *rebus sic stantibus* daquela decisão.
2. Não houve ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que o relator pode determinar o desmembramento de inquéritos ou ações penais, com fundamento no art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
3. Ademais, a própria interposição de agravo interno contra a decisão de desmembramento submete a controvérsia à Turma julgadora, de modo a concretizar o princípio em questão.
4. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade daquela prerrogativa, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante. Precedentes.
5. Na espécie, o desmembramento foi ordenado após a realização das principais diligências, as quais poderiam restar infrutíferas se houvessem de ser coordenadas em diversas instâncias.
6. Exauriu-se, portanto, a necessidade da unidade da investigação, cuja manutenção vinha gerando prejuízos ao bom andamento do inquérito, dados a complexidade dos fatos e o elevado número de investigados.
7. A imbricação de condutas, em razão de conexão ou continência (arts. 76 e 77, CPP), com fatos imputados a Senador da República não é suficiente para atrair os agravantes à Suprema Corte, haja vista que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente.
8. Não se vislumbra, em razão da cisão do feito, a possibilidade de prejuízo relevante para a persecução penal ou para a defesa dos agravantes, que poderão exercê-la, de forma ampla, perante seus juízos naturais.
9. Agravos regimentais não providos.

SEXTO AG. REG. NO Inq N. 3.842-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental. Inquérito. Investigado sem prerrogativa de foro junto à Suprema Corte. Desmembramento. Questão de ordem suscitada por integrante da Turma no julgamento de outro recurso. Rejeição. Posterior cisão ordenada, monocraticamente, pelo Relator. Admissibilidade. Inexistência de preclusão para o Relator. Inteligência do art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ausência de ofensa ao princípio da colegialidade. Submissão da matéria, ademais, ao colegiado, pela via do agravo interno. Excepcionalidade da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Ausência de formação da *opinio delicti* da Procuradoria-Geral da República em relação ao detentor de prerrogativa de foro. Alegada possibilidade de acusações distintas, a pretexto de que a formação da *opinio delicti* ficará a cargo de diferentes membros do Ministério Público Federal. Irrelevância. Consequência necessária do princípio do juiz natural. Possibilidade de correção de eventuais excessos de acusação pelas vias recursais apropriadas ou em sede de *habeas corpus*. Recurso não provido.

1. A negativa de desmembramento do feito, em questão de ordem rejeitada pelo Colegiado, não importou em preclusão da matéria para o relator, diante da natureza *rebus sic stantibus* daquela decisão.
2. Não houve ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que o relator pode determinar o desmembramento de inquéritos ou ações penais, com fundamento no art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
3. Ademais, a própria interposição de agravo interno contra a decisão de desmembramento submete a controvérsia à Turma julgadora, de modo a concretizar o princípio em questão.
4. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade daquela prerrogativa, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante. Precedentes.

5. Na espécie, o desmembramento foi ordenado após a realização das principais diligências, as quais poderiam restar infrutíferas se houvessem de ser coordenadas em diversas instâncias.
6. Exauriu-se, portanto, a necessidade da unidade da investigação, cuja manutenção vinha gerando prejuízos ao bom andamento do inquérito, dados a complexidade dos fatos e o elevado número de investigados.
7. A imbricação de condutas, em razão de conexão ou continência (arts. 76 e 77, CPP), com fatos imputados a Senador da República não é suficiente para atrair à Suprema Corte, haja vista que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente.
8. Irrelevante que a Procuradoria-Geral da República ainda não tenha formado a **opinio delicti** em relação às condutas em tese praticadas pelo titular de prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a faculdade de se determinar o desmembramento do inquérito a tanto não está condicionada.
9. O fato de a formação da **opinio delicti** ficar a cargo de diferentes membros do Ministério Público Federal, como aduz o agravante, em nada interfere no desmembramento do feito, por se tratar de uma consequência necessária do princípio do juiz natural, anotando-se que eventuais excessos de acusação que prejudiquem o agravante poderão ser corrigidos pelas vias recursais apropriadas ou em sede de **habeas corpus**.
10. Não se vislumbra, em razão da cisão do feito, a possibilidade de prejuízo relevante para a persecução penal ou para a defesa do agravante, que poderá exercê-la, de forma ampla, perante seu juízo natural.
11. Agravamento regimental não provido.

Inq N. 3.731-DF

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Inquérito. Competência criminal originária. Penal. Processo Penal.

2. Inépcia da denúncia. Peculato. Denúncia que descreve que desvio em proveito da administração. Descrição suficiente da finalidade. Denúncia apta.
3. Inépcia da denúncia. Inexigibilidade de licitação. Prejuízo à administração ou finalidade específica de favorecimento. Elementos não mencionados no texto da lei. Construção jurisprudencial. Não é exigível que a petição inicial os descreva com minudência. Denúncia apta.
4. Art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato desvio). O desvio de recursos para finalidades públicas não configura o crime de peculato. O proveito à administração pública não se enquadra no conceito de proveito próprio ou alheio exigido pelo tipo penal. Desclassificação para o art. 315 do CP. Pronúncia da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.
5. Art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação). Prova da inexigibilidade fora das hipóteses legais. Índícios de autoria.
6. Necessidade de demonstração de prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido. Secretária de Estado. Pareceres pela conveniência e oportunidade da licitação e pela juridicidade da contratação direta. Ausência de indicativo de influência na escolha ou relação com a contratada. Preponderância da prova no sentido da inexistência do propósito de causar prejuízo ou favorecer indevidamente.
7. Denúncia rejeitada.

**noticiado no Informativo 813*

Ext N. 1.396-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA. REGULARIDADE FORMAL. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. DEFERIMENTO.

1. O requerimento da Extradicação formulado pelo Governo da Romênia em face de sua nacional preenche os requisitos formais da Lei nº 6.815/80 e do Tratado de Extradicação, promulgado pelo Decreto nº 6.512/08.
2. Estão presentes os pressupostos materiais: a dupla tipicidade e punibilidade de crime comum praticado por estrangeiro, e a falta de jurisdição brasileira sobre o fato.
3. No exame de delibação, próprio do julgamento de Extradicação, somente é analisada a legalidade externa do pedido. Não se ingressa, portanto, nos pressupostos e na motivação da decisão proferida pela Justiça do Estado requerente.
4. A circunstância de a extraditanda conviver com brasileiro não impede o atendimento do pedido. Precedentes. Inteligência da Súmula 421, do STF.
5. Extradicação deferida, devendo o Estado requerente assumir o compromisso de detração do tempo de prisão da extraditanda por força deste processo.

Acórdãos Publicados: 347

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Extradicação - Tratado - Aplicação Retroativa - Excepcionalidade - Convenção de Viena - Condenação Penal - Inexistência - Irrelevância (Transcrições)

PPE 769/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: EXTRADIÇÃO. PRISÃO CAUTELAR. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. PLEITO FORMULADO PELA INTERPOL A PEDIDO DO ESTADO ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE (LEI Nº 12.878/2013). OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM TRATADO BILATERAL DE EXTRADIÇÃO. "PACTA SUNT SERVANDA". EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO RELATIVO À INVESTIGAÇÃO ("persecutio criminis") SUBJACENTE AO PLEITO EXTRADICIONAL. INADMISSIBILIDADE. MODELO DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA ADOTADO PELO BRASIL EM TEMA DE EXTRADIÇÃO PASSIVA. DOCTRINA. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONTRA O SÚDITO ESTRANGEIRO. IRRELEVÂNCIA. ESPÉCIES DE EXTRADIÇÃO RECONHECIDAS PELO DIREITO BRASILEIRO E ADMITIDAS PELA PRÁTICA INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO DE NATUREZA INSTRUTÓRIA. NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE MANDADO DE PRISÃO. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA IRRETROATIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO CLÁUSULA GERAL DE CARÁTER ORDINÁRIO. A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O

DIREITO DOS TRATADOS (ARTIGO 28). POSSIBILIDADE JURÍDICA DA APLICAÇÃO RETROATIVA DOS TRATADOS DE EXTRADIÇÃO (pelo fato de que tais convenções internacionais não tipificam crimes nem cominam penas) A EVENTOS DELITIVOS PERPETRADOS ANTES DE SUA CELEBRAÇÃO OU PROMULGAÇÃO. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DESSA EFICÁCIA RETROATIVA, DESDE QUE EXCEPCIONALMENTE PREVISTA NO PRÓPRIO TRATADO DE EXTRADIÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES (STF). EXISTÊNCIA DESSA PREVISÃO NO TRATADO BILATERAL DE EXTRADIÇÃO BRASIL-CHINA (ARTIGO 22, n. 3). EXTRADITANDO CASADO COM BRASILEIRA E PAI DE CRIANÇA BRASILEIRA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 421/STF. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO. PRECEDENTES ANTERIORES E POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. RECEPÇÃO DESSE ENUNCIADO SUMULAR PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR INDEFERIDO.

DECISÃO: O ora extraditando formula pedido de revogação da prisão cautelar por mim anteriormente decretada (fls. 48/49).

O súdito estrangeiro em questão, para fundamentar esse pleito, apoiar-se, em síntese, nas seguintes razões (fls. 81v., 82/82v., 88/88v. e 89):

“O requerente, ao contrário do que alega a REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, através de suas autoridades respectivas, o mesmo não é nenhum fugitivo;

*Nota-se que o requerente entrou no BRASIL pelo aeroporto internacional de Guarulhos/SP, em 24/09/2014, com o objetivo de casar-se com sua namorada na época e atual esposa **, casamento realizado em 23/11/2015, conforme comprova a certidão de casamento autenticada em anexo;*

*Da união do casal, nasceu a filha ** em 20/08/2015, atualmente com 5 (cinco) meses conforme comprova pela também certidão de nascimento autenticada juntada nesta oportunidade;*

*Portanto, o requerente constituiu família no BRASIL, sendo que inclusive estava regularizando sua situação de estrangeiro perante as autoridades Brasileiras, onde solicitou expedição de RNE – registro nacional de estrangeiro, perante a Polícia Federal de São Paulo/SP, com a finalidade de permanecer definitivamente no BRASIL, declinando o seu atual endereço, para esta finalidade, onde reside com sua família sito à rua ** N° **, APTO. **, EDIFÍCIO **, **, SÃO PAULO/SP, CEP **, seguindo cópia do contrato de locação e do protocolo da **/SR/SP 08505.106909/2015-96;*

Nota-se que o requerente nunca teve a intenção de permanecer como foragido, pois sempre externou boa-fé em território nacional, onde trabalha para o seu sustento e de sua família, seguindo declaração de renda em anexo;

Embora ainda não tenha obtido nacionalidade brasileira, o mesmo constituiu FAMÍLIA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO, sendo que a Constituição Federal em seu artigo 226 e seguintes, externa proteção especial à família;

Entendemos que, mediante todas estas circunstâncias, o requerente deveria ser ouvido por CARTA ROGATÓRIA, via Ministério das Relações Exteriores, sobre a acusação que recai contra sua pessoa aqui no BRASIL e não A REPÚBLICA POPULAR DA CHINA se utilizar deste expediente extremo, pleiteando sua EXTRADIÇÃO, uma vez que não há qualquer condenação contra sua pessoa, apenas meras conjecturas, o que reflete uma incoerência para individualizar qualquer conduta contra sua pessoa, salientando ainda que os fatos ali tratados no processo não passam de uma acusação totalmente genérica;

A ilegalidade da prisão preventiva do requerente está patente, pelo fato do pedido extradicional não estar suficientemente instruído, aduzindo ainda, a desnecessidade desta prisão preventiva, considerando que a liberdade do requerente não enseja perigo para instrução processual promovida pelo GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA;

Ao verificar atentamente os documentos que estão acostados ao pleito do GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, e se encontram acostados às fls. 14 e às fls. 45 (ora reproduzidos em sua íntegra nas cópias que acompanham o presente), com a tradução às fls. 17/18 e 21/22, também daqueles autos, verifica-se que, em nenhum momento, foram trazidos ao pedido, documentos, sequer cópias simples, autenticadas ou mesmo certidões, que comprovassem a existência ou de sentença condenatória, ou de auto de prisão em flagrante delito, ou de tentativa de fuga do ora requerente, não cumprindo assim os requisitos dos artigos 80 e 82 da lei n° 6.815/80, ao contrário o foi juntado aos autos pedido de outros 9 (nove) chineses suspeitos de crimes econômicos, conforme consta das fls. 24 à 46, que nada têm a ver com o requerente, causando até um tumulto processual;

Por mera argumentação, consta ainda que os fatos na China deram-se nos anos de 2009 a 2011, sendo que o requerente e um sócio haviam constituído uma empresa no período compreendido entre 01/08/2013 à 03/10/2014, datas totalmente divergentes com data de entrada do requerente no BRASIL pelo aeroporto internacional de Guarulhos/SP, que se verificou em 24/09/2014, ponderando ainda que o tratado de extradição entre BRASIL E CHINA – DECRETO N° 8.431/2015, somente entrou em vigor em 09/04/2015, portanto muito depois de todos estes episódios aventados pelo GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA;

A prisão preventiva para fins de extradição há de ser analisada caso a caso e, ainda que se lhe seja atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade, quando seriam avaliadas a sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito;

A prisão preventiva para a extradição do requerente subsiste há mais de 40 (quarenta) dias, sendo que o mesmo foi preso em 10/12/2015 e inexistente contra ele sentença de condenação nos autos do processo instaurado pela REPÚBLICA POPULAR DA CHINA;

Neste diapasão devem ser considerados os bons antecedentes do ora requerente, sopesando que o mesmo exerce atividade lícita no Brasil, constituiu família, esposa e filha brasileiras, as quais dependem do trabalho do requerente para o sustento do lar, possuindo ainda residência fixa, onde sempre declinou seu endereço à Polícia Federal de São Paulo, quando deu entrada ao pedido de seu RNE, devendo ser verificadas a necessidade e a compatibilidade desta custódia baseada no princípio da proporcionalidade, a fim de que esta seja limitada ao estritamente necessário;

Posto isto, requer ao Ministro Relator a REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO, para que o requerente aguardar solto o julgamento da Extradicação n° 769 da REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, determinando a expedição de Alvará de Soltura à Polícia Federal de São Paulo/SP, onde poderá ser remetido o passaporte do extraditando ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para fins de depósito, sendo que o extraditando deverá ser advertido sobre a impossibilidade de, sem autorização deste relator da Extradicação no STF, deixar a cidade de seu domicílio no Estado de São Paulo, ficando obrigado ainda a atender a todos os chamados judiciais e comparecer semanalmente à uma Vara Criminal Federal determinada da Subsecção de São Paulo, para informar sobre suas atividades, onde ficará ciente que qualquer transgressão implicará na imediata revogação da medida a ser concedida, assinando termo de responsabilidade respectivo, termos em que, com o costumeiro respeito, PEDE DEFERIMENTO.” (grifei)

Assinalo, de início, que o pedido de prisão cautelar para efeitos extradicionais, embora não formulado por Estado estrangeiro, foi deduzido, no entanto, por instituição – a INTERPOL (fls. 03/18) – a que diploma legislativo outorgou legitimidade ativa para apresentar ao Ministério da Justiça referido pleito.

Com efeito, a Lei n° 12.878, de 04/11/2013, ao alterar o Estatuto do Estrangeiro (Lei n° 6.815/80), notadamente no que se refere ao disposto em seu art. 82, atribuiu essa especial qualidade jurídica à INTERPOL, fazendo-o nos seguintes termos:

“Art. 82. (...)”

§ 2º O pedido de prisão cautelar poderá ser apresentado ao Ministério da Justiça por meio da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro.” (grifei)

Por revelar-se admissível a formulação do pleito, decretei a prisão cautelar então requerida pela INTERPOL.

Sendo esse o contexto, passo a apreciar o pedido de revogação da prisão cautelar ora questionada. E, ao fazê-lo, indefiro-o, consideradas as razões a seguir expostas.

Cabe observar que a prisão do súdito estrangeiro constitui, ordinariamente, pressuposto indispensável ao regular processamento da ação de extradição passiva. A privação da liberdade individual do extraditando deve perdurar até o julgamento final, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de extradição (RTJ 166/200-201, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

É por essa razão que o magistério da doutrina (MIRTÔ FRAGA, “O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado”, p. 339, 1985, Forense) – refletindo o entendimento jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte (RTJ 125/1037, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 140/136, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RTJ 149/374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – manifesta-se no sentido da indispensabilidade da prisão cautelar para efeitos extradicionais:

“A prisão do extraditando deve perdurar até o julgamento final da Corte. Não se admitem a fiança, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar ou a prisão-albergue. A privação da liberdade, nessa fase, é essencial ao julgamento, é condição ‘sine qua non’ para o próprio encaminhamento do pedido ao Supremo Tribunal. Ela não tem nenhuma relação com a maior ou menor gravidade da infração, maior ou menor periculosidade do agente; ela visa, tão-somente, possibilitar a entrega, se a extradição vier a ser deferida. Afinal de contas, existe, no estrangeiro, uma ordem de prisão (art. 78, II) expedida contra o extraditando e há, em consequência, a presunção de que esteja fugindo à ação da Justiça do Estado requerente.” (grifei)

Impende registrar, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre a legitimidade constitucional da prisão preventiva para efeitos extradicionais, teve o ensejo de acentuar-lhe a plena compatibilidade com a vigente Constituição da República, considerada a recepção, pela Carta Política, da norma legal autorizadora dessa medida cautelar de ordem pessoal:

“‘Habeas Corpus’. 2. Prisão preventiva para extradição. Formalização do pedido de extradição. 3. A prisão preventiva para extradição não ofende o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição, como é da jurisprudência desta Corte, que teve como recepcionada a norma dela autorizatória constante do Estatuto do Estrangeiro (...).”

(RTJ 179/780, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno – grifei)

Cumprir destacar, ainda, que o extraditando, de nacionalidade chinesa, está adequadamente identificado, cabendo ressaltar, tal como assinalado na decisão que lhe decretou a prisão cautelar, que o fato delituoso pelo qual o súdito chinês em referência está sendo investigado parece satisfazer, ao menos em princípio – e ressalvada a análise ulterior dessa questão –, a exigência imposta pelo critério da dupla tipicidade.

Com efeito, a investigação penal em curso na República Popular da China tem por objeto a suposta prática de delito previsto no Código Penal chinês (art. 176), que, em tese, encontraria correspondência típica no art. 16 da Lei nº 7.492/86, que define o crime de operação não autorizada de instituição financeira, ou, até mesmo, no art. 171 do Código Penal brasileiro, que prevê o estelionato.

Ao examinar os elementos descritivos da conduta imputada ao referido súdito chinês, observei, a título de mero registro, que atos de captação de recursos junto a pessoas físicas a pretexto de investi-los no mercado financeiro, com promessa de rendimentos, podem configurar delito contra o sistema financeiro nacional, nos termos da legislação brasileira, conforme assinala JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR (“Crimes Federais”, p. 381, 6ª ed., 2010, Livraria do Advogado Editora).

Diferentemente do que sustenta o ora extraditando, a representação dirigida pela Interpol/Brasil ao Ministro da Justiça refere-se, expressamente, a ** (fls. 04 e ss.), identificando-o de modo adequado e descrevendo-lhe o comportamento alegadamente criminoso mediante indicação de dados objetivos que viabilizariam a formulação do pedido de prisão cautelar (fls. 05/06).

Demais disso, qualquer discussão em torno do suposto envolvimento do súdito estrangeiro em causa nas práticas objeto de investigação penal no Estado requerente revelar-se-á inadequada na presente sede processual, eis que – como se sabe – o Brasil adotou, em tema de extradição passiva, o modelo de contenciosidade limitada, que se mostra incompatível com qualquer indagação em torno da prova subjacente ao procedimento penal motivador do pedido extradicional, inclusive a análise da suposta autoria do fato delituoso (Ext 1.171/Argentina, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e/ou da culpabilidade do extraditando.

Vale relembrar, por oportuno, que essa tem sido a orientação jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (Ext 1.121/EUA, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Ext 1.126/República Federal da Alemanha, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.):

“(…) PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE.”

– A ação de extradição passiva não confere, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional apoia-se, não cabendo, ainda, a esta Corte Suprema o exame aprofundado dos fatos subjacentes à acusação penal. Precedentes. Doutrina.

– O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. (...)”

(Ext 1.334/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, assim, que nenhum relevo tem para o sistema extradicional vigente no Brasil a discussão probatória sobre a realidade material do fato delituoso, inclusive sobre o dolo motivador da conduta alegadamente delituosa, e sobre os elementos de convicção concernentes à autoria da prática criminosa atribuída ao extraditando (RTJ 160/105-106, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

E a razão é uma só: o modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva – vinculado, quanto à sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga – não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem nem que se promova o reexame ou a rediscussão do mérito (RTJ 161/409-411 – RTJ 170/746-747, v.g.).

De outro lado, o ilícito penal em causa não parece incidir nas restrições que, estabelecidas pela lei brasileira (Lei nº 6.815/80, art. 76) e pelo tratado bilateral existente entre o Brasil e a República Popular da China (Artigo 3º), impediriam, caso ocorrentes, a efetivação da própria entrega extradicional.

Reconheço, portanto, que está suficientemente instruído o pedido de prisão preventiva para efeitos extradicionais, eis que se acham preenchidos, na espécie, os requisitos necessários ao seu atendimento, notadamente aqueles inscritos no Artigo 9º, nº 2, do Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China (promulgado pelo Decreto 8.431/2015).

Impõe-se enfatizar, de outro lado, considerados os fundamentos subjacentes ao pleito de revogação da prisão cautelar, que não tem qualquer relevo jurídico o fato de inexistir, no momento, “sentença condenatória” contra o extraditando, pois, como se sabe, o ordenamento positivo brasileiro e o

tratado bilateral de extradição Brasil/China **expressamente reconhecem** a possibilidade de formulação de pedido extradicional *de caráter meramente instrutório*.

Com efeito, o modelo extradicional vigente no Brasil **admite** 02 (duas) modalidades de extradição: (a) *extradição executória (que supõe condenação penal, ainda que não transitada em julgado) e (b) extradição instrutória (que se satisfaz com a simples existência de investigação penal), sendo comum a ambas as espécies o requisito – atendido no caso – da existência de mandato de prisão.*

Legítima, desse modo, a demanda extradicional que se apoie, *unicamente, como sucede na espécie, na existência de investigação penal ou de processo judicial ainda em tramitação, desde que haja ordem de prisão emanada de autoridade competente segundo a legislação do Estado requerente (Ext 652/Alemanha, Rel. Min. CELSO DE MELLO):*

“LEGITIMIDADE DA EXTRADIÇÃO DE CARÁTER INSTRUTÓRIO

– O fato de não existir condenação penal, mas simples investigação criminal ou processo judicial ainda em curso, desde que comprovada, em qualquer dessas situações, decretação de prisão cautelar, não constitui obstáculo jurídico à formulação de pedido de extradição, que se revestirá, então, de natureza meramente instrutória, que traduz, ao lado da extradição executória, expressivo instrumento de cooperação internacional na repressão aos delitos comuns. Precedente.”

(Ext 1.407/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Há, também, outro fundamento que o ora extraditando **invoca** como suporte do pedido de revogação de sua prisão cautelar. Esse súdito estrangeiro **apoiou** o seu pleito **na alegação** de que “*constituiu família em território brasileiro*” (fls. 82).

Esse **outro fundamento – casamento (ou união estável) de estrangeiro com brasileira – não atua como causa obstativa** da extradição. *Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros precedentes (RTJ 155/34-35 – RTJ 177/1250-1251 – RTJ 183/42-43 – RTJ 191/17-18, v.g.), de que resultou a formulação da Súmula 421, tem salientado que o casamento com brasileiro ou brasileira (inclusive a união estável) não constitui obstáculo ao deferimento da extradição do súdito estrangeiro:*

“(…) EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA, NOTADAMENTE DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA – SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO – COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

– A existência de relações familiares, a comprovação de vínculo conjugal ou a convivência ‘more uxorio’ do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição do súdito estrangeiro. Precedentes.

– Não impede a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que com esta possua filho brasileiro.

– A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição. Precedentes.”

(Ext 1.073/República do Peru, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Melhor sorte não assiste, ainda, a esse súdito estrangeiro **no ponto** em que sustenta serem os fatos a ele imputados *anteriores à promulgação do Tratado de Extradição Brasil/China, considerada a circunstância de que tratados internacionais – segundo alega – possuem, unicamente, eficácia prospectiva, não podendo, por isso mesmo, estender-se a eventos ocorridos no passado.*

Sem razão o ora extraditando, **pois** referido tratado de extradição **expressamente prevê**, em seu Artigo 22, nº 3, que as suas **disposições também serão aplicadas** aos delitos cometidos *antes de sua vigência.*

Esse **aspecto de ordem temporal põe em evidência a questão pertinente à retroatividade dos tratados internacionais, que constitui matéria sujeita a intensa discussão** no plano doutrinário, **valendo referir**, nesse contexto, **a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (1969) – **hoje formalmente incorporada** ao ordenamento positivo interno do Brasil (Decreto nº 7.030/2009) –, **cujo Artigo 28, embora consagrando o princípio da irretroatividade, não impede que as Altas Partes Contratantes disponham diversamente nos tratados** que venham a celebrar, **tal como observa**, em obra monográfica, JOSÉ FRANCISCO REZEK (“**Direito dos Tratados**”, p. 415, item n. 345, 1984, Forense):

“É primariamente lógico que nenhum tratado – como, de resto, nenhum fato humano – pode produzir qualquer efeito senão a partir do momento em que consumado. Admite-se, entretanto, que a norma jurídica expressa em tratado ou lei opere, desde quando vigente, em relação a fatos ou situações preexistentes. Isto é o que leva o nome de retroação, e que, nos tratados como nas leis, tem a marca da excepcionalidade.” (grifei)

Cabe referir, por oportuno, **que esse entendimento – que excepcionalmente admite a aplicação retroativa dos tratados internacionais, ainda que em sede extradicional, desde que assim ajustado pelos Estados Partes – é também perfilhado** por ilustres doutrinadores (MARCELO D. VARELLA, “**Direito Internacional Público**”, p. 93/94, item n. 4.1.2, 2009, Saraiva; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 279/280, 7ª ed., 2013, RT; YUSSEF SAID CAHALI, “**Estatuto do Estrangeiro**”, p. 264/265, item n. 26.9, 2ª ed., 2011, RT; GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, “**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**”, p. 47, 1981, RT; JUAN DE DIOS GIRALDO SUAREZ, “**El Derecho de los Tratados**”, p. 109, 1976, Ediciones Tenaces, Colômbia, v.g.).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar essa questão em sede de processo extradicional, admitiu a possibilidade jurídica de o tratado internacional **aplicar-se** a fatos ocorridos **anteriormente** em sua celebração (Ext 759-ED/República Italiana, Rel. Min. MOREIRA ALVES), **invocando, para tanto, nessa decisão, precedente** firmado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento da Ext 664/Reino da Espanha, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA:

“1. As normas extradicionais, legais ou convencionais, não constituem lei penal, não incidindo, em consequência, a vedação constitucional de aplicação a fato anterior da legislação penal menos favorável.”

(Ext 864/República Italiana, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Possível, desse modo, a aplicação retroativa de tratados de extradição, desde que – como sucede na espécie – haja expressa previsão pactuada pelos Estados celebrantes (Tratado de Extradição Brasil/China, Artigo 22, n. 3).

Mesmo que não fosse lícito conferir eficácia retroativa a tratado de extradição, tal circunstância não impediria a formulação de pedido extradicional, **pois este – como se sabe – pode apoiar-se em outro fundamento jurídico, a promessa de reciprocidade (Ext 897/República Tcheca, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que constitui fonte formal do direito extradicional.**

Não é por outra razão que esta Suprema Corte, **ao pronunciar-se** sobre o tema ora em análise, **tem expressamente reconhecido** essa possibilidade:

“A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática. Doutrina. Precedentes.”

(Ext 953/Alemanha, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Sendo assim, e pelas razões expostas, indefiro o pedido de revogação da prisão cautelar do ora extraditando.

2. **Assinalo**, para efeito de registro, que a República Popular da China **já formulou pedido de extradição** de **, **atuado**, nesta Corte, **como Ext 1.442/DF, cumprindo observar**, por relevante, que esse pleito extradicional **foi deduzido em tempo oportuno, vale dizer**, no prazo de sessenta (60) dias a que se refere o Artigo 9º, nº 4, do tratado bilateral de extradição Brasil/China.

3. **Apensem-se** os presentes autos (**PPE 769/DF aos da Ext 1.442/DF**, de que sou Relator.
Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe de 24.2.2016

**nomes suprimidos pelo Informativo

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

29 de fevereiro a 4 de março de 2016

Medida Provisória nº 713, de 1º.3.2016 - Altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, para dispor sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre a remessa de valores destinados à cobertura de gastos pessoais, no exterior, de pessoas físicas residentes no País, em viagens de turismo, negócios, serviços, treinamento ou missões oficiais, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 41, p. 1, em 2.2.2016.

Informativo 817

Data de divulgação: 18 de março de 2016

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a publicação do acórdão no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

- Exercício do cargo de Ministro de Estado por membro do Ministério Público e vedações constitucionais - 1
- Exercício do cargo de Ministro de Estado por membro do Ministério Público e vedações constitucionais - 2
- ADI e designação de promotor eleitoral - 2
- ADI e designação de promotor eleitoral - 3
- ADI: despesas com pessoal e Lei de Diretrizes Orçamentárias
- ADI e revalidação de diplomas obtidos no exterior
- Vício de iniciativa e fonte de custeio - 3
- Vício de iniciativa e fonte de custeio - 4

Repercussão Geral

- Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção - 1
- Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção - 2

1ª Turma

- CNJ: revisão disciplinar e devido processo legal - 1

CNJ: revisão disciplinar e devido processo legal - 2

2ª Turma

Extradição: concurso material e limite de tempo de pena

Desapropriação por utilidade pública e princípio da justa indenização - 2

Clipping do DJe

Transcrições

Convenção Internacional - Direitos da Pessoa com Deficiência - Dignidade Humana - Ensino Inclusivo (ADI 5.357 MC-DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Exercício do cargo de Ministro de Estado por membro do Ministério Público e vedações constitucionais - 1

Membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério. Com base nesse entendimento, o Plenário julgou parcialmente procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, do CNMP, e determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até 20 dias após a publicação da ata do julgamento. No caso, o descumprimento de preceitos fundamentais teria ocorrido por atos normativos e atos concretos. No plano normativo, por ato do CNMP, que derogara resolução que tratava das vedações ao exercício de cargo ou função pública por membro do Ministério Público. No plano concreto, por atos de nomeação de membros do Ministério Público para ocupar cargos fora da instituição e, em especial, a nomeação de procurador de justiça para o cargo de Ministro de Estado da Justiça. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da arguição. O pedido estaria ancorado em suposta violação a preceitos fundamentais da independência dos Poderes (CF, art. 2º e art. 60, §4º, III) e da independência funcional do Ministério Público (CF, art. 127, §1º) consubstanciados na vedação aos promotores e procuradores de exercerem “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (CF, art. 128, §5º, II, “d”). Além disso, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o juízo de subsidiariedade levaria em conta, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Assim, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, não haveria como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso porque as ações originárias e o recurso extraordinário não seriam capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não conhecia da ação e indeferia a medida cautelar. Assinalava que haveria meio próprio para afastar do cenário jurídico a designação de procurador de justiça para figurar como Ministro de Estado. Na espécie, já se teria ajuizado ação popular para esse fim. Da mesma forma, seria cabível ação direta de inconstitucionalidade para atacar a resolução do CNMP. Vencido, em menor extensão, o Ministro Edson Fachin, que não conhecia da arguição de preceito fundamental quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da mencionada resolução, diante do não atendimento do princípio da subsidiariedade.

ADPF 388/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.3.2016. (ADPF-388)

Exercício do cargo de Ministro de Estado por membro do Ministério Público e vedações constitucionais - 2

Em seguida, a Corte resolveu superar a análise do pedido de medida liminar e apreciou diretamente o mérito da ação. Entendeu que a autorização criada pela Resolução 72/2011 seria flagrantemente inconstitucional. A Constituição vedara aos promotores e procuradores o exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, §5º, II, “d”). Observou que o constituinte enfatizara que a vedação não seria simplesmente ao exercício de “outra função pública”, mas ao exercício de “qualquer outra função pública”, regra cuja única exceção seria a de magistério. Sublinhou que o art. 129, IX, da CF não deveria ser lido como uma espécie de cláusula de exceção. Esse dispositivo seria o inciso final da lista de funções institucionais do “parquet” enumerada no texto constitucional. De acordo com sua redação, competiria ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Essa disposição seria relativa às funções da instituição Ministério Público e não aos seus membros. Norma com dupla função. Uma primeira, de abertura do rol das atribuições ministeriais, que explicitaria que a lista do art. 129 seria “*numerus apertus*”, de modo que poderia ser ampliada. Uma segunda, reforçaria a completa separação, inaugurada pela Constituição de 1988, do Ministério Público com a advocacia pública, ao afastar o “parquet” de realizar “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. O entendimento de que a vedação seria quanto ao exercício concomitante de funções de promotor e outras funções fora da instituição não passaria pela leitura do texto constitucional. A vedação ao exercício de outra função pública vigeria “ainda que em disponibilidade”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a instituição. Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passaria a atuar como subordinado ao chefe da Administração. Isso fragilizaria a instituição Ministério Público, que

poderia ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. Por outro lado, a independência em relação aos demais ramos da Administração Pública seria uma garantia dos membros do Ministério Público, que poderiam exercer suas funções de fiscalização do exercício do Poder Público sem receio de reverses. O CNMP adotara orientação afrontosa à Constituição e à jurisprudência do STF. Criara uma exceção à vedação constitucional, que textualmente não admitiria exceções. O Conselho não agira em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição. Pelo contrário, se propôs a mudá-la, com base em seus próprios atos. Ressaltou, no entanto, que a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4º, I) não fora violada pela nomeação de membro de poder de unidade da Federação para ocupar cargo no governo federal. Se fosse viável a ocupação do cargo na Administração Federal, seria ela mediante afastamento do cargo na origem. Assim, esse argumento seria de todo impecado. Por fim, não se acolheu o pleito de anulação imediata da nomeação do Ministro da Justiça.

ADPF 388/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.3.2016. (ADPF-388)

ADI e designação de promotor eleitoral - 2

O Procurador-Geral da República detém a prerrogativa, ao lado daquela atribuída ao Chefe do Poder Executivo, de iniciar os projetos de lei que versem sobre a organização e as atribuições do Ministério Público Eleitoral. Assim, a designação, de membro do Ministério Público local como promotor eleitoral, por Procurador Regional Eleitoral, que é membro do Ministério Público Federal, não afronta a autonomia administrativa do Ministério Público do Estado. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou impecado pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 79 da LC 75/1993 (“Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. Parágrafo único. Na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado”) — v. Informativo 773. A Corte enfatizou que apesar de haver a participação do Ministério Público dos Estados na composição do Ministério Público Eleitoral, cumulando o membro da instituição as duas funções, elas não se confundiriam, haja vista possuírem conjuntos diversos de atribuições, inclusive, de remuneração. Um recebe pelo Tesouro Estadual, em virtude da função estadual, e o outro, também recebe pelo Tesouro Federal, em razão da atribuição eleitoral. A subordinação hierárquico-administrativa não funcional do promotor eleitoral seria estabelecida em relação ao Procurador Regional Eleitoral, e não em relação ao Procurador-Geral de Justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato formal de designação do promotor eleitoral para a função eleitoral seja feita exatamente pelo Ministério Público Federal, e não pelo Ministério Público local. A designação do promotor eleitoral seria ato de natureza complexa, resultado da conjugação de vontades tanto do Procurador-Geral de Justiça, responsável por indicar um membro do Ministério Público estadual, quanto do Procurador Regional Eleitoral, a quem competiria o ato formal de designação. Dessa maneira, o art. 79, “caput” e parágrafo único, da Lei Complementar 75/ 1993, não teria o condão de ofender a autonomia do Ministério Público Estadual, porque não incidiria sobre a esfera de atribuição do “*parquet*” local, mas sobre ramo diverso da instituição, o Ministério Público Eleitoral. Por consequência, não interviria nas atribuições ou na organização do Ministério Público Estadual.

ADI 3802/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016. (ADI-3802)

ADI e designação de promotor eleitoral - 3

Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux que julgavam a ação procedente. Consideravam atípica e heterodoxa a designação de promotor estadual pelo procurador federal. Entendiam haver vício de iniciativa quanto ao disposto no parágrafo único do artigo 79 da LC 75/1993. Apontavam que a designação de membros para o exercício de atribuições seria tema típico de organização de cada Ministério Público e, por isso, não caberia ao Procurador-Geral da República a iniciativa de projeto de lei concernente a normas gerais de organização do “*parquet*” nos Estados. Não obstante o vício formal, asseveravam também haver vício material, porque a norma questionada afrontaria a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público dos Estados. Para o Ministro Marco Aurélio, o caráter unitário do Ministério Público não poderia servir como fundamento para permitir a ingerência administrativa do Chefe do Ministério Público da União nos quadros de órgão estadual, sob pena de violação ao princípio federativo. Apesar de inquestionável a existência de um Ministério Público nacional, composto por órgãos federais e estaduais, a unidade da instituição não se confundiria com a estrutura organizacional, garantida pela autonomia de cada unidade federada.

ADI 3802/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016.

ADI: despesas com pessoal e Lei de Diretrizes Orçamentárias

Em virtude da ocorrência de episódio de usurpação da competência da União para dispor em tema de limite de despesas com gasto de pessoal (CF, art. 169, “caput”), o Plenário referendou em parte medida cautelar para suspender, com efeitos “*ex nunc*”, até o julgamento final da ação, a eficácia da expressão “Poder Legislativo 4,5%”, contida no art. 50 da Lei 1.005/2015 do Estado de Rondônia (Lei de Diretrizes Orçamentárias). No caso, a lei impugnada não respeitara os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal para gastos com pessoal referentes ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

ADI 5449 MC-Referendo/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 10.3.2016. (ADI-5449)

ADI e revalidação de diplomas obtidos no exterior

A previsão em lei estadual, acerca da revalidação de títulos obtidos em instituições de ensino superior dos países membros do MERCOSUL, afronta o pacto federativo (CF, art. 60, §4º, I), na medida em que usurpa a competência da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional. Essa a conclusão do Plenário ao referendar medida cautelar para suspender a eficácia da Lei 2.973/2014 do Estado do Acre. Tal norma trata da admissão de diploma estrangeiro sem necessidade de revalidação. O Colegiado acrescentou que a lei impugnada estabelece um conjunto de circunstâncias que afastam exigências de revalidação de diploma de curso superior oriundo de instituições estrangeiras, o que vai de encontro ao sentido do Decreto 5.518/2005, que promulgara o acordo de admissão de títulos e graus universitários para exercício de atividades acadêmicas nos estados partes do MERCOSUL. Verificou, também, a possibilidade de dano ao erário, tendo em vista eventual concessão de promoções funcionais e gratificações a servidores a quem a lei estadual beneficia.

ADI 5341 MC- Referendo/AC, rel. Min. Edson Fachin, 10.3.2016. (ADI-5341)

Vício de iniciativa e fonte de custeio - 3

O Plenário retomou julgamento de ação direta ajuizada em face do parágrafo único do art. 110 da Lei 915/2005 do Estado do Amapá, que trata do regime próprio de previdência social dos servidores estaduais e da entidade de previdência estadual [“Art. 110. O Estado responderá subsidiariamente pelo pagamento das aposentadorias e pensões concedidas na forma desta Lei, na hipótese de extinção, insolvência ou eventuais insuficiências financeiras do Regime Próprio de Previdência Social do Estado. Parágrafo único – No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação desta Lei, a Amapá Previdência, desde que provocada pelo Órgão interessado, assumirá o pagamento dos benefícios de aposentadoria e pensão que tenham sido concedidos por qualquer dos Poderes do Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas durante o período de vigência do Decreto 87, de 6 de junho de 1991, e que, nesta data, estejam sendo suportados exclusiva e integralmente pelo Tesouro Estadual”] — v. Informativo 773. Em voto-vista, o Ministro Teori Zavascki abriu divergência para julgar improcedente o pedido, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Preliminarmente, afastou a alegação de vício de inconstitucionalidade formal, como também o fizera anteriormente o Ministro Dias Toffoli (relator). Isso se daria porque o dispositivo impugnado não dispusera sobre servidores e seu regime jurídico, senão que permitira fosse o pagamento dos benefícios de aposentadoria transferido da alçada do Tesouro Estadual para a da Amapá Previdência - Amprev. Tratar-se-ia, portanto, de típica norma de organização administrativa, sob a forma de atribuição de competências. Portanto, levando-se em consideração tanto o art. 61, § 1º, II, “c” ou “e”, como o art. 84, VI, da CF, não se verificaria, na espécie, inconstitucionalidade formal.

ADI 3628/AP, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016. (ADI-3628)

Vício de iniciativa e fonte de custeio - 4

Dessa maneira, assentada pelo Colegiado a inexistência de inconstitucionalidade formal na norma impugnada, a dissidência diria respeito a eventual inconstitucionalidade material. Segundo o pronunciamento do relator, o art. 110 da Lei 915/2005 do Estado do Amapá teria ofendido a Constituição Federal porque, sem previsão de custeio, imputara à Amapá Previdência a responsabilidade pelo pagamento de aposentadorias concedidas pelo regime legal anterior a servidores estaduais. Contudo, para o Ministro Teori Zavascki, a Lei 915/2005 do Estado do Amapá não teria criado obrigações a fundo perdido. Feita a análise da legislação local (Decreto 137/1991, Lei 448/1999 e Lei 915/2005), constatar-se-ia que: a) embora a responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias estivesse a cargo do Tesouro Estadual desde 1999, essa legislação nunca se esquivara de cobrar contribuições dos servidores ativos, fazendo-o em alíquota até superior à que exigida atualmente; b) essas contribuições constituiriam receitas do Instituto de Previdência do Amapá (Ipeap), extinta autarquia previdenciária, cujo patrimônio fora incorporado pela Amprev em 1999; c) também a Amprev, desde sua instituição, receberia repasses mensais correspondentes às contribuições dos servidores; e d) com a Lei 915/2005, os inativos e pensionistas também se viram compelidos a recolher uma contribuição mensal para o sustento do regime de previdência local. Além disso, destacou que, dado esse contexto, ficaria claro que não teria havido solução de continuidade no financiamento da previdência dos servidores estaduais e que os recursos anteriormente recolhidos teriam sido redirecionados em favor da constituição do patrimônio da Amprev. Desse modo, o art. 110 da Lei 915/2005 apenas teria objetivado concentrar o pagamento de todos os benefícios previdenciários concedidos pelo Estado sob a responsabilidade de um mesmo serviço. Não se poderia verificar, portanto, a existência de outorga de obrigação sem fonte de custeio, mas apenas de redefinição de unidades pagadoras, que, no caso dos benefícios concedidos com base na legislação revogada (Decreto 137/1999), deixara de ser a unidade concedente para ser, também, a Amprev, entidade responsável pela administração das contribuições previdenciárias. Por outro lado, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, ao acompanhar o voto proferido pelo relator, julgaram o pedido improcedente. Em seguida, ante o empate na votação, o julgamento foi suspenso.

ADI 3628/AP, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016. (ADI-3628)

REPERCUSSÃO GERAL

Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção - 1

Os prazos da licença-adoptante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adoptante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a possibilidade de lei instituir prazos diferenciados para a concessão de licença-maternidade às servidoras gestantes e às adotantes. Reconheceu o direito da recorrente, servidora pública, ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da CF, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, nos termos da lei. De início, o Colegiado afirmou que a Constituição trouxera inovações a respeito do tema. Uma delas, a superação da ideia de família tradicional, hierarquizada, liderada pelo homem, chefe da sociedade conjugal. Fora criada uma noção de família mais igualitária, que não apenas resulta do casamento. Além disso, ela não é mais voltada para proteger o patrimônio, mas para cultivar e manter laços afetivos. Outra mudança diz respeito à igualdade entre os filhos, que tinham regime jurídico diferenciado, a depender de suas origens. Por fim, fora estabelecido, no art. 7º, XVIII, da CF, a licença à gestante como um direito social. No que se refere à legislação infraconstitucional, o Tribunal explicou sua evolução até o quadro atual, em que há duas situações distintas: para servidoras públicas, regidas de acordo com a Lei 8.112/1990, a licença-maternidade, para gestantes, é de 120 dias. Para adotantes, a licença-maternidade é de 90 dias, para crianças menores de 1 ano, e de 30 dias, para maiores de 1 ano. Por outro lado, para trabalhadoras da iniciativa privada, regidas de acordo com a CLT, a licença-gestante é equiparada à licença-adoptante, e não há diferenciação em virtude da idade da criança adotada. Com o advento da Lei 11.770/2008, passara a ser previsto o direito de prorrogação da licença-maternidade em até 50%, tanto para servidoras públicas quanto para trabalhadoras do setor privado.

RE 778889/PE, rel. Min. Roberto Barroso, 10.3.2016. (RE-778889)

Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção - 2

O Plenário analisou que essa diferenciação existente no setor público, tanto em razão de a mãe ser adotante quanto em virtude da idade da criança adotada, seria ilegítima. Isso porque as crianças adotadas apresentam dificuldades inexistentes para filhos biológicos: histórico de cuidados inadequados, carência, abuso físico, moral e sexual, traumas, entre outros. Além disso, quanto maior a idade da criança, maior o tempo em que submetida a esse quadro, e maior a dificuldade de adaptação à família adotiva. Por isso, quanto mais a mãe pudesse estar disponível para a criança adotiva, mormente nesse período inicial, maior a probabilidade de recuperação emocional da criança em adaptação. Além disso, crianças adotadas apresentam mais problemas de saúde, se comparadas com filhos biológicos, e quanto mais avançada a idade da criança, menor a probabilidade de ser escolhida para adoção. Assim, nada indica que crianças mais velhas demandam menos cuidados se comparadas a bebês. A situação revela justamente o contrário. Ademais, é necessário criar estímulos para a adoção de crianças mais velhas. Portanto, o tratamento mais gravoso dado ao adotado de mais idade viola o princípio da proporcionalidade, e implica proteção deficiente. O Colegiado observou o tema, ainda, à luz da autonomia da mulher. Por causa de razões culturais, o membro da família mais onerado na experiência da adoção é a mãe. Também por esse motivo, não há justificativa plausível para conferir licença inferior à mãe adotiva, se comparada à gestante. Não existe fundamento constitucional para a desequiparação da mãe gestante e da mãe adotante, sequer do adotado mais velho e mais novo. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Considerava que a diferenciação quanto a gestantes e adotivas teria fundamento constitucional.

RE 778889/PE, rel. Min. Roberto Barroso, 10.3.2016. (RE-778889)

PRIMEIRA TURMA

CNJ: revisão disciplinar e devido processo legal - 1

A Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, no qual aplicada pena de aposentadoria compulsória a magistrado estadual. A impetração alegava afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa no julgamento do CNJ, porquanto a intimação de inclusão do processo disciplinar na pauta de julgamentos do Conselho não teria sido acompanhada de peças necessárias à compreensão da matéria a ser deliberada. A Turma, ao rejeitar tal assertiva, ressaltou que, no momento da intimação referida, o processo de revisão disciplinar não teria, ainda, sido instaurado. A intimação do recorrido se dera pela simples inclusão em pauta de petição que se referia ao processo administrativo disciplinar aberto contra ele no tribunal de justiça local, tendo a Corregedora Nacional de Justiça, naquela oportunidade, proposto a instauração da revisão, nos termos do art. 86 do Regimento Interno do CNJ (“A instauração de ofício da Revisão de Processo Disciplinar poderá ser determinada pela maioria absoluta do Plenário do CNJ, mediante proposição de qualquer um dos Conselheiros, do Procurador-Geral da República e o magistrado acusado ou seu defensor terão vista dos autos por dez dias, para razões”). Então, a partir da efetiva instauração do processo, a sua instrução se dera com estrita observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pela abertura de prazo para apresentação de defesa prévia e para apresentação de razões finais. Ainda assim, embora o magistrado não tenha sido pessoalmente intimado para a sessão de julgamento do mérito da revisão disciplinar, seus advogados o foram por meio de publicação no Diário de

Justiça eletrônico. Ademais, o impetrante teria participado ativamente de todos os atos processuais, pelo acompanhamento do início do julgamento por meio do portal eletrônico do CNJ e pelo pedido para apresentar questão de fato e para reiterar seus argumentos. Por fim, não tendo sido demonstrado prejuízo à sua defesa, não se haveria de reconhecer a nulidade do ato, nos termos da jurisprudência do STF.

MS 32581/DF, rel. Min. Edson Fachin, 8.3.2016. (MS-32581)

CNJ: revisão disciplinar e devido processo legal - 2

A Turma afastou, ainda, a alegação de que o impetrante teria sofrido sobreposição de sanções administrativas por já ter cumprido a sanção de remoção compulsória imposta no processo administrativo disciplinar instaurado no tribunal local. Consignou que a competência do CNJ para rever determinado procedimento ou processo administrativo, inclusive alterar a sanção aplicada pelo tribunal local, seria extraída diretamente da Constituição Federal. Desse modo, ao CNJ seria atribuída a competência originária e concorrente para apreciar, até mesmo de ofício, a legalidade dos atos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, bem como para rever os processos disciplinares contra juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (CF, art. 103-B, § 4º), como no caso em questão. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que davam provimento ao agravo regimental para que o mandado de segurança fosse julgado pelo Colegiado, enfrentando-se o tema de fundo.

MS 32581/DF, rel. Min. Edson Fachin, 8.3.2016. (MS-32581)

SEGUNDA TURMA

Extradicação: concurso material e limite de tempo de pena

A Segunda Turma deferiu, com restrição, pedido de extradicação formulado em desfavor de nacional estadunidense, lá processado pela suposta prática de diversos delitos equiparados aos crimes tipificados nos artigos 213 e 217-A do CP. O Colegiado ressaltou a inaplicabilidade, no Estado requerente, da ficção jurídica do crime continuado. Assim, se aplicada a regra do cúmulo material, o extraditando ficaria sujeito a pena bastante superior a 30 anos, o máximo permitido na legislação brasileira. Ainda que fosse possível computar qualquer reprimenda, independentemente de sua duração, no sistema pátrio, seria vedado, por outro lado, executá-la para além do teto de 30 anos. Assim, haveria a necessidade de o Estado requerente assumir, formalmente, o compromisso diplomático de comutar em pena de prisão não superior a esse limite as reprimendas privativas de liberdade eventualmente imponíveis no caso, considerada, inclusive, a exigência de detração penal.

Ext 1401/Governo dos Estados Unidos da América, rel. Min. Celso de Mello, 8.3.2016. (Ext-1401)

Desapropriação por utilidade pública e princípio da justa indenização - 2

A preferência do julgador por determinada prova insere-se no livre convencimento motivado e não cabe compelir o magistrado a colher com primazia determinada prova em detrimento de outras pretendidas pelas partes se, pela base do conjunto probatório tiver se convencido da verdade dos fatos (CPC/1973, “Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”). Com base nessa orientação, a Segunda Turma, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a inclusão das perdas do proprietário decorrentes da desvalorização de sua propriedade e de seus produtos, no valor da justa indenização para satisfazer o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII e XXIV), independentemente da reavaliação do material fático-probatório. Na espécie, parte da propriedade do recorrente fora declarada de utilidade pública para a construção de três estações de tratamento de esgoto (ETEs), não tendo sido incluídos, nos valores pagos a título de indenização, os lucros cessantes decorrentes da desvalorização da área remanescente, utilizada no plantio e beneficiamento de laranja para fins de exportação, nos quais empregada alta tecnologia — v. Informativo 618. Para a Turma, não haveria situação a exigir a análise prévia de normas infraconstitucionais. Salientou que o afastamento da indenização pretendida teria decorrido da ausência de elementos probatórios suficientes para formar o convencimento dos julgadores no sentido da procedência do pleito, pelo que não se poderia cogitar de afronta ao comando constitucional da justa indenização. Assim, correta a decisão proferida pelo tribunal “a quo” ao se basear em elementos aptos a afastar o nexo de causalidade entre a instalação de estação de tratamento de esgoto e os danos alegadamente ocorridos na propriedade remanescente. Quanto à desvalorização dessa área remanescente pela implantação da estação de tratamento, a Turma, no ponto, seguiu o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes (relator) sobre a desconsideração das referências feitas no acórdão recorrido acerca da posterior venda de parte da propriedade pelo recorrente, a qual não teria o condão de afetar o nexo de causalidade entre processo de desapropriação e eventual dano causado à área remanescente. No entanto, não o acompanhou no tocante à necessidade de indenização. O Colegiado entendeu que ao não considerar a influência da estação de tratamento na área remanescente para fixação do valor teria se baseado na apreciação de fatos provados nos autos. Não se configuraria, portanto, situação a admitir a interposição de recurso extraordinário para valoração jurídica da prova com base em fatos incontroversos e indiscutidos no curso da ação. A alteração de qualquer decisão do acórdão recorrido exigiria não apenas a valorização jurídica da prova, mas o enfrentamento da correção dos fatos e dados nele afirmados como certo, procedimento vedado nos termos do Enunciado 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). Vencido o Ministro Gilmar Mendes, que dava parcial provimento ao recurso para

incluir na condenação os valores referentes à desvalorização das terras remanescentes.

RE 567708/SP, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, 8.3.2016. (RE-567708)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	9.3.2016	10.3.2015	9
1ª Turma	8.3.2016	—	7
2ª Turma	8.3.2016	—	249

CLIPPING DO DJE

7 a 11 de março de 2016

EMB. DECL. NO HC N. 114.147-SP

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DEVIDAMENTE APRECIADA NA IMPETRAÇÃO. EMBAGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, consoante dispõe o artigo 535 do CPC.
2. Inexiste contradição nas hipóteses em que o Colegiado não conhece da impetração substitutiva do meio processual adequado, e no mérito não concede a ordem *ex officio* posto inexistente teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. *In casu*, a Turma concluiu pela inexistência de constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*.
3. A pretensão de rediscutir toda matéria de fundo constante da impetração é inviável na via estreita dos embargos declaratórios, máxime quando inexistente nulidade processual a ser sanada.
4. *In casu*, A quantidade de droga (23,55 kg) aliada à qualidade de policial do paciente servem de indício de que este integra organização criminosa especializada no tráfico ilícito de entorpecentes, a justificar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.
5. Da fundamentação concreta adotada pelo Juízo *a quo*, lastreada nos elementos de informação que acompanham os autos, e na forma em que foi desempenhada a prática criminosa, não se verifica qualquer ilegalidade, teratologia ou abuso de poder a ser corrigido de ofício por essa via excepcional, notadamente em impetração substitutiva de recurso ordinário.
6. Embargos de declaração desprovidos.

EMB. DECL. NO ARE N. 930.101-BA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Direito Processual Civil. Prequestionamento. Ausência. Artigo 93, inciso IX, da CF. Violação. Não ocorrência. Prova pericial. Indeferimento. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral. Inexistência. Precedentes.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.
2. Inadmissível o recurso extraordinário se os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas n°s 282 e 356/STF.
3. Não procede a alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente.
4. O Supremo Tribunal Federal assentou a ausência de repercussão geral dos temas trazidos nestes autos. **Vide:** (i) ARE n° 639.228/RJ, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 31/8/11; e (ii) ARE n° 748.371/MT, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 1º/8/13. 5. Agravo regimental não provido.

MS N. 32.724-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Mandado de segurança. Ato do CNJ. Reclamação disciplinar. Procedimentos censórios instaurados paralelamente no CNJ e na corte de origem. Sobrestamento do feito em trâmite no conselho. Julgamento pelo tribunal de origem. Incidência do art. 103-b, §4º, V, CF/88. Pretensão revisional do conselho iniciada. Observância do limite temporal. Necessidade. Segurança concedida. Nos autos da ADI n° 4.638/DF, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça possui atribuição correicional originária e autônoma, no sentido de que seu exercício não se submete a condicionantes relativas ao desempenho da competência disciplinar pelos tribunais locais. Todavia, a par do poder censório inicial atribuído ao CNJ, tratou, ainda, a EC n° 45/04, de conferir ao Conselho Nacional de Justiça poder revisional (art. 103-B, § 4º, inciso V), que, por essência, se realiza a partir do julgamento disciplinar pelo órgão local, sob limite temporal de um ano, de modo que, uma vez julgada a questão pela corregedoria de origem, a continuidade de eventual apuração em curso no CNJ há de se conformar àquele prazo constitucional. Hipótese em que foi o CNJ cientificado da decisão proferida no procedimento disciplinar local em 7/8/12, tendo, porém, adotado a primeira medida para revisão do julgado apenas em 23/12/13, após, portanto, o decurso do lapso temporal constitucional.

Segurança concedida para anular a reclamação disciplinar n° 000236741.2011.2.00.0000

*noticiado no Informativo 808

AG. REG. NA Rcl N. 9.248-PE

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÃO. SURGIMENTO DE INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL NOS CRIMES INVESTIGADOS EM PRIMEIRO GRAU. CISÃO PROCESSUAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PEDIDO DE NULIDADE DAS AÇÕES PENAIS AFETAS AO JUÍZO A QUO DESDE A DECISÃO DO DESMEMBRAMENTO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que “*é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais*” (Rcl 1121, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033).

2. Contudo, o sistema processual penal consagra o princípio do *pas de nullite sans grief*, segundo o qual, a teor do disposto no art. 565, do CPP, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.
3. O dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado para fins de reconhecimento de eventual nulidade.
4. Arquivado o inquérito policial que justificava a discussão de possível usurpação de competência do STF, não mais subsiste o interesse no mérito da reclamação constitucional.
5. Agravo regimental desprovido.

AG. REG. EM MS N. 28.512-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. ABERTURA DO PROCEDIMENTO DE REVISÃO NO PRAZO CONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SANCIONADORA. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu poderes ao Conselho Nacional do Ministério Público para rever processos disciplinares julgados há menos de um ano, conforme o art. 130-A, § 2º, IV, da Constituição Federal.

2. *In casu*, o processo foi julgado na Corregedoria Geral do Ministério Público Federal em 13/7/2004 e o pedido de revisão autuado em 14/6/2005, não havendo que se falar em descabimento, ilicitude ou inconstitucionalidade na instauração do procedimento revisional.

3. Quanto à prescrição da pretensão sancionadora, o CNMP constatou, no julgamento dos segundos embargos de declaração opostos por Eduardo Jorge, que a matéria já tinha sido apreciada pelo próprio Conselho “antes mesmo do julgamento de mérito da Revisão de Processo Disciplinar” (fl. 134), acarretando, assim, a preclusão administrativa.

4. Em relação ao resultado da análise da prescrição em si, em sede de mandado de segurança não é possível o reexame de acervo probatório do processo administrativo. Precedente: RMS 28.047, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19/12/2011.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

EMB. DECL. NO AG. REG. EM MS N. 28.353-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA E CONCORRENTE DO CNJ. ANÁLISE SOMENTE DOS FATOS NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO PARA DETERMINAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE ACERVO PROBATÓRIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).

3. *In casu*, o acórdão embargado restou assim ementado: “**AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA E CONCORRENTE DO CNJ. ANÁLISE SOMENTE DOS FATOS NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO PARA DETERMINAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE ACERVO PROBATÓRIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O CNJ não está condicionado à atuação do órgão correicional local (artigo 103-B, §4º, II, III e V), para somente após proceder, consoante a exegese adotada pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça detém competência originária e concorrente com os Tribunais de todo o país para instaurar processos administrativo-disciplinares em face de magistrados. (Precedentes: MS 29.187/DF, Min. Rel. Dias Toffoli, Plenário, DJe 18/2/2014, MS 28.513/DF, Min. Rel. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 25/9/2015) 3. In casu, conforme restou evidenciado no voto do Conselheiro Relator, apenas os fatos tidos como infrações disciplinares e não atingidos pela prescrição foram considerados para respaldar a punição imposta ao recorrente, ficando demonstrado materialmente que tais condutas violaram o art. 36, I e art. 35, VII, da LOMAN. 4. A análise da adequação da sanção envolve rediscussão de fatos e provas produzidas no âmbito do processo administrativo disciplinar, o que não se compatibiliza com a via do mandado de segurança. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.**”

4. Embargos de declaração **DESPROVIDOS**.

AG. REG. NO ARE N. 788.649-RS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEGURANÇA DOS ESTABELECIMENTOS FINANCEIROS. PORTA ELETRÔNICA. LEI Nº 7.494/94. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º E 93, IX, DA CF. INOCORRÊNCIA.

1. O acórdão recorrido está devidamente fundamentado, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos poderes” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello).

3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

EMB. DECL. NO AG. REG. NO RE N. 775.685-BA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Agravo regimental anteriormente interposto manifestamente infundado. Imposição de multa. Recolhimento. Ausência. Conhecimento dos embargos de declaração. Possibilidade. Beneficiários da justiça gratuita. Manutenção da multa. Suspensão do recolhimento. Precedentes.

1. Conforme entendimento da Primeira Turma, assentado no julgamento do AI nº 550.244/MG-AgR-ED, o não recolhimento de multa anteriormente cominada no agravo regimental não impede o conhecimento dos embargos de declaração que se seguirem.

2. Sendo manifestamente infundado o agravo regimental anteriormente interposto, correta se mostrou a imposição da multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil.

3. A circunstância de as partes serem beneficiárias da justiça gratuita não as isenta do pagamento das sanções aplicadas na forma da lei processual, devendo, contudo, o recolhimento da multa ficar suspenso, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para determinar a suspensão da execução da multa.

*noticiado no Informativo 808

Acórdãos Publicados: 490

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Convenção Internacional - Direitos da Pessoa com Deficiência - Dignidade Humana - Ensino Inclusivo (Transcrições)

ADI 5.357 MC/DF*

RELATOR: Ministro Edson Fachin

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO.

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

4. Medida cautelar indeferida.

RELATÓRIO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, em face do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas”.

A requerente alega violação aos arts. 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *caput*, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, § 1º, inciso II, todos da Constituição da República.

O tema nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade é a obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Em apertada síntese, a requerente afirma que a Lei nº 13.146/2015 estabelece medidas de alto custo para as escolas privadas, violando os dispositivos constitucionais *supra* mencionados, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Requer, cautelarmente, a suspensão da eficácia do parágrafo 1º do art. 28, e *caput* do art. 30 da Lei nº 13.146/2015.

O Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações acerca da tramitação do projeto de lei que deu origem à norma impugnada (eDOC 17).

O Presidente do Senado Federal, em suas informações (eDOC 21), afirma a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015 e sua compatibilidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que afastaria o *fumus boni iuris*. Alega a ausência de *periculum in mora* em virtude da *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias. E, por fim, para evitar o *periculum in mora* reverso requer o indeferimento da cautelar pleiteada.

A Senhora Presidente da República informou (eDOC 23) que com a aprovação da Lei nº 13.146/2015 “a questão da deficiência, que antes era vista como um problema médico, passou a ser encarada como uma questão social, que demanda a adoção de medidas necessárias à eliminação de obstáculos e à garantia da plena inclusão na vida comunitária”. Requereu o indeferimento da medida cautelar e, por fim, a improcedência dos pedidos da petição inicial.

A Advocacia-Geral da União (eDOC 34) manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar, sob o argumento de que os dispositivos impugnados são compatíveis com a Constituição da República. Argumenta ainda que as disposições normativas permitem a política de educação inclusiva da pessoa com deficiência, visando à garantia de igualdade de oportunidades.

Foram admitidos como *amici curiae* a Federação Nacional das Apaes – FENAPAES – (eDOC 31), Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down – FBASD – (eDOC 60), Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID – (eDOC 60), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – (eDOC 87) e a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo – ABRAÇA (eDOC 87).

Foi solicitado pronunciamento da Procuradoria-Geral da República (eDOC 88).

É o relatório. **Decido.**

Em questão inicial a ser dirimida para análise deste pedido de medida cautelar, consigno não haver óbice para a propositura desta ação pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.

Este Tribunal chancelou em diversas oportunidades a legitimidade da requerente para acionar a jurisdição constitucional. Nesse sentido confira-se: ADI 3.330 (rel. min. Ayres Britto, DJe 21.03.2013), ADI 3.710 (rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 26.04.2007), ADI 1007 (rel. min. Eros Grau, DJ 24.02.2006), ADI 1.266 (rel. min. Eros Grau, DJ 23.09.2005), ADI 2.448 (rel. min. Sydney Sanches, DJ 13.06.2003), ADI 1.472 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002).

Ultrapassado o ponto, passo à análise dos pressupostos do pedido cautelar.

A busca na tessitura constitucional pela resposta jurídica para a questão somente pode ser realizada com um olhar que não se negue a ver a responsabilidade pela alteração compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional.

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via.

Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade.

Nessa toada, a Constituição Federal prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.

Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.

É imprescindível, portanto, a análise do art. 24 da Convenção, que dispõe:

“Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. **Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:**

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) **As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;**

b) **As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;**

c) **Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;**

d) **As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;**

e) **Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.**

3. **Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade.** Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) **Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;**

b) **Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;**

c) **Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.**

4. A fim de **contribuir** para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.”

Ou seja, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita.

Mais do que isso, dispositivos de *status* constitucional estabelecem a meta de inclusão plena, ao mesmo tempo em que se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência.

Se é certo que se prevê como dever do Estado **facilitar** às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional.

A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

Analisada a moldura normativa, ao menos neste momento processual, infere-se que, por meio da lei impugnada, o Brasil atendeu ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

Ressalte-se que, não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade.

É necessária, a um só tempo, a sua autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, bem como o cumprimento das normas gerais de educação nacional - as que se incluem não somente na Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), como pretende a Requerente, mas também aquelas previstas pela própria Constituição em sua inteireza e aquelas previstas pela lei impugnada em seu Capítulo IV -, ambas condicionantes previstas no art. 209 da Constituição.

Não se pode, assim, pretender entravar a normatividade constitucional sobre o tema com base em leitura dos direitos fundamentais que os convolem em sua negação.

Nessa linha, não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária, ou, ainda, o invocar da dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e “usuários que não possuem qualquer necessidade especial”. Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.

Ademais, o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. Esse estranhamento “*não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos, ao contrário, o estranhamento deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética*”

possível, a do acolhimento.” (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, *Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ)*, Vol. 45, 2014, p. 174).

A Lei nº 13.146/2015 parece justamente assumir esse compromisso ético de acolhimento quando exige que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

Como não é difícil intuir, a capacidade de surpreender-se com, na e pela alteridade, muito mais do que mera manifestação de empatia, constitui elemento essencial para um desarmado - e verdadeiro – convívio e também debate democrático. Nesse sentido e ainda na toada da Professora Vera Karam de Chueiri ao tratar da hospitalidade, parece evidenciar-se que somente “no desestabilizar das certezas – de exclusão – surge a necessidade do encontro, do abraço, de ver os olhos de quem só se vê através da mediação de números” (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, *Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ)*, Vol. 45, 2014, p. 174).

Para além de vivificar importante compromisso da narrativa constitucional pátria - recorde-se uma vez mais a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, CRFB - o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos esquadrihados pela Constituição da República.

É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

Esse foi inclusive um dos *consideranda* da celebração da Convenção:

“m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza.”

Frise-se o ponto: o ensino privado não deve privar os estudantes - com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmutando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arripio da ordem constitucional vigente.

De outro canto, impossível não recordar que o elemento constitutivo do compromisso com o outro faz-se presente nas reflexões de Emmanuel Lévinas, nas quais se aponta para uma noção de responsabilidade balizada pela ética.

Vale dizer, o comportamento dá-se (e é avaliado) não a partir do “eu” ou do “nós”, mas sim pelas “necessidades do outro” como elemento constituinte. Explicam Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Wykrota:

“O ‘Mesmo’ é inacabado, incompleto, imperfeito. O ‘Mesmo precisa do Outro para subsistir. Ele evade em busca de uma eterna impossibilidade: ser! Porque se fôssemos, o tempo deixaria de ser! Não somos, pois não temos uma essência fixa. Estamos sempre a caminho de ser, sem nunca sermos um ser para além de si.

A face do Outro, enquanto legítimo estrangeiro diante de nós, sempre nos remete a um compromisso que nos constitui. É bem simples: se evadirmos para o Outro, porquanto somos incompletos, não podemos eliminar essa possibilidade exterminando o Outro! Então: ‘Não Matarás!’ Logo, um compromisso que em Lévinas não é uma obrigação no sentido tradicional do termo, mas o modo pelo qual nos constituímos como seres humanos. Assim, somente somos livres quando somos responsáveis, e não o contrário.” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos Corredores do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.) *O Outro (e)(o) Direito*. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 27)

Nessa mesma linha, em sede doutrinária se percebeu que “(...) conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. Painel sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência no Brasil: A Aparente Insuficiência da Constituição e uma Tentativa de Diagnóstico. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 510).

Diante disso, torna-se imperativo analisar, desde logo, o pedido de concessão urgente de medida cautelar, considerando, a um só tempo, a relevância do tema ora posto à análise e a necessidade de uma imediata resposta desta Corte Suprema aos questionamentos levantados nesta ADI. Assim, se evita que, com a pluralidade de potenciais decisões conflitantes nas instâncias ordinárias, semeie-se insegurança jurídica e violação de direitos fundamentais.

Consigno, por oportuno, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal assim dispõe sobre as atribuições do Relator:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

IV - submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

V - determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma”.

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, cabe ao Relator, constatada a possibilidade de a demora na apreciação do pleito cautelar gerar grave dano a direito, deferir cautelares, *ad referendum* do Plenário, suficientes para a sua adequada proteção. Dessa forma, e por identidade de razão, não apenas pode, mas deve o Relator, atendendo ao direito fundamental de acesso à jurisdição, apreciar desde logo a medida cautelar para *indeferi-la*, quando constatar que a própria demora na apreciação do pleito cautelar pelo Plenário poderá, por si só, gerar grave dano, como acima consignei.

Ressalte-se que os dispositivos regimentais acima citados jamais foram objeto de questionamento no âmbito de fiscalização abstrata de constitucionalidade nesta Corte, de modo que a eles são aplicáveis a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, sendo possível sua aplicação nos excepcionais casos para os quais estão previstos.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade do exame monocrático da questão atinente ao pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, *ad referendum* do Plenário, com fundamento no próprio art. 21, V, do RISTF, e na jurisprudência da Corte.

De outro canto, a presente decisão não ofende aprioristicamente a competência do Tribunal Pleno, consistindo apenas em um diferimento da análise colegiada, dada a excepcionalidade institucional e as peculiaridades empíricas do presente caso.

Isso posto, não se vislumbra por ora, no olhar prefacial que caracteriza o juízo cautelar, a fumaça do direito pleiteado, o que igualmente tem reflexos na análise do *periculum in mora* invocado pela requerente. Tal ocorre no presente caso pelo fato de que não se pode dizer que os estabelecimentos de ensino privados tenham sido surpreendidos por normatividade inconstitucional estabelecida sobre o tema pela lei impugnada.

O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra.

E ainda, não é possível sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico. Sua apresentação desacompanhada de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentáculo, quando cabível, não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação desta Corte.

Inclusive o olhar voltado ao econômico milita em sentido contrário ao da suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados.

Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última

deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.

Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão da cautelar. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.

Por fim, o fato de a própria Lei nº 13.146/2015 - publicada em 07.07.2015 - ter estabelecido prazo de *vacatio* de 180 (cento e oitenta) dias (art. 127) igualmente afasta a pretensão acautelatória.

Diante dos pressupostos teóricos e da moldura normativa esboçados, **indeferido, ad referendum do Plenário deste STF, a medida cautelar** por não vislumbrar a fumaça do direito pleiteado e, por consequência, *periculum in mora*.

Peço dia para o julgamento do referendo da presente decisão, por mim indeferida, pelo Plenário desta Corte.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de novembro de 2015.

Ministro **Edson Fachin**
Relator

**decisão publicada no DJe de 20.11.2015*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

7 a 11 de março de 2016

Lei nº 13.257, de 8.3.2016 - Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 46, p. 1, em 9.3.2016.

Lei nº 13.258, de 8.3.2016 - Altera o inciso XX do art. 19 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre a expedição da permissão internacional para conduzir veículo. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 46, p. 4, em 9.3.2016.

Decreto nº 8.688, de 9.3.2016 - Dispõe sobre a cooperação para implementação e execução de programas e ações de interesse público entre a Administração Pública federal e os serviços sociais autônomos que especifica. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 47, p. 6, em 10.3.2016.

Informativo 818

SUMÁRIO

Plenário

ED: procedimento de “impeachment” e recepção - 1

ED: procedimento de “impeachment” e recepção - 2

PSV: medida provisória e reedição - 2

Auxílio-alimentação e servidores inativos

Aposentadoria especial e servidor público

ADI: Tribunal de Contas estadual e vício de iniciativa

Repercussão Geral

ED: responsabilidade civil do Estado por ato ilícito e contrato administrativo

1ª Turma

Conflito de atribuição e fato novo

Previsão temporária de recursos e conflito federativo
Menor infrator e medida socioeducativa

2ª Turma

Pureza da droga e dosimetria da pena

Clipping do DJe

Transcrições

Senador da República - Cassação de Mandato - Controle Jurisdicional - Limites (MS 34064 MC-DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

ED: procedimento de “impeachment” e recepção - 1

Ao julgar embargos de declaração opostos ao acórdão em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) ajuizada em face de dispositivos da Lei 1.079/1950, em que o Supremo Tribunal Federal decidira pela legitimidade constitucional do rito nela previsto para o processo de “impeachment” de Presidente da República, o Plenário, por unanimidade, conheceu em parte dos embargos de declaração e, na parte conhecida, por maioria, rejeitou o recurso. A Corte assentou que não teria havido omissão, contradição ou obscuridade e enfatizou a inviabilidade de rejuízo da causa. De início, rejeitou assertiva no sentido de que no exame da medida cautelar na ADPF os Ministros do STF teriam deliberado sobre questão do voto aberto sem conhecer o inteiro teor do art. 188, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Destacou que referida norma interna fora invocada não somente no voto condutor do acórdão embargado, mas ao longo da tramitação de toda a ADPF. Lembrou que, ao pedir informações à Câmara dos Deputados, tal casa legislativa tratara expressamente do referido preceito. Como se afirmara na decisão embargada, a votação aberta seria a regra geral que decorreria dos princípios democrático, representativo, republicano e da publicidade. Por isso, o escrutínio sigiloso somente poderia ter lugar em hipóteses excepcionais e especificamente previstas. Dessa forma, o art. 188, III, do RICD teria sido repetidamente enfrentado durante o julgamento pelos Ministros integrantes do STF, bem como nas peças escritas e na sustentação oral. Por isso, não se poderia alegar omissão. Frisou que a decisão majoritária do STF teria se fundado em premissa de fácil compreensão — a de manter na maior extensão possível a jurisprudência, os precedentes, as práticas efetivas e os caminhos seguidos por ocasião do “impeachment” do Presidente Fernando Collor, ocorrido em 1992. Ao adotar essa linha, o Tribunal teria tomado decisões que foram percebidas ora como favoráveis ao governo — como no caso da invalidação da comissão especial —, ora como contrária a ele — como a rejeição do quórum de dois terços para a instauração do processo no Senado Federal. No mérito, as alegações de que o acórdão recorrido teria adotado premissas equivocadas também não se sustentariam, porque todos os pontos questionados pela embargante teriam sido enfrentados pelo Colegiado na apreciação da medida cautelar em ADPF de forma clara, coerente e fundamentada. Assim, ainda que o embargante discorde das conclusões alcançadas pelo Tribunal, não poderia pretender revê-las por meio de embargos de declaração a pretexto de correção de inexistentes vícios internos do acórdão proferido. O julgamento do acórdão embargado teria transcorrido de maneira hígida e regular. Por fim, a Corte não conheceu do recurso quanto a questões paralelas formuladas em tese e sem relação direta com o objeto da ADPF. Consignou não ser possível valer-se de embargos de declaração para obter, em caráter consultivo o esclarecimento de dúvidas pelo Judiciário, sob pena de desnaturar a essência da atividade jurisdicional. Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que acolhiam os embargos.

ADPF 378 ED/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 16.3.2016. (ADPF-378)

ED: procedimento de “impeachment” e recepção - 2

O Ministro Dias Toffoli apontava a existência de contradição no acórdão recorrido no ponto em que afirmada a impossibilidade de chapas avulsas para eleição da comissão especial. Seria da cultura da Câmara dos Deputados a formação de candidaturas avulsas, dentro do limite de vagas de cada partido. Do contrário, não seria caso de eleição, como expressamente consignado no acórdão. Destacava, ademais, que o acórdão, ao estabelecer a possibilidade de o Senado Federal instaurar ou não o processo de “impeachment”, acabava por diminuir a competência da Câmara dos Deputados, criando disparidade entre as duas Casas do Congresso Nacional. Outrossim, o acórdão teria subtraído o conceito de liberdade do voto — que se daria por meio do voto secreto — ao dizer que a eleição para a formação da comissão teria que ter voto aberto. Acolhia, portanto, os embargos, com efeitos modificativos, para reformar o acórdão embargado. O Gilmar Mendes, ao acompanhar a divergência, ressaltava a inexistência de unidade e integridade no acórdão atacado.

ADPF 378 ED/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 16.3.2016. (ADPF-378)

PSV: medida provisória e reedição - 2

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu proposta de edição de enunciado de súmula vinculante, resultante da conversão do Enunciado 651 da Súmula do STF, com o seguinte teor: “A medida provisória não apreciada pelo

Congresso Nacional podia, até a EC 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição” — v. Informativo 806. A Corte ressaltou a existência de feitos ainda a discutir o tema. Assim, seria útil e necessária a edição do verbete. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, que rejeitavam a proposta, em razão do não atendimento, no caso, dos requisitos previstos na Constituição Federal (Art. 103-A, § 1º: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”).

PSV 93/DF, 17.3.2016. (PSV-93)

Auxílio-alimentação e servidores inativos

O Plenário acolheu proposta de edição de enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor: “O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos”. Assim, tornou vinculante o conteúdo do Verbetes 680 da Súmula do STF.

PSV 100/DF, 17.3.2016. (PSV-100)

Aposentadoria especial e servidor público

O Plenário iniciou julgamento de proposta de revisão do teor do Enunciado 33 da Súmula Vinculante: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar”. No caso, o Procurador-Geral da República (PGR) postula que a redação do enunciado também contemple a situação dos servidores públicos com deficiência, que são impedidos de obter a aposentadoria especial em razão da mora na regulamentação do inciso I do § 4º do art. 40 da CF. Sugere, portanto, a adoção da seguinte redação: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, incisos I e III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) se manifestou pelo acolhimento da proposta, no que foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio. Afirmou que, à época da aprovação do Enunciado 33, observara-se que, com relação ao inciso I do § 4º do art. 40 da CF, pertinente aos portadores de deficiência, não haveria ainda processos suficientes para reconhecer-se uma jurisprudência consolidada. Agora, no entanto, existiria a possibilidade de incluir na redação do verbete tal inciso I, porquanto a orientação jurisprudencial do STF teria se firmado no sentido de que também aos servidores públicos com deficiência deveriam ser aplicadas analogicamente as regras do regime geral da previdência social. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

PSV 118/DF, 17.3.2016. (PSV-118)

ADI: Tribunal de Contas estadual e vício de iniciativa

O Plenário, em julgamento conjunto, deferiu medidas acauteladoras para suspender a eficácia dos artigos 1º a 9º e 11 a 20 da LC 666/2015 do Estado de Santa Catarina. A norma dispõe sobre competência e organização do Tribunal de Contas estadual, bem assim sobre a estrutura do Ministério Público atuante junto àquele órgão. O Colegiado assinalou que o projeto de lei, apresentado pelo Tribunal de Contas, fora submetido à Assembleia Legislativa estadual, que incluía 19 artigos a versar sobre objetos distintos do veiculado no único dispositivo constante do texto original. Não se tratava de simples emenda, mas de inclusão e de supressão de preceitos relacionados a questões estranhas à contida na proposição inicial, a configurar aparente vício de iniciativa.

ADI 5442 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 17.3.2016. (ADI-5442)

ADI 5453 MC/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 17.3.2016. (ADI-5453)

REPERCUSSÃO GERAL

ED: responsabilidade civil do Estado por ato ilícito e contrato administrativo

O Plenário iniciou o julgamento de embargos de declaração opostos de decisão proferida no RE 571.969/DF (DJe de 18.9.2014), na qual assentara-se que a União, na qualidade de contratante, possui responsabilidade civil por prejuízos suportados por companhia aérea em decorrência de planos econômicos existentes no período objeto da ação. Alega-se omissão quanto ao afastamento do instituto da preclusão acerca da impugnação aos critérios utilizados na perícia para a aferição do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Sustenta-se, também, omissão sobre a prevalência do regime intervencionista do Estado com relação ao instituto da responsabilidade objetiva. Argui-se ser contraditória a indicação do instituto da desapropriação como exemplo de responsabilidade do Estado por ato ilícito, bem assim o próprio resultado do julgamento, em face de conclusão do laudo pericial no sentido da ausência de nexo causal entre as medidas de intervenção e o agravamento das dívidas da embargada. Por fim, afirma-se que a limitação de lucro excessivo não configura dano indenizável. A Ministra Cármen Lúcia (relatora) desproveu os embargos. Aduziu que esse instrumento processual não se presta para provocar reforma da decisão embargada, salvo nos pontos em que haja omissão, contradição ou obscuridade (CPC, art. 535). No caso, todavia, não se pretende provocar esclarecimento, mas modificar o conteúdo do julgado, para afastar a responsabilidade da União pelos danos causados à embargada. A relatora entendeu que o acórdão impugnado enfrentara, devidamente, a questão relativa ao reconhecimento da preclusão sobre a impugnação feita aos

critérios utilizados na perícia para a aferição do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ademais, fora enfatizado que o afastamento da preclusão e, conseqüentemente, da intempestividade da peça apresentada pela União, é matéria infraconstitucional, insuscetível de análise em sede de recurso extraordinário. De igual modo, incabível, nessa via, o exame dos elementos afetos ao equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio, nesse mesmo sentido, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

RE 571969 ED/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.3.2016. (RE-571969)

PRIMEIRA TURMA

Conflito de atribuição e fato novo

A Primeira Turma sobrestou o julgamento de agravo regimental em ação cível originária que trata de conflito positivo de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo relativamente a procedimentos investigatórios criminais com o escopo de apurar quem seria o proprietário e se teria havido reformas em determinados imóveis. Na espécie, alega-se afronta aos princípios do “non bis in idem” e do promotor natural, haja vista que referidos procedimentos investigatórios teriam igual objeto e versariam sobre os mesmos fatos. A Ministra Rosa Weber (relatora) indeferiu a liminar por entender que não havia “seja pela ótica formal, seja pela material, elementos de convicção hábeis a justificar a concessão ..., neste juízo deliberatório” (DJe de 7.3.2016). Contra essa decisão, fora interposto o presente agravo regimental, em que se sustenta a ocorrência de fatos novos, configurados no oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público estadual e na decisão jurisdicional declinatória da competência da justiça estadual para a federal. Segundo o agravante, tais fatos seriam aptos a ensejar a reconsideração da decisão monocrática ou a submissão do julgamento à Turma. O Colegiado reconheceu a existência de fato novo, consubstanciado na remessa do procedimento formalmente existente na justiça estadual paulista para a justiça federal do Paraná. Apontou que o juízo federal poderia vir a assentar não ter a respectiva competência e determinar o retorno do inquérito, a desencadear um conflito negativo com o órgão paulista. Asseverou a necessidade de se aguardar o crivo do Ministério Público Federal e do juízo criminal federal, ambos do Estado do Paraná.

ACO 2833 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, 15.3.2015. (ACO-2833)

Previsão temporária de recursos e conflito federativo

A Segunda Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento de ação civil originária em que se discute a previsão temporária de recursos a título de auxílio financeiro com o propósito de fomentar as importações no âmbito estadual e municipal.

ACO 792/PR, rel. Min. Edson Fachin, 15.3.2016. (ACO-792)

Menor infrator e medida socioeducativa

O ato de internação do menor surge excepcional, apenas cabível quando atendidos os requisitos do art. 122 da Lei 8.069/1990 (“Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”). Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, para que ao paciente fosse fixada medida socioeducativa diversa da internação. Ainda por maioria, o Colegiado indeferiu a extensão do “writ” ao corrêu. Destacou que o ato atacado seria liminar veiculada no STJ. No entanto, superou o óbice do Enunciado 691 da Súmula do STF (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do Relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar”). No mérito, salientou que a situação do paciente, aliada às circunstâncias concretas — ausência de antecedentes criminais — envolveria especial sensibilidade, o que conduziria à concessão da ordem. Pontuou que o menor de idade não teria condenação prévia e seu envolvimento no delito de tráfico de maconha fora sem uso de violência e de baixa periculosidade. Assim, ainda que por curto período, sua internação em um desses estabelecimentos educacionais seria mais gravosa do que mantê-lo solto. Quanto ao corrêu, a Turma registrou a impossibilidade de estender a ele os efeitos da ordem, em virtude de seu histórico infracional. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que tornava definitiva a liminar quanto ao paciente e substituí-a a medida socioeducativa de internação pela liberdade assistida, nos termos dos artigos 118 e 119 da Lei 8.069/1990, com extensão ao corrêu.

HC 125016/SP, red. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 15.3.2016. (HC-125016)

SEGUNDA TURMA

Pureza da droga e dosimetria da pena

O grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena. Essa a conclusão da Segunda Turma, que indeferiu a ordem em “habeas corpus” impetrado em favor de denunciado pela suposta prática do crime descrito no art. 33, “caput”, c/c o art. 40, I e III, todos da Lei 11.343/2006. A defesa sustentava que deveria ser realizado laudo pericial a aferir a pureza da droga apreendida, para que fosse possível verificar a dimensão do perigo a que exposta a saúde pública, de modo que a reprimenda fosse

proporcional à potencialidade lesiva da conduta. A Turma entendeu ser desnecessário determinar a pureza do entorpecente. De acordo com a lei, preponderam apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida para o cálculo da dosimetria da pena.

HC 132909/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.3.2016. (HC-132909)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	16.3.2016	17.3.2016	393
1ª Turma	15.3.2016	—	572
2ª Turma	15.3.2016	—	492

CLIPPING DO DJE

14 a 18 de março de 2016

Rel N. 8.668-SP

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: RECLAMAÇÃO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE PRISÃO DOMICILIAR ONDE NÃO EXISTA SALA DE ESTADO MAIOR. ALEGADA AFRONTA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.127. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA PENA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO. RECLAMAÇÃO PREJUDICADA.

*noticiado no Informativo 809

EMB. DECL. NO ARE N. 935.040-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que os embargos declaratórios opostos, com caráter infringente, objetivando a reforma da decisão do relator, devem ser conhecidos como agravo regimental (Plenário, MI 823 ED-segundos, Rel. Min. Celso de Mello; Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; ARE 680.718 ED, Rel. Min. Luiz Fux).
2. O Supremo Tribunal Federal já assentou a ausência de repercussão geral da questão relativa à obrigatoriedade de observância das garantias constitucionais do processo ante o indeferimento, pelo juiz, de determinada diligência probatória. Precedente.
3. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindível seria a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimentos inviáveis em recurso extraordinário.
4. Não foram ofendidas as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que as partes recorrentes tiveram acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual, havendo o acórdão recorrido examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória.
5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO ARE N. 918.922-DF

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.11.2010.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
2. Inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.
3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada.
4. Agravo regimental conhecido e não provido.

HC N. 130.219-ES

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INTIMIDAÇÃO NO CURSO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO. AÇÃO PENAL INSTAURADA NA JUSTIÇA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A ENTES FEDERADOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADA. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO TIPO.

1. A competência criminal da Justiça Federal estabelecida no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal compreende os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou de empresas públicas.
2. No caso, narra a denúncia que a coação imputada ao paciente objetivava a alteração de depoimentos prestados por testemunhas durante procedimento investigatório, cujo desfecho reuniu provas da suposta prática de diversas ações delitivas de competência da Justiça Estadual. O bem jurídico ofendido, portanto, foi a administração dessa Justiça, não sendo suficiente para configurar ofensa a serviços ou interesses da União o fato de as testemunhas terem sido inquiridas, também, na Polícia Federal.
3. Na dicção do art. 344 do Código Penal, a coação direcionada contra qualquer pessoa que figure em processo administrativo também constitui elemento normativo do tipo, não sendo possível falar-se em atipicidade da conduta.
4. Habeas corpus denegado.

ADI N. 3.278-SC

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS. TAXAS. CUSTAS E EMOLUMENTOS JUDICIAIS. LEI COMPLEMENTAR 156/97 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE CERTIDÕES EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS, PARA DEFESA DE DIREITOS OU ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL. ART. 5º, XXXIV, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. Viola o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal, a exigência de recolhimento de taxa para emissão de certidão em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, porquanto essa atividade estatal está abrangida por regra imunizante de natureza objetiva e política. Precedente: ADI 2.969, de relatoria do Ministro Carlos Britto, DJE 22.06.2007.

2. A imunidade refere-se tão somente a certidões solicitadas objetivando a defesa de direitos ou o esclarecimento de situação de interesse pessoal, uma vez que a expedição de certidões voltadas à prestação de informações de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII) não recebe o mesmo tratamento tributário na Carta Constitucional.

3. Ação direta de inconstitucionalidade a que se dá parcial procedência, para fins de declarar a nulidade do dispositivo, sem redução de texto, de toda e qualquer interpretação do item 02 da Tabela VI da Lei Complementar 156/97, do Estado de Santa Catarina, a qual insira no âmbito de incidência material da hipótese de incidência da taxa em questão a atividade estatal de extração e fornecimento de certidões administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

ADI N. 4.259-PB

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. INCENTIVO FISCAL. ESPORTES. AUTOMOBILISMO. IGUALDADE TRIBUTÁRIA. PRIVÍLEGIO INJUSTIFICADO. IMPESSOALIDADE. LEI 8.736/09 DO ESTADO DA PARAÍBA. PROGRAMA “ACELERA PARAÍBA”. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. A Lei estadual 8.736/2009 singulariza de tal modo os beneficiários que apenas uma única pessoa se beneficiaria com mais de 75% dos valores destinados ao programa de incentivo fiscal, o que representa evidente violação aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

2. A simples fixação de condições formais para a concessão de benefício fiscal não exime o instrumento normativo de resguardar o tratamento isonômico no que se refere aos concidadãos. Doutrina. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

ADI N. 5.105-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA *SUB JUDICE* À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. *STANDARDS* DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS *IN YOUR FACE*) NASCEM PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE *CORREÇÃO* DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA).

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Conseqüentemente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (*i.e.*, promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (*i.e.*, edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (*i.e.*, limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a *correção* do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de *mutação constitucional pela via legislativa*. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso

Nacional, no caso *sub examine*, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de *justa causa* para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsito.9. No caso *sub examine*, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortalecerá as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário.10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.11. *In casu*, é inobjeto que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

*noticiado no Informativo 801

AG. REG. NO ARE N. 927.930-DF

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO ELEITORAL. CAMPANHA ELEITORAL. DOAÇÃO DE RECURSOS ACIMA DO LIMITE LEGAL. MULTA. LEI Nº 9.504/97. MODIFICAÇÃO SUPERVENIENTE DA COMPETÊNCIA. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 10.6.2015.

1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreender de modo diverso exigiria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.
2. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a modificação superveniente de competência não acarreta a nulidade dos atos praticados pelo Ministério Público perante o juízo então competente.
3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
4. Agravo regimental conhecido e não provido.

HC N. 129.351-SP

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. Em casos excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.
2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura ou a manutenção em liberdade do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312).
3. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes.
4. Identidade de situações entre o paciente e os corréus enseja, na hipótese, a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal - “*No concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará outros*”.
5. Ordem de *habeas corpus* concedida para, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feito legal, estendendo os efeitos desta decisão aos demais corréus.

AG. REG. NA Rcl N. 21.649-SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental na reclamação. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada, o que acarreta o não conhecimento do recurso, na linha de precedentes. Não conhecimento do agravo regimental. Pretendida concessão de *habeas corpus* de ofício. Ilegalidade flagrante demonstrada nos autos. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação com pena inferior a oito (8) anos de reclusão. Regime inicial fechado. Imposição com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - e na gravidade em abstrato do delito. Inadmissibilidade a teor das Súmulas 718 e 719 da Corte. Ordem concedida de ofício.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que, na petição de agravo regimental, a parte, sob pena de não conhecimento do recurso, deve impugnar todos os fundamentos da decisão que pretende infirmar.
2. Agravo regimental do qual não se conhece.
3. O caso recomenda a concessão de *habeas corpus* de ofício, pois, não obstante se trate de condenação por tráfico de drogas a pena inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial fechado foi fixado com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC nº 111.840/ES, de *minha relatoria*, DJe 17/12/12) e na gravidade em abstrato do delito, o que não é admitido pela Corte, a teor das Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
4. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar ao Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Bilac/SP que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial condizente de cumprimento da pena.

AG. REG. NO HC N. 132.864-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de extorsão (CP, art. 158, § 1º). Alegada inexistência de nexos causal entre a conduta do agravante e o fato delituoso. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível supressão de instância. Impetração manejada contra os pressupostos de admissibilidade de recurso especial. Impropriedade do *habeas corpus* para essa finalidade. Precedentes. Regimental não

provido.

1. A tese trazida pelo agravante à apreciação da Corte não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Logo, sua análise, de forma originária, pelo Supremo Tribunal, configuraria verdadeira supressão de instância, a qual não se admite.
2. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que não se revela admissível “a ação de habeas corpus, quando se pretende discutir os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante o E. Superior Tribunal de Justiça” (HC nº 115.573/SP, decisão monocrática, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe 23/11/12).
3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

AG. REG. NO RE N. 926.660-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Fundamentos da decisão agravada não impugnados nas razões do agravo regimental Administrativo. Concurso público. Decreto Distrital 21.688/2000. Legislação local. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas e de cláusulas editalícias. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que a parte deve impugnar, na petição de agravo regimental, todos os fundamentos da decisão agravada.
2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a interpretação das cláusulas editalícias. Incidência das Súmulas nºs 280, 279 e 454/STF.
3. Agravo regimental do qual não se conhece.

Acórdãos Publicados: 453

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Senador da República - Cassação de Mandato - Controle Jurisdicional - Limites (Transcrições)

MS 34064 MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, *com pedido de medida liminar*, **impetrado** contra “atos do Presidente e do Relator” do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, *alegadamente praticados no âmbito da Representação nº 01/2015*, **sustentando** o ora impetrante que as autoridades apontadas como coatoras **teriam incidido em comportamentos vulneradores** de seu direito líquido e certo à *plenitude de defesa e à garantia do contraditório*.

O ora impetrante, *que é Senador da República*, **bussa, em sede cautelar**, “*seja suspenso o processo decorrente da Representação nº 01, de 2015, em trâmite perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal*”, **apoiando** a sua pretensão mandamental na ocorrência de situações *que por ele foram assim resumidas*:

“(a) **o indeferimento do pedido de conversão do feito em diligência** para encaminhamento da Representação à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania;

(b) **a suspeição do relator**, que extrapolou os limites da crítica comedida, para lançar (pré)juízos de (des)valor meritórios e contra a honra do Impetrante; e

(c) **o indevido andamento da representação** contra parlamentar que se encontra em licença para tratamento de saúde.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a examinar o pleito cautelar **deduzido** pelo impetrante **na presente** causa mandamental. **E, ao fazê-lo, entendo necessário estabelecer algumas premissas que reputo indispensáveis** ao conhecimento da ação mandamental **por esta** Suprema Corte, **notadamente aquela que confere legitimidade ao conhecimento judicial da controvérsia, não obstante** impregnada *de elevado coeficiente político*, **mas inquestionavelmente revestida, de outro lado e ao menos em parte**, de irrecusável dimensão jurídico-constitucional.

Não se desconhece, na linha do longo itinerário percorrido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**desde 1898, ao menos**), **que a existência** de controvérsia jurídica *de índole constitucional legítima*, *por si só*, o exercício, **por esta Suprema Corte, de sua atividade de controle, que se revela insita** ao âmbito de competência **que a própria Carta Política** lhe outorgou.

Com efeito, tem-se por legitimamente instaurada a competência do Supremo Tribunal Federal, *ainda que se trate de procedimentos e deliberações parlamentares*, **toda vez** que se imputar às Casas ou Comissões do Congresso Nacional a prática **de atos ofensivos** à Constituição, **notadamente** a direitos e garantias fundamentais.

Cabe observar, por isso mesmo, que o exame da postulação deduzida **na presente** sede processual **justifica – na estrita perspectiva do princípio da separação de poderes – algumas observações** em torno de **relevantíssimas** questões **pertinentes ao controle jurisdicional do poder político**, de um lado, **e às implicações jurídico-institucionais**, de outro, **que necessariamente decorrem** do exercício do “judicial review”.

É antiga, porém ainda revestida de inegável atualidade, a advertência de RUI BARBOSA, **para quem** “A violação de garantias individuais perpetrada à sombra de funções políticas **não é imune** à ação dos Tribunais” (grifei).

É por esse motivo que a questão deixa de ser política, quando há um direito subjetivo ou um princípio constitucional **a ser amparado, tal como decidiu** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **no caso Baker v. Carr** (1962), **em julgamento** no qual esse Alto Tribunal, **fazendo prevalecer** o postulado “one man, one vote” **e afastando, por isso mesmo**, a invocação da doutrina da questão política, **entendeu** que o tema da reformulação legislativa dos distritos eleitorais (“legislative redistricting”) **mostrava-se impregnado**, em razão de sua própria natureza, de “justiciable questions”, **reconhecendo, portanto, a possibilidade** de “federal courts to intervene and to decide redistricting cases”.

Vê-se, desse modo, que a natureza de que se reveste a controvérsia ora em exame **torna legítima** a intervenção jurisdicional desta Corte Suprema, **pois** o “*thema decidendum*” **concerne** à alegação de ofensa a preceitos da Constituição, **o que basta, por si só, para autorizar o conhecimento** da matéria pelo Poder Judiciário.

Isso significa reconhecer que a prática do “judicial review” – **ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – **não pode ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica** do Poder Legislativo.

A discrição dos corpos legislativos não se legitima quando exercida em desarmonia com os limites estabelecidos pelo estatuto constitucional, eis que as atividades dos Poderes do Estado sofrem os rígidos condicionamentos que lhes impõe a Constituição da República, especialmente nas hipóteses de inflição de sanção punitiva, ainda que de índole política, como a decretação da perda do mandato parlamentar.

Não custa lembrar, neste ponto, que tal entendimento – plenamente legitimado pelos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que regem, em nosso sistema institucional, as relações entre os Poderes da República – nada mais representa senão um expressivo reflexo histórico da prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal inaugurada no curso da primeira década republicana (RTJ 142/88-89 – RTJ 167/792-793 – RTJ 175/253 – RTJ 176/718, v.g.).

É imperioso assinalar, portanto, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados pelas Casas legislativas – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por estatutos meramente regimentais ou pelo suposto caráter “interna corporis” do ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.

Irrecusável, desse modo, que a índole política dos atos parlamentares não basta, só por si, para subtraí-los à esfera de controle jurisdicional, eis que sempre caberá a esta Suprema Corte, mediante formal provocação da parte lesada, o exercício da jurisdição constitucional, que lhe é inerente, nos casos em que se alegue ofensa, atual ou iminente, a um direito individual, pois nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos.

Vislumbrando, assim, ainda que em exame superficial, a possibilidade de cognição da matéria por esta Corte, analiso a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo ora impetrante.

Alega-se que o Senhor Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar teria transgredido normas regimentais que regem o processo de cassação de mandato legislativo, pelo fato de haver admitido a apresentação do relatório preliminar ao Conselho que dirige, sem que a representação formulada contra o ora impetrante tivesse sido previamente encaminhada – como ora sustentado neste “writ” –, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos termos do art. 32, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal (Resolução nº 93/1970).

O ilustre Senhor Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, ao indeferir o pedido de prévia audiência da CCJ, assim fundamentou a sua deliberação:

“Foi protocolizada na Secretaria do Conselho, nesta data, petição dos Advogados do Representado solicitando a suspensão da leitura do relatório preliminar nesta reunião, a fim de que a Representação nº 1, de 2015, seja encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

Conforme expressamente estabelecido no art. 17-O, § 2º, do Regimento Interno deste Conselho, em caso de pena de perda do mandato, ao final do processo no Conselho de Ética, ou seja, após a aprovação do Relatório Final da Representação, é que será encaminhado o parecer à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, para análise dos aspectos constitucional, legal e jurídico.

Nestes termos, indefiro o pedido protocolado pela defesa do Representado, por ser intempestiva nesta fase preliminar.” (grifei)

O exame do contexto ora referido evidencia que a análise desse específico ponto da controvérsia envolve a indagação em torno de critérios interpretativos concernentes a preceitos regimentais orientadores de deliberações de órgãos congressuais.

Devo assinalar, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em casos assemelhados ao que ora se analisa, não tem conhecido das ações mandamentais, por entender que os atos emanados dos órgãos de direção das Casas e das Comissões do Congresso Nacional, quando praticados nos estritos limites da competência da autoridade apontada como coatora e desde que apoiados em fundamentos exclusivamente regimentais, sem qualquer conotação de índole jurídico-constitucional, revelam-se imunes ao “judicial review”, pois – não custa enfatizar – a interpretação incidente sobre normas de índole meramente regimental, por qualificar-se como típica matéria “interna corporis”, suscita questão que se deve resolver, “exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 168/443-444, v.g.):

“Agravamento regimental. Mandado de segurança. Questão ‘interna corporis’. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte.

1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional.

2. Agravo regimental desprovido.”

(MS 25.588-AgR/DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO – grifei)

“Agravamento Regimental em Mandado de Segurança. (...) 4. A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria ‘interna corporis’, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 5. Agravo regimental improvido.”

(MS 26.062-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

A invocação de mencionados precedentes, de um lado, e o contexto revelador da existência de dissídio interpretativo em torno do sentido e do alcance de preceitos meramente regimentais, de outro, descaracterizam, ao menos nesta fase introdutória do processo mandamental, a plausibilidade jurídica que necessariamente deve estar presente no exame da postulação cautelar, ainda mais se se tiver em consideração o fato de que se acha excluída da esfera de competência do Poder Judiciário a possibilidade de revisão de atos “interna corporis”, como se qualificam aqueles que se cingem, p. ex., à interpretação e à aplicação de normas regimentais.

Esse entendimento que ora é exposto em juízo de sumária cognição apoia-se na circunstância de que é inviável a crítica judiciária dirigida a regras de índole regimental ou à exegese de seu conteúdo normativo, que se mostram imunes à atuação corretiva do Poder Judiciário, constitucionalmente proibido de interferir na intimidade dos demais Poderes da República no que concerne aos respectivos atos “interna corporis”, especialmente quando o objeto da impugnação mandamental recair sobre atos que traduzem, bem ou mal, mera aplicação hermenêutica de critérios regimentais:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DENÚNCIA CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. (...). NEGATIVA DE SEGUIMENTO POR PARTE DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. (...) A QUESTÃO DO ‘JUDICIAL REVIEW’ E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. ATOS ‘INTERNA CORPORIS’ E DISCUSSÕES DE NATUREZA REGIMENTAL: APRECIÇÃO VEDADA AO PODER JUDICIÁRIO, POR TRATAR-SE DE TEMA QUE DEVE SER RESOLVIDO NA ESFERA DE ATUAÇÃO DO PRÓPRIO CONGRESSO NACIONAL OU DAS CASAS LEGISLATIVAS QUE O COMPÕEM. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO.”

(MS 33.558-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa lembrar, por oportuno, que desvios exclusivamente regimentais, como aqueles resultantes de interpretações antagônicas motivadas por critérios hermenêuticos díspares, por refletirem tema subsumível à noção de atos “interna corporis”, que não ultrapassam, por isso mesmo, o plano da estrita regimentalidade, acham-se excluídos, por efeito de sua natureza mesma, do âmbito do controle jurisdicional, como reiteradamente tem decidido esta Suprema Corte (MS 22.494/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – MS 22.503/DF, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – MS 23.920-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“MANDADO DE SEGURANÇA.

PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL.

'INTERNA CORPORIS':

Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, **de normas de regimento legislativo é imune a crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio 'interna corporis'.**

Pedido de segurança **não** conhecido.”

(MS 20.471/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – grifei)

Mandado de segurança que visa a compelir a Presidência da Câmara dos Deputados a acolher requerimento de urgência-urgentíssima para discussão e votação imediata de projeto de resolução de autoria do impetrante.

– **Em questões análogas à presente, esta Corte (assim nos MS 20.247 e 20.471) não tem admitido mandado de segurança contra atos do Presidente das Casas Legislativas, com base em regimento interno delas, na condução do processo de feitura de leis.**

Mandado de segurança **indeferido.**”

(MS 21.374/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

“8. Não cabe, no âmbito do mandado de segurança, também discutir deliberação 'interna corporis' da Casa Legislativa. Escapa ao controle do Judiciário, no que concerne a seu mérito, juízo sobre fatos que se reserva, privativamente, à Casa do Congresso Nacional formulá-lo. 9. Mandado de segurança indeferido.”

(MS 23.388/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – grifei)

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO 'INTERNA CORPORIS': MATÉRIA REGIMENTAL.

I. – **Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato 'interna corporis', imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo.**

II. – **Mandado de Segurança não conhecido.**”

(MS 24.356/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Essa delimitação temática, portanto, inibe a possibilidade de intervenção jurisdicional dos magistrados e Tribunais na indagação dos critérios interpretativos dos preceitos regimentais orientadores de deliberações emanadas dos órgãos das Casas do Congresso Nacional, sob pena de desrespeito ao postulado consagrador da divisão funcional do poder.

Tratando-se, pois, de matéria sujeita à exclusiva esfera da interpretação regimental, não haverá como incidir a “judicial review”, eis que – tal como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – a exegese “de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio 'interna corporis'” (RTJ 112/1023, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – grifei).

As questões “interna corporis” excluem-se, por tal motivo, em atenção ao princípio da divisão funcional do poder – que constitui expressão de uma das decisões políticas fundamentais consagradas pela Carta da República –, da possibilidade de controle jurisdicional, devendo resolver-se, exclusivamente, na esfera de atuação da própria instituição legislativa.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem reafirmado essa orientação em sucessivos pronunciamentos, nos quais ficou assentado que, tratando-se de questão “interna corporis”, deve ela ser resolvida, com exclusividade, “(...) no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (RTJ 102/27, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

Em uma palavra: a interpretação de normas de índole meramente regimental (como aquelas concernentes ao art. 32, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal e ao art. 17-O, § 2º, do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar) suscita questão que se deve resolver, “exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (RTJ 102/27), circunstância essa – como anteriormente ressaltado – que descaracteriza a plausibilidade jurídica da postulação cautelar do ora impetrante.

O segundo fundamento em que se apoia o pleito mandamental consiste na alegada suspeição do Relator, Senador Teilmário Mota, que teria – segundo sustenta o autor deste “writ” constitucional – ultrapassado “os limites da crítica comedida, para lançar (pré)juízos de (des)valor meritórios e contra a honra do Impetrante”.

Parece-me, sempre em sede de estrita deliberação, que não se revestiria de plausibilidade jurídica a alegada suspeição do Senhor Relator do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal.

É que o próprio Regimento Interno do Senado Federal somente prevê uma única hipótese de suspeição de Senador, estabelecendo, a esse respeito, em seu art. 306, que a incompatibilidade desse integrante da Câmara Alta para votar dar-se-á “quando se tratar de assunto em que tenha interesse pessoal”.

Por tratar-se de matéria de direito estrito, considerados os efeitos excludentes que resultam do reconhecimento de suspeição/impedimento, não se pode admitir qualquer interpretação extensiva ou ampliativa da matéria.

Mesmo cuidando-se de procedimentos parlamentares de cassação de mandatos eletivos, inclusive do próprio Presidente da República, revelam-se inaplicáveis as regras de impedimento/suspeição previstas na legislação processual, segundo advertem eminentes doutrinadores, como CARLOS MAXIMILIANO, (“Comentários à Constituição Brasileira”, vol. II/113, nota de rodapé, item n. 334, 5ª ed., 1954, Freitas Bastos), e enfatiza a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 21.623/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, enfatizou que os procedimentos de caráter político-administrativo (como o de cassação de mandato eletivo) revelam-se impregnados de forte componente político, considerados os aspectos concernentes à natureza marcadamente político-ideológica de sua motivação e das próprias sanções que ensejam, inviabilizando-se, em consequência, em relação aos Senadores da República e aos Deputados Federais, a aplicação subsidiária das regras de impedimento/suspeição previstas no direito processual comum:

“(…) VI – Impedimento e suspeição de Senadores: inocorrência. O Senado, posto investido da função e de julgar o Presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político. Quando a Câmara Legislativa – o Senado Federal – se investe de ‘função judicialiforme’, a fim de processar e julgar a acusação, ela se submete, é certo, a regras jurídicas, regras, entretanto, próprias, que o legislador previamente fixou e que compõem o processo político-penal. Regras de impedimento: artigo 36 da Lei nº 1.079, de 1950. Impossibilidade de aplicação subsidiária, no ponto, dos motivos de impedimento e suspeição do Cód. de Processo Penal, art. 252. Interpretação do artigo 36 em consonância com o artigo 63 ambos da Lei nº 1.079/50. Impossibilidade de emprestar-se interpretação extensiva ou compreensiva do art. 36, para fazer compreendido, nas suas alíneas ‘a’ e ‘b’, o alegado impedimento dos Senadores.”

(MS 21.623/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Essa mesma orientação, por sua vez, veio a ser reafirmada pelo Plenário desta Suprema Corte no recentíssimo julgamento da ADPF 378-MC/DF, em que este Tribunal assinalou, novamente, considerado o caráter político-administrativo que caracteriza o processo de responsabilização política dos titulares de mandatos eletivos, não se aplicar aos congressistas as mesmas causas de impedimento e/ou de suspeição disciplinadas pela legislação processual comum:

“(…) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO AO PRESIDENTE DA CÂMARA (ITEM K DO PEDIDO CAUTELAR): Embora o art. 38 da Lei nº 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 dessa Lei já cuida da matéria, conferindo

tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP. Portanto, não há lacuna legal acerca das hipóteses de impedimento e suspeição dos julgadores, que pudessem justificar a incidência subsidiária do Código. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias, devendo buscar realizar a vontade dos representados. Improcedência do pedido.”

(ADPF 378-MC/DF, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

Não foi por outro motivo que o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, em *recentíssima* decisão, **indeferiu** pedido de medida liminar deduzido nos autos **do MS 24.104-MC/DF, em cujo âmbito também se buscava a suspensão** de procedimento disciplinar **instaurado** perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, **ressaltando, em seu duto pronunciamento, com apoio nos precedentes que venho de referir, a inaplicabilidade** das causas **de impedimento e/ou de suspeição** previstas no ordenamento processual comum ao Presidente de **referido** órgão parlamentar, **fazendo-o** em decisão assim ementada:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. PROCESSO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DO PRESIDENTE DO CONSELHO DE ÉTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO.

1. **As regras de impedimento e suspeição** constantes de códigos processuais **não se aplicam** subsidiariamente **a procedimentos de natureza política, que não são equiparáveis a processos judiciais ou administrativos comuns. Precedentes.**

2. **Medida liminar indeferida.”**

(MS 34.037-MC/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

Vale referir, no ponto, que essa compreensão do tema **tem o beneplácito, como já mencionado,** de CARLOS MAXIMILIANO (“Comentários à Constituição Brasileira”, vol. II/113, nota de rodapé, item n. 334, 5ª ed., 1954, Freitas Bastos), **para quem** o nosso ordenamento positivo, **em tema de** procedimento parlamentar de cassação de mandato eletivo, **“não autorizou a excluir inimigos pessoais ou políticos”** (grifei).

O terceiro fundamento em que se sustenta a presente impetração mandamental **não parece revestir-se da necessária plausibilidade jurídica, pois a** regra **inscrita** no art. 56, II, da Constituição, **não torna** o congressista **imune** ao processo de cassação de seu mandato parlamentar.

O que essa cláusula constitucional estabelece, isso sim, é a impossibilidade de a mera concessão de licença ao parlamentar, **por motivo de doença, erigir-se, ela própria, à condição geradora da perda** do mandato legislativo.

Isso significa que o simples afastamento temporário das funções legislativas, **por razão de saúde, não se revela motivo bastante** para justificar a imposição **da sanção destitutória** do mandato parlamentar, **eis que inexistente, em tal hipótese qualquer** situação caracterizadora de transgressão às cláusulas constitucionais de incompatibilidade **e** de respeito ao decoro parlamentar.

Na realidade, o art. 56 da Lei Fundamental, tratando-se de licença-saúde concedida ao parlamentar, **disciplina a situação em que tal afastamento temporário** pode, **ou não, exceder a 120 dias, autorizando a convocação de suplente na hipótese “de licença superior a 120 dias”** (CF, art. 56, § 1º, “in fine”), **sem que** esse fato, **por si só,** possa justificar a decretação da perda do mandato do congressista.

No caso ora em exame, a licença para tratamento de saúde **concedida** ao impetrante **não o impediu** de exercer, **ainda que na fase introdutória** do procedimento **instaurado** perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, o direito de defesa, **mesmo porque não se lhe exigiu,** até o presente momento, **o comparecimento** perante aquele órgão do Senado da República, **circunstância que afasta qualquer alegação de ofensa** ao seu direito de presença.

É importante lembrar, neste ponto, que o deferimento da medida liminar, **resultante** do concreto exercício **do poder geral de cautela** outorgado aos juízes e Tribunais, **somente se justifica** em face de situações **que se ajustem** aos pressupostos referidos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009: **a existência** de plausibilidade jurídica (“*fumus boni juris*”), **de um lado, e a possibilidade** de lesão **irreparável** ou **de difícil reparação** (“*periculum in mora*”), **de outro.**

Sem que concorram esses dois requisitos – que são necessários, essenciais e cumulativos –, não se legitima a concessão da medida liminar, **consoante enfatiza a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“Mandado de segurança. Liminar. Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão estão especificados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, a saber: a) relevância do fundamento da impetração; b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança.

Não concorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar.”

(RTJ 112/140, Rel. Min. ALFREDO BUZAID – grifei)

Impende advertir, ainda, que o reconhecimento de situação configuradora de “*periculum in mora*” **sujeita-se** à constatação de que, **não sustado** o ato impugnado, **dele venha a “resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”** (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, inciso III – grifei).

Com efeito, a concessão de medida liminar em sede mandamental **depende, como previamente salientado, da cumulativa** satisfação de dois requisitos fundamentais: **(a) a plausibilidade jurídica** da postulação deduzida pelo impetrante **e** **(b) a ocorrência** de situação configuradora de “*periculum in mora*”, **desde que, neste caso, evidencie-se hipótese de irreparabilidade do dano.**

Na realidade, a própria Lei nº 12.016/2009, que disciplina o processo de mandato de segurança, **prescreve que a outorga** de referido provimento cautelar **está sujeita** à relevância do fundamento jurídico **e ao reconhecimento** de que **do ato impugnado possa resultar “a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”** (art. 7º, inciso III).

É por essa razão que LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (“Mandado de Segurança”, p. 141, item n. 5.4.3, 6ª ed., 2009, Malheiros) **adverte** que, **para efeito de concessão da medida liminar, a ineficácia há de significar** a possibilidade de a decisão de mérito, no mandado de segurança, **quedar-se inócua”.**

Constata-se, pois, como salientam HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES (“Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”, com atualização de Rodrigo Garcia da Fonseca, p. 93, item n. 12, 35ª ed., 2013, Malheiros), **que esse provimento de urgência legitimar-se-á,** nos termos da legislação vigente, **“quando houver fundamento relevante” e, também, se “do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”, por revelarem-se tais requisitos indissociáveis** da outorga da cautelar mandamental.

Isso significa, portanto, que, inexistente risco de irreversibilidade, a medida liminar **não se justificará, pois – tal como sucede na espécie – a alegada** situação de dano potencial **restará** descaracterizada **e** totalmente afastada, **se, ao final, vier a ser concedido** o “*writ*” mandamental.

Esse entendimento – que exige, além dos requisitos pertinentes ao “*fumus boni juris*” **e** ao “*periculum in mora*”, **também a ocorrência de irreversibilidade do dano** receado pela parte impetrante, **em condições tais que tornem ineficaz** a eventual concessão da ordem mandamental – **encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário (CASSIO SCARPINELLA BUENO, “Liminar em Mandado de Segurança”, p. 119/124, item n. 1.2, 2ª ed., 1999, RT; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, “Manual do Mandado de Segurança”, p. 116, 3ª ed., 1999, Renovar; SERGIO FERRAZ, “Mandado de Segurança”, p. 247/248, item n. 23.1, 2006, Malheiros, v.g.).

No caso em exame, a eventual concessão do presente mandado de segurança **não implicará frustração** do provimento jurisdicional, **se este vier a ser deferido.**

Sendo assim, em juízo de estrita deliberação, **e sem prejuízo** de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente sede processual, **indefiro** o pedido de medida liminar.

Publique-se.

Brasília, 16 de março de 2016 (01h55).

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

14 a 18 de março de 2016

Lei nº 13.259, de 16.3.2016 - Altera as Leis nºs 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e 12.973, de 13 de maio de 2014, para possibilitar opção de tributação de empresas coligadas no exterior na forma de empresas controladas; e regulamenta o inciso XI do art. 156 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Publicada no DOU, Seção 1, Edição Extra nº 52, p. 1, em 17.3.2016.

Lei nº 13.260, de 16.3.2016 - Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Publicada no DOU, Seção 1, Edição Extra nº 52, p. 1, em 17.3.2016.

Medida Provisória nº 718, de 16.3.2016 - Altera a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, para dispor sobre o controle de dopagem, a Lei nº 12.780, de 9 de janeiro de 2013, que dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paraolímpicos de 2016, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição Extra nº 52, p. 2, em 17.3.2016.

Informativo 819

SUMÁRIO

Plenário

Prerrogativa de foro e competência

ADI: aumento de vencimentos e efeitos financeiros - 5

Repercussão Geral

Contribuição previdenciária: instituições financeiras e EC 20/1998

Morte de detento e responsabilidade civil do Estado

1ª Turma

Competência e crime cometido no estrangeiro por brasileiro

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 1

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 2

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 3

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 4

Auditoria do TCU e participação de servidor indiretamente afetado

Militar: praças especiais, desistência do oficialato e indenização

2ª Turma

“Habeas corpus” e desclassificação

Regime inicial e tráfico de drogas

Desacato de civil contra militar e competência

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Sigilo bancário - Quebra administrativa pelo Fisco - Inadmissibilidade - Exigência de ordem judicial (RE 601314/SP)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Prerrogativa de foro e competência

Por reputar usurpada a competência do STF (CF, art. 102, I, “b”), o Plenário, por maioria, referendou medida cautelar deferida em reclamação ajuizada pela Presidente da República em face de decisão proferida nos autos de procedimento investigatório que tramita perante juízo federal de primeira instância. Na espécie, a decisão objeto de referendo (DJe de 30.3.2016) determinara a suspensão e a remessa ao STF do referido procedimento, bem assim de quaisquer outros com o conteúdo de interceptação telefônica em que captadas conversas mantidas entre a Presidente da República e investigado nos autos do procedimento em questão. Determinara, ademais, a sustação dos efeitos de decisão na qual autorizada a divulgação das conversações telefônicas interceptadas. O Tribunal destacou que haveria dois dispositivos constitucionais fundamentalmente em cotejo na espécie. O primeiro deles, a alínea “I” do inciso I do art. 102 da CF, a estabelecer, nas hipóteses de cabimento da reclamação, a preservação de competência do STF. E o segundo, a alínea “b” do inciso I do art. 102, a fixar a competência originária dessa Corte para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, entre outras autoridades. Assim, a reclamação teria por finalidade tutelar e proteger em sua globalidade a competência institucional que a Constituição defere ao STF, ou seja, o instrumento da reclamação deveria ser interpretado como meio de pronta e de eficaz proteção da sua competência originária, da sua competência recursal ordinária e da sua competência recursal extraordinária. No caso, o ato impugnado na reclamação estaria projetado exatamente sobre a esfera de competência originária do STF, a quem incumbiria, em sua condição de juiz natural, processar e julgar, nos processos penais condenatórios, aquelas autoridades detentoras de prerrogativa de foro. Por outro lado, competiria igualmente ao STF, com exclusividade, emitir qualquer juízo a respeito do desmembramento ou não de inquéritos ou processos nos quais se desse o surgimento de questões jurídicas a envolver detentor de prerrogativa de foro. Vencidos, em parte, os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio. O Ministro Luiz Fux ressaltava que não se deveria sobrestar as ações em relação a imputados que não detivessem prerrogativa de foro, porque as ações não seriam conexas. Já o Ministro Marco Aurélio entendia que a manutenção da liminar ensejaria a interrupção das investigações no juízo natural em relação àqueles sem a prerrogativa de serem julgados pelo STF. Em seguida, o Plenário determinou a execução da decisão liminar independentemente da publicação do acórdão.

Rcl 23457 Referendo-MC/PR, rel. Min. Teori Zavascki, 31.3.2016. (Rcl-23457)

ADI: aumento de vencimentos e efeitos financeiros - 5

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte de pedido formulado em ação direta, e, na parte conhecida, julgou-o procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 1.866/2007 e do art. 2º da Lei 1.868/2007, ambas do Estado de Tocantins. As normas impugnadas tornaram sem efeito o aumento dos valores dos vencimentos dos servidores públicos estaduais concedido pelas Leis tocantinenses 1.855/2007 e 1.861/2007 — v. Informativos 590, 774 e 786. O Colegiado entendeu que os dispositivos impugnados afrontam os artigos 5º, XXXVI, e 37, XV, da CF. Nesse sentido, o art. 7º da Lei 1.855/2007 e o art. 6º da Lei 1.861/2007 são taxativos ao estabelecer que as leis entrariam em vigor na data de sua publicação, ou seja, 3.12.2007 e 6.12.2007, respectivamente. Além disso, os efeitos financeiros relativos à aplicação dessas leis, isto é, o pagamento dos valores correspondentes ao reajuste dos subsídios previstos, é que ocorreriam a partir de 1º.1.2008. Assim, desde a entrada em vigor das leis que estabeleceram o aumento daqueles subsídios dos servidores, com a publicação delas, a melhoria concedida fora incorporada ao patrimônio jurídico dos agentes públicos. Assim, o termo 1º.1.2008 não suspendera a eficácia do direito, e sim o seu exercício, não havendo confusão entre vigência de leis e efeitos financeiros decorrentes do que nelas disposto. Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (Presidente), que julgavam o pedido improcedente.

ADI 4013/TO, rel. Min. Cármen Lúcia, 31.3.2016. (ADI-4013)

REPERCUSSÃO GERAL

Contribuição previdenciária: instituições financeiras e EC 20/1998

É constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis, após a edição da EC

20/1998. Essa a conclusão do Plenário, que negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade do art. 22, § 1º, da Lei 8.212/1991. O preceito impugnado dispõe sobre a contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários a ser paga por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, considerado o período posterior à aludida emenda constitucional. O Colegiado assinalou que a jurisprudência do STF é firme no sentido de que a lei complementar, para instituição de contribuição social, exigida para os tributos não descritos conforme o disposto no § 4º do art. 195 da CF, não se aplica ao caso, pois a contribuição incidente sobre a folha de salários está expressamente prevista na Constituição (art. 195, I). O art. 22, § 1º, da Lei 8.212/1991 não prevê nova contribuição ou fonte de custeio, mas mera diferenciação de alíquotas. É, portanto, formalmente constitucional. Quanto à constitucionalidade material, a redação do dispositivo em questão traduz o princípio da igualdade tributária, consubstanciado nos subprincípios da capacidade contributiva, aplicável a todos os tributos, e da equidade no custeio da seguridade social. Esses princípios destinam-se preponderantemente ao legislador, pois apenas a lei pode criar distinções entre os cidadãos, dentro dos limites constitucionais. Assim, a escolha legislativa em onerar as instituições financeiras e entidades equiparáveis com alíquota diferenciada, para fins de custeio da seguridade social, revela-se compatível com a Constituição, tendo em vista que as ECs 20/1998 e 47/2005 apenas explicitaram o conteúdo do art. 145, § 1º, da CF, ao indicar critérios pelos quais poderiam ser estabelecidas distinções entre contribuintes. Ademais, não compete ao Judiciário substituir-se ao legislador na escolha das atividades que terão alíquotas diferenciadas relativamente à contribuição indicada no art. 195, I, da CF.

RE 598572/SP, rel. Min. Edson Fachin, 30.3.2016. (RE-598572)

Morte de detento e responsabilidade civil do Estado

Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento. Essa a conclusão do Plenário, que desproveu recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de preso em estabelecimento penitenciário. No caso, o falecimento ocorrera por asfixia mecânica, e o Estado-Membro alegava que, havendo indícios de suicídio, não seria possível impor-lhe o dever absoluto de guarda da integridade física de pessoa sob sua custódia. O Colegiado asseverou que a responsabilidade civil estatal, segundo a CF/1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, uma vez rejeitada a teoria do risco integral. Assim, a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. Além disso, é dever do Estado e direito subjetivo do preso a execução da pena de forma humanizada, garantindo-se-lhe os direitos fundamentais, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral. Esse dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal. Por essa razão, nas situações em que não seja possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade. Afasta-se, assim, a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, não sendo sempre possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. Portanto, a responsabilidade civil estatal fica excluída nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. Na espécie, entretanto, o tribunal “a quo” não assentara haver causa capaz de romper o nexo de causalidade da omissão do Estado-Membro com o óbito. Correta, portanto, a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

RE 841526/RS, rel. Min. Luiz Fux, 30.3.2016. (RE-841526)

PRIMEIRA TURMA

Competência e crime cometido no estrangeiro por brasileiro

O fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior, por si só, não atrai a competência da justiça federal, porquanto não teria ofendido bens, serviço ou interesse da União (CF, art. 109, IV). Com base nessa orientação, a Primeira Turma, com ressalva da posição majoritária quanto não conhecimento da impetração, porque substitutiva de recurso extraordinário, denegou a ordem de “habeas corpus”. No caso, tratava-se de crime em que a fase preparatória iniciou-se no Brasil, porém, a consumação ocorreu no estrangeiro. O juízo de direito corregedor do tribunal do júri estadual declinou da competência para a justiça federal que, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência. O STJ assentara incumbir o julgamento a um dos tribunais do júri estadual, competente o juízo da capital do Estado onde por último residira o acusado. O inciso V do art. 109 da CF prevê a competência da justiça federal quando, “... iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro...”. No Brasil houve a prática de atos meramente preparatórios. O ato criminoso fora inteiramente cometido no exterior, a afastar a incidência da mencionada regra constitucional, cuja interpretação há de ser

estrita. Fixada a competência da justiça estadual e definida a cidade de Ribeirão Preto como o último domicílio do paciente no País, o julgamento compete a um dos tribunais do júri do Estado de São Paulo, nos termos do art. 88 do CPP (“No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República”).

HC 105461/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 29.3.2016. (HC-105461)

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 1

Nos crimes de sonegação tributária, apesar de a jurisprudência do STF condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo, o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar. Os crimes contra a ordem tributária ou de outra modalidade delitiva podem ser tentados e consumados e jamais se entendeu pela impossibilidade da investigação preliminar durante a execução de um crime e mesmo antes da consumação. Com base nessa orientação, a Primeira Turma julgou extinto o “writ”, sem resolução do mérito. Assentou a inadequação da via processual, por se tratar de “habeas corpus” substitutivo do recurso ordinário constitucional. Porém, concedeu a ordem de ofício para trancar a ação penal no que se refere aos crimes fiscais a envolver apropriação e sonegação de contribuições previdenciárias descontadas de produtores rurais, ao crime de lavagem de dinheiro tendo por antecedente a sonegação dessas mesmas contribuições previdenciárias, e ao crime de sonegação da Cofins pertinente à parte quitada. Afirmou, ainda, a inexistência de prejuízo na continuidade da ação penal em relação ao restante da imputação. Na espécie, durante as investigações, iniciadas para apurar crimes de ordem tributária, foram revelados, fortuitamente, indícios de crimes mais graves, especificamente o de corrupção de agentes públicos para acobertar as atividades supostamente ilícitas. Os pacientes respondem a ação penal por apropriação indébita previdenciária, associação criminosa, falsidade ideológica, corrupção ativa e sonegação de contribuição previdenciária. Além disso, são acusados de omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias. Pretendiam a nulidade da investigação porque: a) iniciada a partir de denúncia anônima; b) fora autorizada interceptação telefônica para apurar crimes fiscais sem que houvesse lançamento tributário definitivo; e c) os tributos sonegados seriam, em parte, inválidos, e o remanescente teria sido quitado e parcelado.

HC 106152/MS, rel. Min. Rosa Weber, 29.3.2016. (HC-106152)

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 2

A Turma, de início, reafirmou o entendimento da Corte no sentido de que notícias anônimas não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar, o emprego de métodos invasivos de investigação, como interceptação telefônica ou busca e apreensão. Entretanto, elas podem constituir fonte de informação e de provas que não pode ser simplesmente descartada pelos órgãos do Poder Judiciário. Assim, assentou a inexistência de invalidade na investigação instaurada a partir de notícia crime anônima encaminhada ao MPF. Destacou que em um mundo no qual o crime torna-se cada vez mais complexo e organizado, seria natural que a pessoa comum tivesse receio de se expor ao comunicar a ocorrência de delito. Daí a admissibilidade de notícias crimes anônimas. Nas investigações preliminares, ao se verificar a credibilidade do que fora noticiado, a investigação poderia prosseguir, inclusive, se houvesse agregação de novas provas e se preenchidos os requisitos legais, com o emprego de métodos especiais de investigação ou mesmo com a propositura de ação penal, desde que, no último caso, as novas provas caracterizassem justa causa. Elementos probatórios colhidos pelas autoridades policiais teriam constatado a inexistência de registro de bens, imóveis e veículos ou qualquer propriedade em nome dos sócios constantes no contrato social de empresa cujos lançamentos tributários eram expressivos, o que poderia caracterizar não serem os reais proprietários. Na situação dos autos, fora a interceptação telefônica que revelara os indícios da prática de crimes mais relevantes. Não haveria que se falar, portanto, em utilização indevida da notícia crime anônima, cujo tratamento observara a jurisprudência do STF. Ademais, a investigação e a persecução penal teriam prosseguido com base nas provas colacionadas a partir dela e não com fulcro exclusivo nela. De igual forma, as diligências mais invasivas, como a interceptação telefônica, só foram deflagradas após a colheita de vários elementos probatórios que corroboravam o teor da notícia anônima e que, por si só, autorizavam a medida investigatória.

HC 106152/MS, rel. Min. Rosa Weber, 29.3.2016. (HC-106152)

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 3

Quanto ao argumento de nulidade da investigação porquanto iniciada antes da existência de lançamento tributário definitivo, a Turma citou a atual jurisprudência do STF, que condicionaria a persecução por crime contra a ordem tributária à realização do lançamento fiscal. O lançamento definitivo do crédito tributário constituiria atividade privativa da autoridade administrativa e, sem tributo constituído, não haveria como caracterizar o crime de sonegação tributária (HC 81.611/DF, DJU de 13.5.2005). Apesar de a jurisprudência do STF condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo, o mesmo não ocorreria relativamente à investigação preliminar. Crimes poderiam ser tentados e consumados e jamais se entendera pela impossibilidade da investigação preliminar durante a execução de um crime e mesmo antes da consumação. A afirmação seria válida tanto para crimes contra a ordem tributária como para qualquer outra modalidade delitiva. O Colegiado ressaltou que o tema do encontro fortuito de provas no âmbito de interceptação telefônica fora abordado em alguns julgados da Corte. A validade da investigação não estaria condicionada ao resultado, mas sim à observância do devido processo legal. Na espécie, as provas dos crimes de corrupção fortuitamente colhidas no curso da interceptação não

pareceriam se revestir de ilicitude, pelo menos no exame que comportam na via estreita do “habeas corpus”, independentemente do resultado obtido quanto aos crimes contra a ordem tributária que motivaram o início da investigação.

HC 106152/MS, rel. Min. Rosa Weber, 29.3.2016. (HC-106152)

HC: denúncias anônimas e lançamento definitivo - 4

A Turma frisou que os autos não estariam instruídos com cópia dos lançamentos tributários, o que inviabilizaria uma análise precisa da alegada invalidade dos tributos constituídos. Entretanto, em embargos opostos a sequestro incidente na ação penal, o magistrado de primeiro grau teria prolatado sentença a reconhecer a inconstitucionalidade de parte dos valores lançados, com reflexo no sequestro decretado. Ademais, os tributos lançados consistiriam em contribuições descontadas de produtores rurais pessoas físicas e incidentes sobre a receita proveniente da comercialização da produção de gado, tributo este reputado inconstitucional pela Suprema Corte (RE 363.852/MG, DJe de 23.4.2010). Declarados inconstitucionais tributos lançados contra a empresa, estaria afetada, na mesma extensão, a acusação da prática de crimes fiscais. Contudo, remanesceria a validade da Cofins lançada, o que não acarretaria prejuízo para a imputação de sonegação para esse crime, visto não ter sido apresentada prova inequívoca de que o remanescente fora pago ou parcelado. De todo modo, o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial das contribuições rurais lançadas e a quitação total ou parcial da Cofins atingiriam apenas a imputação pelos crimes tributários, e não os demais crimes objeto da denúncia, entre eles corrupção. Ao tempo da autorização da interceptação telefônica, não existiriam os fatos extintivos das obrigações tributárias. Embora o julgamento de inconstitucionalidade pelo STF no RE 363.852/MG fosse com efeitos retroativos, não significaria que a autorização para a interceptação tivesse sido arbitrária, porque baseada em lançamentos tributários tidos como hígidos e válidos. De igual forma, a quitação posterior do tributo afetaria a pretensão punitiva, mas não atingiria retroativamente a validade dos atos de investigação praticados anteriormente. Prejudicada, ainda, a persecução penal no tocante à sonegação dos tributos supervenientemente tidos como inválidos ou dos tributos quitados em momento posterior, mas sem afetação necessária do restante da imputação, que inclui crimes de quadrilha e corrupção. Também prejudicada a imputação do crime de lavagem de dinheiro no que se refere à suposta ocultação e à dissimulação das contribuições previdenciárias reputadas inconstitucionais. Afinal, se o crime antecedente é insubsistente, não poderia haver lavagem.

HC 106152/MS, rel. Min. Rosa Weber, 29.3.2016. (HC-106152)

Auditoria do TCU e participação de servidor indiretamente afetado

Tratando-se de auditoria do TCU, considerada a gestão administrativa do Poder Legislativo, não há como concluir pelo direito dos servidores indiretamente afetados de serem ouvidos no processo fiscalizatório. Com esse entendimento, a Primeira Turma indeferiu ordem em mandado de segurança no qual se questionava decisão da referida Corte de Contas a respeito de auditoria realizada com o objetivo de averiguar a regularidade de valores constantes na folha de pagamentos dos servidores da Câmara dos Deputados. O Colegiado consignou a desnecessidade de o impetrante — servidor daquela Casa Legislativa — ser convocado para integrar o processo referente à auditoria.

MS 32540/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 29.3.2016. (MS-32540)

Militar: praças especiais, desistência do oficialato e indenização

O pedido de desligamento, uma vez completado o período de Escola Naval, gera para o Estado o direito à indenização, nos termos da Lei 6.880/1980 – Estatuto dos Militares [“Art. 116. A demissão a pedido será concedida mediante requerimento do interessado: I - sem indenização aos cofres públicos, quando contar mais de 5 (cinco) anos de oficialato, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo; e II - com indenização das despesas feitas pela União, com a sua preparação e formação, quando contar menos de 5 (cinco) anos de oficialato]. Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança interposto por praças especiais, em face de decisão do STJ que reconheceu o dever de indenizar as despesas do Estado com a preparação e a formação dos oficiais, tanto quanto as despesas dos cursos que fizerem no País ou no exterior. Na espécie, defendem haver postulado o desligamento da Marinha do Brasil na qualidade de praças especiais e, por isso, inaplicável a eles a norma, porque direcionada aos oficiais. A Turma destacou que, em curto espaço de tempo após o desfecho do denominado ciclo pós-escolar, os recorrentes teriam formalizado o pleito de desligamento, a romper a natural evolução na escala hierárquica da Marinha do Brasil. Em que pese a expressa referência ao oficialato, a disciplina do inciso II do artigo 116 do Estatuto dos Militares não impediria o reconhecimento da ocorrência de enriquecimento ilícito (CF, art. 206, IV). Apontou que os recorrentes concluíram o curso de graduação em 14.10.2004 e só não foram nomeados – como os demais praças – ao posto superior, em 10.11.2004 porque, nesse interregno, quando já preenchidos os requisitos para o ingresso no corpo de oficiais, requereram o rompimento do vínculo com a União. A situação evidenciaria a utilização de comportamento estratégico voltado a evitar o pagamento de indenizações, em desrespeito aos investimentos realizados às custas do erário. A segurança jurídica obrigaria não só a Administração Pública, mas também aqueles que com ela travassem relações jurídicas a atuarem com lealdade e sem que frustrem as legítimas expectativas criadas a partir de condutas. Consignou que os serviços prestados pelos praças especiais durante a graduação militar não revelariam locupletamento da União, porquanto decorrentes de relação especial de sujeição e naturalmente inseridos no processo de formação dos oficiais das Forças Armadas. Por fim, destacou que eventuais questionamentos acerca do valor devido, porque incompatíveis com os limites do mandado de segurança, deveriam ser formalizados na via adequada.

RMS 27072/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 29.3.2016. (RMS-27072)

SEGUNDA TURMA

HC e desclassificação

É incabível a utilização do “habeas corpus” com a finalidade de se obter a desclassificação de imputação de homicídio doloso, na modalidade dolo eventual, para homicídio culposo, na hipótese em que apurada a prática de homicídio na direção de veículo automotor. Isso porque os limites estreitos dessa via processual impossibilitariam a análise apurada do elemento subjetivo do tipo penal para que se pudesse afirmar que a conduta do paciente fora pautada pelo dolo eventual ou pela culpa consciente. Essa a conclusão da Segunda Turma ao indeferir a ordem de “habeas corpus” em que pleiteada tal desclassificação. O Colegiado afirmou que a análise de mais de uma corrente probatória — dolo eventual ou culpa consciente — no processo de competência do tribunal do júri exigiria profundo revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassaria a cognição do procedimento sumário e documental do “habeas corpus”, em flagrante transformação dele em processo de conhecimento sem previsão na legislação vigente. Por outro lado, ressaltou que, na fase de pronúncia, vigoraria o princípio do “in dubio pro societate”, segundo o qual somente as acusações manifestamente improcedentes seriam inadmitidas. O juiz verificaria, nessa fase, tão somente, se a acusação seria viável, deixando o exame apurado dos fatos para os jurados, que, no momento apropriado, analisariam a tese defensiva sustentada.

HC 132036/SE, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.3.2016. (HC-132036)

Regime inicial e tráfico de drogas

É legítima a fixação de regime inicial semiaberto, tendo em conta a quantidade e a natureza do entorpecente, na hipótese em que ao condenado por tráfico de entorpecentes tenha sido aplicada pena inferior a 4 anos de reclusão. Esse o entendimento da Segunda Turma ao indeferir a ordem em “habeas corpus”. O Colegiado destacou que, no caso, o acórdão recorrido fixara o regime inicial semiaberto baseando-se na quantidade e natureza do entorpecente, observado o quanto disposto no art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei 11.343/2006, em harmonia com a jurisprudência consolidada do STF (HC 131.887/SC, DJe de 7.3.2016).

HC 133308/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.3.2016. (HC133308)

Desacato de civil contra militar e competência

A Segunda Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento de “habeas corpus” em que se discute a competência para processar e julgar o delito do art. 299 do CPM, quando praticado por civil contra militar das Forças Armadas no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública.

HC 126454/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.3.2016. (HC-126454)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	30.3.2016	31.3.2016	4
1ª Turma	29.3.2016	—	213
2ª Turma	29.3.2016	—	76

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 21 de março a 1º de abril de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 928.167-RS

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO. MUNICÍPIO DE ARVOREZINHA. LEI MUNICIPAL 1.329/00. REPOSIÇÕES SALARIAIS. MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possuem natureza infraconstitucional as controvérsias fundadas, respectivamente, na interpretação do Decreto 20.910/32 e das Leis Municipais 1.329/00 e 1.394/01, acerca (a) da prescrição de obrigação reconhecida como de trato sucessivo e (b) do direito às reposições salariais concedidas pela Lei 1.329/00, do Município de Arvorezinha.

2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).

3. Ausência de repercussão geral das questões suscitadas, nos termos do art. 543-A do CPC.

EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 824.520-MG

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES JÁ DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Decisões Publicadas: 2

CLIPPING DO DJE

21 de março a 1º de abril 2016

RE N. 592.396-SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO INCENTIVADAS. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. FUNÇÃO EXTRAFISCAL. SÚMULA 584 DO STF. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR EM CADA OPERAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA. RE 183.130, DE RELATORIA PARA ACÓRDÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI. PRECEDENTE VINCULANTE.

1. No RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, o Plenário desta Corte assentou que a utilização do Imposto de Renda com conotação extrafiscal afasta a incidência da Súmula 584 do STF.
2. O fato gerador se consolida no momento em que ocorre cada operação de exportação incentivada pela redução da alíquota do imposto de renda, à luz da extrafiscalidade da tributação na espécie.
3. É inconstitucional a aplicação retroativa do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo ano-base. Precedente: RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014.
4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, reafirmando a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral, para reformar o acórdão recorrido e declarar a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, uma vez que a majoração de alíquota de 6% para 18% a qual se reflete na base de cálculo do Imposto de Renda pessoa jurídica incidente sobre o lucro das operações incentivadas no ano-base de 1989 ofende os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

**noticiado no Informativo 810*

HC N. 126.536-ES

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VARA ESPECIALIZADA EM INQUÉRITOS POLICIAIS. JUÍZO COMPETENTE PARA O EXAME DAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. A Vara de Inquéritos Criminais de que trata o art. 50, I, "e", da LC 234/2002 do Espírito Santo (Código de Organização Judiciária desse Estado), antes das modificações determinadas pela LC 788/2014, é competente para decidir sobre medidas cautelares que, na fase inquisitorial, estão sujeitas à reserva de jurisdição, inclusive a de quebra de sigilo de interceptações telefônicas.
2. Ordem denegada.

**noticiado no Informativo 816*

REFERENDO EM MED. CAUT. EM ADI N. 5.341-AC

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR CONCEDIDA AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. PROXIMIDADE DO RECESSO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO AO COLEGIADO. PRESENTES A VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO (*FUMUS BONI IURIS*) PELA POSSÍVEL OFENSA À COMPETÊNCIA DA UNIÃO E O PERIGO DE DANO PELA DEMORA (*PERICULUM IN MORA*) PELO IMINENTE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. LEI ESTADUAL NÃO PODE AFASTAR A EXIGÊNCIA DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA OBTIDO EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR DOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS E

PROGRESSÕES A SERVIDORES PÚBLICOS. REFERENDO DA DECISÃO PELO PLENÁRIO.

Lei 2.873/2014, do Estado do Acre, que veda ao Poder Público estadual exigir a revalidação de títulos obtidos em instituições de ensino superior dos países membros do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

Aparente vício de iniciativa.

Possibilidade de dano. Jurisprudência da Corte, no sentido da inexigência de devolução de eventuais valores percebidos de boa-fé.

Liminar referendada.

**noticiado no Informativo 817*

EMB. DECL. NA Ext N. 1.375-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA EXTRADIÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO ALTERNATIVO ACOLHIDO.

1. A extradição reclama o exame dos requisitos do pedido na data do julgamento, *in casu* realizado em 25/08/2015, sendo logicamente impossível a análise de fatos supervenientes (HC 83501, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 07/05/2004).
2. A inexistência do vício de omissão conduz à nítida pretensão de rejulgamento da causa.
3. *In casu*, as razões recursais reconhecem a inexistência do vício de omissão, no momento da prolação do acórdão, ao projetá-lo para o futuro sob a alegação de que a pena igual ou inferior a um ano, a inviabilizar a extradição, advirá em 6 de dezembro de 2015.
4. Acolhimento do pedido subsidiário - não obstante a inexistência do vício alegado - para reconhecer a possibilidade de extraditar até o dia 6/12/2015, *ex vi* do art. II, 2, do Tratado de Extradicação, quando o saldo da pena atingirá exatamente um ano.

**noticiado no Informativo 809*

AG. REG. NO Inq 4.112-DF

REDATOR P/O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

Agravo regimental em inquérito. Competência criminal originária. Processo penal. 2. Suspensão do prazo para resposta (art. 4º, Lei 8.038/90), para cópia de mídias eletrônicas. Material que já consta dos autos, disponível às partes em Secretaria. Descabimento. 3. Prazo para resposta (art. 4º, Lei 8.038/90). Contagem dos prazos processuais penais. Art. 798 do CPP. Aplicação do prazo em dobro, previsto no art. 191 do CPC, ao processo penal, em caso de réus com diferentes procuradores. O art. 191 do CPC aplica-se ao processo penal, mesmo na resposta preliminar ao recebimento da denúncia. Prestígio ao direito de defesa, ainda antes da instauração da relação processual em sentido próprio. 4. Agravo regimental parcialmente provido para assegurar aos denunciados a observância do prazo em dobro para resposta.

**noticiado no Informativo 797*

RE N. 628.658-RS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

INDULTO - MEDIDA DE SEGURANÇA - TEMPO - CONSIDERAÇÃO. Sendo a medida de segurança sanção penal, o período de cumprimento repercute no tempo exigido para o indulto.

**noticiado no Informativo 806*

AG. REG. EM MS N. 32.581-DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. 2. Competência originária e concorrente do CNJ para apreciar, até mesmo de ofício, a legalidade dos atos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, bem como para rever os processos disciplinares contra juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (art. 103-B, § 4º, da CF). Precedente: ADI 4638-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 30/10/2014. 3. Instauração, de ofício, de processo de revisão disciplinar. Aplicação da pena mais gravosa de

aposentadoria compulsória do magistrado. Possibilidade. Sobreposições de sanções administrativas. Inocorrência. 3. Falta de intimação pessoal do impetrante para a sessão de julgamento do REVDIS. Ausência de nulidade, caso não demonstrado prejuízo à defesa. Precedentes. 4. Plena participação do impetrante nos atos processuais. Inexistência de afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa. 5. Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas do processo de revisão disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

*noticiado no Informativo 817

Acórdãos Publicados: 335

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Sigilo bancário - Quebra administrativa pelo Fisco - Inadmissibilidade - Exigência de ordem judicial (Transcrições)

(v. Informativo 815)

RE 601314/SP*

RELATOR: Ministro Edson Fachin

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Entendo, Senhor Presidente, e já o disse neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado, pois**, em um regime de perfil democrático, **ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode** pretender-se **acima e além do alcance da normatividade subordinante** dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

Por tal razão, votarei vencido neste caso, que se soma aos dois julgamentos realizados na semana passada (**HC 105.959/DF e HC 126.292/SP**), em cujo âmbito **registrou-se - e digo isto com todo o respeito - preocupante inflexão hermenêutica**, de índole regressista, **em torno** do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando**, em minha percepção, **o avanço** de uma significativa agenda judiciária **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

Reafirmando a posição **que adotei** no julgamento plenário **do RE 389.808/PR**, **ênfatico, uma vez mais, neste** processo, **que a controvérsia** suscitada na presente causa **impõe** algumas **reflexões** em torno do delicadíssimo tema **pertinente** ao alcance da norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cujo texto, **ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais, dispõe** que "**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)**" (grifei).

Cabe esclarecer, desde logo, **que a noção de privacidade** leva em consideração **as múltiplas dimensões** em que essa ideia nuclear se desenvolve, **projetando-se**, p. ex., **no plano da privacidade financeira, que se revela comum tanto** às pessoas físicas **quanto** às pessoas jurídicas.

Esse tema **ganha maior relevo se** se considerar **o círculo de proteção** que o ordenamento constitucional **estabeleceu** em torno das pessoas, **notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando** protegê-los **contra** ações **eventualmente** arbitrárias **praticadas** pelos órgãos estatais da Administração Tributária, **o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável a necessidade** de autorização judicial **para efeito de exposição e revelação** de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário.

Na realidade, **a reserva de jurisdição traduz inestimável garantia institucional** de proteção a direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais das pessoas em geral, cuja integridade **merece tutela especial** do Estado, **concretizada** mediante respeito à cláusula constitucional da proteção judicial efetiva.

Em havendo situação de colidência entre princípios impregnados de qualificação constitucional, **como pode ocorrer** entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, **de um lado, e os direitos e garantias básicas dos contribuintes, de outro, a resolução** desse estado de antagonismo deverá constituir objeto de um pertinente juízo de ponderação, a ser exercido **não por um dos sujeitos parciais** da relação litigiosa, que certamente atuaria "**pro domo sua**", **mas, isso sim, por um terceiro juridicamente desinteressado, como** os órgãos integrantes do Poder

Judiciário do Estado.

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à própria Administração Tributária, **incumbindo-a de superar**, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, **a situação de polaridade conflitante** que a opõe ao contribuinte, **quando, na realidade**, essa função, de caráter eminentemente arbitral, **deve** ser desempenhada pelo Poder Judiciário, **que ostenta, nessa particular condição institucional, o atributo – inerente à jurisdição – da “terzieta”**.

A primazia judiciária, por isso mesmo, fundada no postulado da essencialidade do controle jurisdicional, **verdadeiro “parágrafo régio do Estado democrático de Direito”, na feliz expressão** do saudoso GARCIA DE ENTERRÍA, **desempenha importantíssimo papel** na defesa e amparo dos direitos das pessoas, **notadamente** quando postas em situação de antagonismo em suas desiguais relações com a potestade do Estado.

Já se enfatizou que os órgãos estatais da Administração Tributária **não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem** do atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da “terzieta”, **o que põe em destaque o sentido tutelar** da cláusula inscrita **no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional, **prescreve, em caráter impositivo**, que a Administração Tributária, **quando** no exercício de sua competência, **respeite** os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

Impende reconhecer, desde logo, que não são absolutos – mesmo porque não o são – os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora em exame, que o Estado, **em tema** de tributação, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem, constitucionalmente**, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

Dá a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, **investido de competência institucional para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembadas da existência**, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro “estatuto constitucional do contribuinte” – consubstanciador** de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 125) – **culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo** da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe, injustamente, trate-se de obrigação tributária principal, cuide-se de obrigação tributária acessória ou instrumental, a prática de garantias legais e constitucionais de que é legítimo titular, fazendo instaurar, assim, situação que só faz conferir** permanente atualidade ao “*dictum*” do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, “*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema*”, **proferidas**, ainda que como “*dissenting opinion*”, **no julgamento**, em 1928, **do caso** “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

Não se desconhece que a Administração Tributária **já dispõe** de instrumentos suficientes e necessários à **preservação de seus legítimos interesses, como resulta**, por exemplo, do próprio Código Tributário Nacional e da Lei nº 8.397/92, **que instituiu a medida cautelar fiscal, viabilizando-se, desse modo, o eficaz exercício** do poder estatal **voltado ao contribuinte para levá-lo a cumprir** a sua obrigação de pagar tributos **quando legitimamente exigíveis**.

A submissão do Fisco às limitações **decorrentes da cláusula da reserva de jurisdição não desampara** os direitos dos entes tributantes, **pois estes sempre poderão pretender** o acesso às contas bancárias e aos dados **existentes** em instituições financeiras, **referentes** aos contribuintes, desde que o façam **por intermédio** do Poder Judiciário, **expondo** a sua postulação ao controle e à supervisão dos juízes e Tribunais.

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento do RE 389.808/PR –, **é que** a Administração Tributária, **embora** podendo muito, **não pode tudo**, eis que lhe é **somente** lícito atuar, “*respeitados os direitos individuais e nos termos da lei*” (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sob tal perspectiva, e para esse efeito, **as limitações** decorrentes do próprio sistema constitucional, **cuja eficácia restringe**, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas **as garantias** instituídas pela Lei Fundamental, **o alcance** do poder estatal, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Cumprir ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, **a propósito** do tema ora em exame, **a advertência** do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial – **apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário** (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “*Processo Tributário*”, p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “*Curso de Direito Tributário Brasileiro*”, p. 893/907, itens ns. 17.12 a 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, “*Curso de Direito Tributário*”, p. 214/223, itens ns. 1 a 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “*Curso de Direito Constitucional Tributário*”, p. 404/411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, v.g.) – **orienta-se no sentido de preservar** o contribuinte **contra medidas arbitrárias** adotadas pelos agentes da Administração Tributária, **muitas das quais** configuram atos eivados de ilicitude, **quando não de transgressão** à ordem jurídica fundada **na própria** Constituição da República (RTJ 162/3-6, 4, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RTJ 185/237-238, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 331.303-AgR/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

Sustenta-se que o litígio constitucional em questão **não envolve** quebra do sigilo bancário, **mas, sim, mera transferência** de dados sigilosos **ou simples compartilhamento** de informações reservadas **existentes** sobre os contribuintes e as pessoas em geral nas instituições financeiras.

Vejo, nessa alegação, um claro eufemismo que mal consegue disfarçar uma situação de evidente inconstitucionalidade **que afeta** a pretensão do Estado **de manter, por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio, uma contínua fiscalização** do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária.

Na realidade, a circunstância de a administração estatal **achar-se investida de poderes excepcionais** que lhe permitem exercer a

fiscalização em sede tributária **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição e pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.

O **procedimento estatal** da Administração Tributária **que contrarie** os postulados consagrados pela Constituição da República **revela-se inaceitável**, Senhores Ministros, e **não pode ser corroborado** por decisão desta Suprema Corte, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, de modo estrito, os limites – **inultrapassáveis** – que restringem os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes e com terceiros, **tal como advertiu** o Supremo Tribunal Federal **em julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS.

– **Não são absolutos** os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

– **A Administração Tributária**, por isso mesmo, **embora** podendo muito, **não pode tudo**. **É que**, ao Estado, **é somente lícito** atuar, **respeitados** os direitos individuais e nos termos da lei’ (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sobretudo, e para esse específico efeito, **as limitações** jurídicas decorrentes do próprio sistema **instituído** pela Lei Fundamental, **cuja eficácia** – **que prepondera** sobre todos os órgãos e agentes fazendários – **restringe-lhes** o alcance do poder de que se acham investidos, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, **que são titulares** de garantias **impregnadas** de estatura constitucional e que, por tal razão, **não podem ser transgredidas** por aqueles **que exercem** a autoridade em nome do Estado. (...).”

(HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Posta a questão nesses termos, **mostra-se imperioso assinalar**, considerados os aspectos **subjacentes** à controvérsia em exame, **que se revela inacolhível**, segundo entendo, a **pretensão** da Administração Tributária, **que busca afastar**, “ex propria auctoritate”, **independentemente** de prévia autorização judicial, o **sigilo bancário** do contribuinte.

Não se pode ignorar que o **direito à intimidade** (e, também, o **direito à privacidade**) – **que representa** importante manifestação dos direitos da personalidade – **qualifica-se** como expressiva **prerrogativa** de ordem jurídica que consiste em reconhecer, **em favor da pessoa**, a existência de um **espaço indevassável** destinado a **protegê-la contra indevidas interferências e intrusões de terceiros na esfera de sua vida privada**.

Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, **para quem** “Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca”.

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem o significado de grave transgressão** ao postulado constitucional **que protege** o direito à intimidade e à privacidade (MS 23.669-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pois** este, na abrangência de seu alcance, **representa** o “direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada” (HANNAH ARENDT).

É certo que a garantia constitucional da intimidade (e da privacidade) **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidiu esta Suprema Corte, **“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição”** (MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** – nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade – **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente ao **sigilo bancário**, que, **ao dar expressão concreta** a uma das dimensões em que se projeta a garantia constitucional da privacidade, **protege, especificamente**, a esfera de **privacidade financeira** das pessoas.

Embora o sigilo bancário, **também ele, não tenha** caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 172/302-303, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **deixando de prevalecer**, por isso mesmo, **em casos excepcionais**, diante de **exigências** impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, “O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade”, “in” Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da privacidade – e da **privacidade em sua dimensão financeira** – das pessoas em geral e dos contribuintes em particular, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, “A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 143/147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idônea.

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, **que a tutela jurídica** da intimidade (e, também, da privacidade) constitui – **qualquer** que seja a dimensão em que se projete – **uma das expressões mais significativas** em que se pluralizam os

direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, bem por isso, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional – reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O eminente Professor ARNOLDO WALD, em precisa abordagem do tema (“Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas”, vol. 1/206, 1992, RT), expendeu lúcidas considerações a respeito dessa questão, destacando a essencialidade da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade e da privacidade pessoais e da liberdade individual:

“Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos papéis de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos papéis que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os ‘papéis’ se transformaram em ‘dados’ geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.” (grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui, insista-se, um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas – ostenta, como precedentemente enfatizado, caráter meramente relativo. Não assume nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público, tal como acentuado, em diversos julgamentos, por esta Suprema Corte (AI 528.539/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 655.298-AgR/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X.

I. – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X –, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...).”

(RE 219.780/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

A pesquisa da verdade, nesse contexto, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de “disclosure” das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos – elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva regularmente suas atividades e realize os fins institucionais a que se acha vinculado –, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e que se submete, por isso mesmo, ao postulado da reserva de jurisdição – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A relevância do direito ao sigilo bancário impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

É preciso salientar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclamou a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição (Pet 577-QO/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/04/93), reconhecendo possível autorizar – quando presentes fundadas razões – a pretendida “disclosure” das informações bancárias reservadas (RTJ 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, ao julgar o Inq 897-Agr/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, p. ex., a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente inaplicável, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, por necessário – e tal como adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) – que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, de um lado, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, de outro, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de colisão de direitos assegurados pelo ordenamento constitucional.

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os espaços de conflito em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações concretas emergentes, posições jurídicas revestidas de igual carga de positividade normativa.

Vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios destinados à solução das colisões de direitos, que vão desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize – a partir da adoção “de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito” (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “op. loc. cit.”) – a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, impor-se-á o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (e/ou da fiscalização) estatal, e desde que – consoante adverte a doutrina – não exista “nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos” (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, “Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade”, “in” Repertório IOB de Jurisprudência nº 24/92 – 2ª quinzena de dezembro/92).

Contudo, para que essa providência extraordinária, e sempre excepcional, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

Na realidade, sem causa provável (a ser valorada pelo Poder Judiciário e não pela própria Administração Tributária), não se justifica a “disclosure” das contas bancárias, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, eis que a decretação da quebra do sigilo não pode converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral.

A quebra do sigilo bancário importa, necessariamente, em inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato excepcional do Poder Público. A pretensão estatal voltada à “disclosure” das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações – já estruturalmente tão desiguais – existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, até mesmo, quando inevidentemente acolhida, o próprio comprometimento do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, em seus aspectos essenciais, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência a invocação doutrinária da cláusula do “substantive due process of law” – já consagrada e reconhecida, em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, como instrumento de expressiva limitação constitucional ao próprio poder do Estado (ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.158/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – , para efeito de submeter o processo de “disclosure” às exigências de seriedade e de razoabilidade.

Daí o registro feito por ARNOLDO WALD (“op. cit.”, p. 207, 1992, RT), no sentido de que “A mais recente doutrina norte-americana fez do ‘due process of law’ uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso Thomas v. Collins, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: ‘Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o standard guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual!’” (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, inevidentemente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas

o **Judiciário**, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), **pode eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário.

Daí a correta decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em julgamento** sobre o tema ora em análise, **assim apreciou** a questão **pertinente à indispensabilidade** de prévia autorização judicial **para efeito** de quebra do sigilo bancário:

“SIGILO BANCÁRIO – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O **sigilo bancário** do contribuinte **não pode ser quebrado** com base em procedimento administrativo-fiscal, **por implicar indevida intromissão** na privacidade do cidadão, **garantia** esta expressamente **amparada** pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras **manter sigilo** acerca de qualquer informação ou documentação **pertinente** à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, **bem como** dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, **desde que decorrentes de** procedimento fiscal regularmente instaurado e inscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, **pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo** em relação às matérias arroladas em lei. (...).”

(RDA 197/174, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – grifei)

A **efetividade** da ordem jurídica, a **eficácia** da atuação do aparelho estatal e a **reação social** a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico **não ficarão comprometidas nem** afetadas, **se se reconhecer** aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a **prerrogativa** de ordenar a quebra do sigilo bancário. **Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede**, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, **que se rompa, injustamente, a esfera** de privacidade das pessoas, **pois** a quebra do sigilo bancário **não pode nem deve** ser utilizada, **ausente** a concreta indicação de uma causa provável, **como instrumento de devassa indiscriminada** das contas mantidas em instituições financeiras.

A **tutela** do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar e/ou de fiscalizar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da Administração Tributária e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras o **fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, **que nenhum embaraço** resultará do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, **pois, consoante já proclamado** pelo Supremo Tribunal Federal, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, **torna-se lícito afastar**, em favor do interesse público, a **cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, **na circunstância** – que assume indiscutível relevo jurídico – de que a natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade **impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, a **necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados (“disclosure”) **pertinentes** às operações financeiras, ativas e passivas, **de qualquer pessoa** eventualmente sujeita à ação investigatória (ou fiscalizadora) do Poder Público.

A **inviolabilidade** do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado **só possam emanar** de órgãos estatais – **os órgãos do Poder Judiciário** (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação **direito ao sigilo/dever de sigilo exige** – para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa, que impõe** ao Estado um claro dever de abstenção), **de um lado, e** a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, **de outro** – **que a determinação de quebra** do sigilo bancário **provenha** de ato emanado **de órgão do Poder Judiciário**, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios, **insista-se, revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades fundamentais **quanto** à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhor Presidente, e **tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a decretação da quebra do sigilo bancário, **ressalvada** a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, **sem o que não se imporá** à instituição financeira o **dever** de fornecer, **seja** à Administração Tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja, ainda**, à Polícia Judiciária ou ao Tribunal de Contas da União, **as informações** que lhe tenham sido solicitadas.

Desse modo, Senhor Presidente, e **em face** das razões expostas, **peço vênia para acompanhar**, na divergência, o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO.

É o meu voto.

* acórdão pendente de publicação

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

21 de março a 1º de abril 2016

Lei nº 13.261, de 22.3.2016 - Dispõe sobre a normatização, a fiscalização e a comercialização de planos de assistência funerária. Mensagem de veto. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 56, p. 1, em 23.3.2016.

Medida Provisória nº 719, de 29.3.2016 - Altera a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento; a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, e a Lei nº 8.374, de 30 de dezembro de 1991, para dispor sobre o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por embarcações ou por sua carga; e a Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016, para dispor sobre a dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 60, p. 7, em 30.3.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

21 de março a 1º de abril 2016

CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA – ADI 4.901/DF, ADI 4.902/DF, ADI 4.903/DF e ADI 4.937/DF – Lei 12.651/2012 (Novo Código Florestal) - O Ministro Luiz Fux, relator das ADIs 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF, ajuizadas em face de diversos dispositivos da Lei 12.651/2012 (Novo Código Florestal), convocou audiência pública para debater a constitucionalidade do referido Código no ponto em que modificou o regime jurídico de proteção ambiental da Reserva Legal (RL), da Área de Preservação Permanente (APP), e modificou a regulação do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e da Cota de Reserva Ambiental (CRA). A audiência pública será realizada em um único dia, na data de 18.4.2016, tendo cada expositor o tempo de dez minutos para sustentar seu ponto de vista, viabilizada a juntada de memoriais.

[Informativo 820](#)

SUMÁRIO

Plenário

Correção monetária e mora administrativa
Embargos de declaração em embargos de declaração e efeitos infringentes
MS e repactuação de dívida com a União

1ª Turma

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga
Lei de Responsabilidade Fiscal e orçamento do Ministério Público

2ª Turma

Contagem de prazo recursal e intimação pessoal
Fazenda Pública: recolhimento de multa e interposição de recurso

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Presunção de Inocência - Direito Fundamental - Pena - Execução Provisória - Impossibilidade (HC 126.292/SP)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Correção monetária e mora administrativa

A mora injustificada ou irrazoável do Fisco em restituir o valor devido ao contribuinte caracteriza a resistência ilegítima autorizadora da incidência da correção monetária. Com base nesse entendimento, o Plenário deu provimento a embargos de divergência para determinar a aplicação de correção monetária a valores a serem ressarcidos em decorrência de crédito prêmio de IPI solicitado na esfera administrativa, tendo em vista a indevida oposição do Fisco na restituição. A Corte destacou, preliminarmente, que, de fato, haveria divergência entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados pela parte embargante, nos termos do art. 546, II, do CPC, e 330 do RISTF, devendo ser conhecido o recurso. No mérito, afirmou que a orientação do STF seria no sentido da existência do direito à correção monetária dos créditos de IPI referentes a valores não aproveitados na etapa seguinte da cadeia produtiva, desde que ficasse comprovada a estrita hipótese de resistência injustificada da Administração em realizar o pagamento tempestivamente (AI 820.614 AgR/RS, DJe de 4.3.2011; AI 619.664 AgR/RS, DJe de 20.2.2009; RE 282.120/PR, DJU de 6.12.2002). Por outro lado, eventual divergência em relação à tese adotada pelo juízo “a quo”, em relação à ocorrência, em concreto, da injustificada resistência do Fisco, demandaria o reexame de fatos e provas, além da análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, de modo a inviabilizar o processamento do recurso extraordinário.

RE 299605 AgR-ED-EDv/PR, rel. Min. Edson Fachin, 6.4.2016. (RE-299605)

Embargos de declaração em embargos de declaração e efeitos infringentes

O Plenário iniciou julgamento de embargos de declaração em embargos de declaração opostos de acórdão proferido em ação penal, em que o embargante, à época vice-presidente de comissão municipal de licitação, fora condenado por fraude nesse tipo de certame. O embargante apresentara petição incidental em que formulara duas questões de ordem: a) a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, haja vista o trânsito em julgado da ação penal; e b) a configuração de nulidade absoluta em face do impedimento do membro do Ministério Público, que atuara como promotor de justiça na comarca em que o embargante fora julgado e, posteriormente, como procurador da República (pela aprovação em concurso público) e, nessa condição, passara a intervir no referido procedimento investigativo. A Ministra Cármen Lúcia, relatora, destacou que, ao contrário do afirmado, no julgamento do mérito da ação penal o STF não reconhecera o imediato trânsito em julgado. Assentara, apenas, que o marco interruptivo da prescrição seria a data da sessão de julgamento. Assim, não se sustentaria a alegação de que o Plenário teria cerceado a defesa do réu. O trânsito em julgado da ação penal ocorreria quando assim fosse certificado pelo diretor da secretaria judiciária da Corte, situação inexistente nos autos, tanto que a parte opusera os presentes embargos. Quanto à segunda questão de ordem, a relatora apontou que não haveria impedimento para que o promotor de justiça que atuara na fase investigativa depois participasse como procurador da República. O Ministério Público seria instituição regida pelos princípios da unidade e indivisibilidade e em ambas as situações teria figurado como titular da ação penal e do inquérito inicialmente instalado. Frisou que essas matérias não teriam sido questionadas em nenhuma passagem da ação penal, do que resultara no indeferimento dos pedidos. No mérito, rejeitou os embargos de declaração por ausência de omissão, contrariedade ou obscuridade. Pontuou que a responsabilidade penal do embargante fora expressamente firmada no acórdão embargado. Lembrou que a atuação dos órgãos administrativos municipais ou estaduais seria distinta daquela levada a efeito pelo Poder Judiciário, a ensejar enfoques diversos sobre o mesmo fato ou situação de aparente legalidade. Significa dizer que decisão jurisdicional oposta à tomada pela Administração Pública não caracterizaria ofensa ao princípio da segurança jurídica. Apontou que a ausência do transcurso de oito anos entre as datas dos fatos narrados na inicial e do recebimento da denúncia, bem como entre o recebimento da denúncia e a data do presente julgamento não configuraria a prescrição da pretensão punitiva, hábil a ensejar a rejeição dos embargos. Para a relatora, não obstante a aparência de legalidade ou a sua formalidade, o procedimento licitatório pode lesar a moralidade pública, a lisura do certame e o patrimônio estatal como bens jurídicos penalmente relevantes. Nesse ponto, a responsabilidade penal do embargante fora expressamente firmada no acórdão embargado, que se ateu estritamente aos limites da peça acusatória, pelo que a irrisignação do embargante não teria amparo legal. Por fim, reputou que, ao opor novos embargos declaratórios e postular a concessão de efeitos infringentes o embargante buscaria deles se valer como recurso de apelação, a pretender novo julgamento sobre o que decidido de forma fundamentada e em decisão condenatória unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli.

AP 565 ED-ED/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, 6.4.2016. (AP-565)

MS e repactuação de dívida com a União

O Plenário, tendo em vista a relevância e urgência do pedido, concedeu medida cautelar em mandado de segurança para garantir ao Estado-Membro impetrante, em face do não pagamento dos juros capitalizados, a não incidência das sanções impostas pelo Decreto 8.616/2015. A norma regulamenta o disposto na LC 148/2014 e no art. 2º da Lei 9.496/1997 e dispõe sobre a repactuação da dívida dos entes federados com a União. Além disso, o Tribunal assegurou o desbloqueio de recursos de transferências federais pela aplicação da LC 148/2014, norma que garante, “prima facie”, o cálculo e o pagamento da dívida pública sem a promoção do aditivo contratual imposto no decreto. Inicialmente, o Colegiado discutiu acerca da possibilidade de as partes realizarem sustentação oral em sede de agravo regimental, tendo em vista as modificações promovidas pelo novo CPC (art. 937, VI, § 3º: “Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão do relator que o extinga”). O Ministro Edson Fachin (relator) considerou que, no caso, à luz da gravidade do tema, seria interessante ouvir as partes. O Ministro Marco Aurélio, no que acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), entendeu cabível a sustentação, uma vez se tratar de norma instrumental e, portanto, de aplicação imediata. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, no que acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, reputou que o novo CPC só seria aplicável aos recursos interpostos a partir da sua vigência, ou seja, o regime processual dos recursos reger-se-ia pela data de sua interposição. Se o agravo fora interposto em data anterior à vigência do novo diploma, ele deveria seguir as regras anteriores. Em seguida, o debate a respeito do dessa controvérsia foi suspenso, em razão da desistência das partes em realizar a sustentação. Em passo seguinte, o Colegiado, por decisão majoritária, deu provimento ao agravo regimental para determinar o andamento do mandado de segurança, tendo em vista a cognoscibilidade da matéria pela via eleita. Asseverou que o aludido decreto interpreta os dispositivos legais em questão, dando-lhes efeitos concretos, e a controvérsia é estritamente de direito, ou seja, definir se o saldo devedor deve ser calculado de acordo com a taxa Selic, de forma simples, ou de forma composta. Além disso, os atos normativos regulamentados pelo decreto dispensavam-no, visto que já previam outra forma de cálculo da dívida. O decreto não preencheria lacunas, mas alterara o disposto na lei, razão pela qual existente controvérsia sobre direito líquido e certo, o que independe da complexidade da matéria. Vencidos, relativamente ao agravo, os Ministros Edson Fachin (relator) e Roberto Barroso, que o desproviavam para inadmitir o mandado de segurança na espécie. Consideravam que a controvérsia exigiria dilação probatória para ser dirimida, tendo em conta a existência de dois métodos distintos de cálculo da mesma dívida: juros simples ou capitalizados (anatocismo). O relator reputava, ainda, que a Presidência da República não seria legitimada para figurar no polo passivo da demanda. Por fim, o Tribunal deliberou, em questão de ordem, manter o Ministro Edson Fachin na relatoria do mandado de segurança, muito embora vencido quanto ao regimental, pois a substituição apenas ocorreria se vencido no mérito. O Plenário decidiu, também em questão de ordem, prosseguir no trâmite da ação mandamental independentemente da publicação do acórdão alusivo ao agravo.

MS 34023 AgR/DF, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 7.4.2016. (MS-34023)

PRIMEIRA TURMA

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga

A Primeira Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretende garantir a nomeação de candidato aprovado em concurso público fora das vagas originalmente previstas no edital. O recorrente sustenta haver direito subjetivo à nomeação, em virtude do advento de posto adicional, ainda na vigência do concurso. Isso decorreria da existência, durante a validade do certame anterior, de tratativas entre os órgãos competentes para a deflagração de novo concurso, bem como de dotação orçamentária e da necessidade de criação de novas vagas. Novo concurso fora realizado apenas dois meses depois de expirado o prazo do certame pretérito. O Ministro Marco Aurélio (relator) deu provimento ao recurso. Entendeu demonstrado, no prazo de validade do processo seletivo, o surgimento da vaga. Desnecessário, para tanto, o pronunciamento no tocante à disponibilidade orçamentária, porque expressamente reconhecida, no âmbito do órgão que efetuara o concurso, a existência de posto a viabilizar a convocação do recorrente. Além disso, fora aberto novo certame pouco tempo após a homologação do anterior, o que fraudava o interesse subjetivo dos candidatos aprovados, em contrariedade ao art. 37, IV, da CF. Em divergência, o Ministro Edson Fachin desproveu o recurso. Consignou que o prazo de validade do concurso em que aprovado o recorrente expirara antes da abertura do novo certame, a significar que o caso não se amoldaria ao precedente firmado pelo Plenário no RE 837.311/PI (acórdão pendente de publicação, v. Informativo 811). Na ocasião, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixara a tese de que a existência de direito subjetivo à nomeação está ligada ao surgimento de nova vaga durante a validade do certame. A mera existência de tratativas sobre a inauguração de novo concurso permite inferir, apenas, sobre a existência de vaga, mas não gera direito líquido e certo. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

RMS 31478/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 5.4.2016. (RMS-31478)

Lei de Responsabilidade Fiscal e orçamento do Ministério Público

A Primeira Turma, por maioria, concedeu a ordem em mandado de segurança para assentar a insubsistência de ato do TCU, no qual fora determinada a inclusão das despesas relativas ao MPDFT nos limites globais de gastos com pessoal do MPU, nos termos do art. 20, I, “d”, da LC 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. O Colegiado afirmou que a Lei de

Responsabilidade Fiscal fora editada a partir do disposto no art. 169 da CF (“A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”). Dada a circunstância de competir à União organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 21, XIII), a citada lei previra, no art. 20, I, “c”, teto global para despesas com pessoal, destacando da percentagem de 40,9%, relativa ao Executivo, 3% para despesas com pessoal decorrentes do disposto nos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição. Então, o Chefe do Poder Executivo, no Decreto 3.917/2001, repartira os 3%, alocando para o MPDFT 0,064%. Assim, a circunstância de o art. 128 da CF consignar que o MPU compreende o MPDFT não seria conducente a concluir pela junção verificada. Esse entendimento ensejaria, inclusive, a alteração de ato normativo decorrente da Constituição Federal — a Lei Complementar 101/2000 — a gerar, após anos de prática de certo sistema, responsabilidade global, considerados o MPU e o MPDFT. Vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que denegavam a segurança por entender que o TCU não teria inovado no ordenamento jurídico ao propor a interpretação consignada.

MS 25997/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 5.4.2016. (MS-25997)

SEGUNDA TURMA

Contagem de prazo recursal e intimação pessoal

Nos casos de intimação pessoal realizada por oficial de justiça, a contagem do prazo para a interposição de recursos ou a eventual certificação de trânsito em julgado começa a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, por maioria, proveu agravo regimental para afastar a intempestividade de recurso extraordinário. A Turma afirmou que a contagem do prazo recursal a partir da juntada aos autos do mandado seria uma exigência do art. 241, II do CPC (“Art. 241. Começa a correr o prazo: ... II – quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido”). Vencido o Ministro Teori Zavascki (relator), que negava provimento ao agravo. Pontuava que a intimação pessoal de que trata o art. 17 da Lei 10.910/2004 não poderia ser confundida com a intimação por oficial de justiça referida no art. 241, II, do CPC. Aquela independia de mandado ou de intervenção do oficial de justiça, se perfectibilizando por modos variados, previstos no CPC ou na praxe forense, como, por exemplo: mediante a cientificação do intimado pelo próprio escrivão ou pelo chefe de secretaria (CPC, art. 237, I, e art. 238, parte final).

ARE 892732/SP, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/o acórdão Min. Dias Toffoli, 5.4.2016. (ARE-892732)

Fazenda Pública: recolhimento de multa e interposição de recurso

A Segunda Turma iniciou julgamento de agravo regimental em que se discute a necessidade de pessoa jurídica de direito público recolher multa, imposta com base no art. 557, § 2º, do CPC, para interposição de recurso. O Ministro Dias Toffoli (relator) negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. Asseverou que o STF firmara orientação no sentido de que o recolhimento da multa aplicada ao recorrente no Tribunal de origem, com base no art. 557, § 2º, do CPC, seria requisito de admissibilidade para interposição de recurso extraordinário. Além disso, essa exigência aplicar-se-ia, inclusive, à Fazenda Pública. Em divergência, o Ministro Teori Zavascki proveu o agravo para afastar o pagamento. Sublinhou que o art. 1º-A da Lei 9.494/1997 dispensaria o depósito. Aduziu que essa norma estaria em consonância com a Constituição, que prevê os pagamentos da Fazenda Pública, inclusive, condenações em multa, por meio de precatório, e depois do trânsito em julgado. Em seguida, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

ARE 931830/PB, rel. Min. Dias Toffoli, 5.4.2016. (ARE-931830)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	6.4.2016	7.4.2016	98
1ª Turma	5.4.2016	—	105
2ª Turma	5.4.2016	—	117

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 4 a 8 de abril de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 948.645-PE

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO.

INOCORRÊNCIA. ESTADO DE PERNAMBUCO. POLICIAIS MILITARES. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO. NATUREZA JURÍDICA. EXTENSÃO AOS INATIVOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à natureza jurídica da Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo, se geral ou *propter laborem*, fundada na interpretação da Lei Complementar 59/04 do Estado de Pernambuco, é de cunho infraconstitucional.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. **Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.**

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

4 a 8 de abril 2016

MED. CAUT. EM ADI N. 5.442-DF

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – CONCESSÃO. Surgindo a relevância e o risco de manter-se com plena eficácia os preceitos atacados, impõe-se o deferimento da medida acauteladora, suspendendo-os.

PROJETO DE LEI – INICIATIVA EXCLUSIVA – EMENDA PARLAMENTAR – DESVIRTUAMENTO. A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa a projeto de lei de iniciativa exclusiva leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal.

**noticiado no Informativo 818*

EMB. DECL. NO MI N. 5.554-DF

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. LACUNA REGULAMENTADORA DO ART. 40, § 4º, II, DA MAGNA CARTA. AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ATIVIDADE DE RISCO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITO DA “PERICULOSIDADE INEQUIVOCAMENTE INERENTE AO OFÍCIO”. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Ao julgamento dos MIs n°s 833 e 844, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a expressão “atividades de risco”, veiculada no art. 40, § 4º, II, da Carta Magna, por sua natureza aberta, a apontar para a existência de significativa liberdade de conformação por parte do legislador, só revela omissão inconstitucional, suscetível de ser colmatada em mandado de injunção, no caso de periculosidade inequivocamente inerente ao ofício.
 2. Na espécie, os servidores associados à impetrante são auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, integrando, portanto, categoria profissional cujo leque de atribuições especializadas (efetivação de lançamentos, realização de análises contábeis e fiscais, exame de impugnações e consultas administrativas etc.), por não permitir direta ilação no sentido da presença de risco inerente, conjura a concessão da ordem pretendida.
- Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

AG. REG. EM MS N. 25.921-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUPTÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé. (Precedentes: MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2008; AI 490.551-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 3/9/2010)
2. A boa-fé na percepção de valores indevidos bem como a natureza alimentar dos mesmos afastam o dever de sua restituição.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Inq N. 3.331-MT

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. FATOS OCORRIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67 E NA LEI 8.666/93. RECEBIMENTO PARCIAL. PRESCRIÇÃO.

1. Denúncia pela prática de crimes previstos no art. 1º, I e IV, do Decreto-lei 201/67 e arts. 89, 92 e 96, I, da Lei 8.666/93 imputados a Deputado Federal quando no exercício de mandato de Prefeito Municipal.
2. Prescrição da pretensão punitiva do crime previsto no art. 1º, IV, do Decreto-lei 201/67 e dos crimes previstos nos arts. 89 e 92, da Lei 8.666/93.
3. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 602.527 QO-RG), decidiu ser inadmissível decretar a prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva, antecipada ou projetada. Entendimento que se prestigia em homenagem aos princípios da segurança jurídica e colegialidade.
4. Não é inepta a denúncia que descreve ação típica, individualiza a conduta do denunciado, menciona sua consciência quanto aos fatos imputados e aponta indícios de autoria e materialidade.
5. Não tem cabimento a alegação de ausência de dolo quando do juízo de admissibilidade da acusação, exceto quando demonstrada estreme de dúvidas.
6. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias.
7. Prefeito Municipal que, em tese, promove superfaturamento de preços de serviços e obras públicas visando desviar ou permitir o desvio de recursos públicos, comete o crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.
8. Denúncia parcialmente recebida pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.

AG. REG. NA Rcl N. 23.133-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO JUÍZO OU TRIBUNAL DE ORIGEM QUE APLICA A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO.

1. O Plenário desta Corte assentou o entendimento de que a negativa de seguimento do recurso extraordinário, pelo Juízo de origem, com base na sistemática da repercussão geral, não é impugnável pelo agravo do art. 544 do CPC, nem por reclamação.
2. Na sistemática da repercussão geral pela instância *a quo*, admite-se a remessa do recurso ao STF unicamente quando, julgado o mérito do *leading case*, o Órgão de origem recusa a retratar-se para adequar o acórdão recorrido à orientação desta Corte. Em todas as demais situações, qualquer irresignação manifestada pela parte contra a aplicação dos arts. 543-A, § 5º, e 543-B do CPC – seja no caso do § 2º, seja no caso do § 3º – deverá ser apreciada no âmbito do próprio Tribunal/Juízo *a quo*, por meio de agravo interno.
3. Essa diretriz é aplicável aos casos em que a fundamentação da inadmissão do extraordinário esteja amparada em precedente do STF formado sob a sistemática da repercussão geral, seja indicando a inexistência da relevância da matéria, seja reconhecendo-a e pronunciando-se acerca do mérito em sentido contrário ao pretendido pela parte recorrente. Independentemente do modo como a instância de origem obsta a admissão do recurso extraordinário (negando-lhe seguimento, inadmitindo-o, não o conhecendo, julgando-o prejudicado ou inferindo-o liminarmente), não caberá nenhuma forma de impugnação a esta Corte se a decisão tiver por fundamento precedente do STF julgado sob o rito da repercussão geral.
4. Observadas essas condições, a orientação não representa desrespeito à Súmula 727/STF.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. EM MS N. 29.537-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO, MEDIANTE REMOÇÃO, SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. ART. 236, E PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI 9.835/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STF é no sentido de que o art. 236, *caput*, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Assim, a partir de 5/10/1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais. As normas estaduais editadas anteriormente, que admitem a remoção na atividade notarial e de registro independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição, razão pela qual não foram por essa recepcionadas.
2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem.
3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236.
4. É legítima, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou irregular o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de remoção, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do Plenário de 19/6/2013.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

RE N. 594.116-SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TAXA JUDICIÁRIA. PREPARO RECURSAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. ISENÇÃO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A despesa com porte de remessa e retorno não se enquadra no conceito de taxa judiciária, uma vez que as custas dos serviços forenses se dividem em taxa judiciária e custas em sentido estrito. Precedente: AI-ED 309.883, de relatoria do Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 14.06.2002.
2. O porte de remessa e retorno é típica despesa de um serviço postal, prestado por empresa pública monopolística e, assim, remunerado mediante tarifas ou preço público. Precedente: AI-QO 351.360, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 07.06.2002.
3. O art. 511 do Código de Processo Civil dispensa o recolhimento dessa despesa processual por parte do INSS, pois se trata de norma válida editada pela União, a quem compete dispor sobre as receitas públicas oriundas da prestação do serviço público postal.
4. A lei estadual, ora impugnada, apenas reproduziu o entendimento esposado no próprio CPC de que as despesas com o porte de remessa e retorno não se incluem no gênero taxa judiciária, de modo que não há vício de inconstitucionalidade no particular.
5. Verifica-se que o art. 2º, parágrafo único, II, *in fine*, da Lei paulista 11.608/2003, é inconstitucional, uma vez que o Conselho Superior da Magistratura, como órgão de nível estadual, não possui competência para tratar das despesas com o porte de remessa e retorno. Declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “*cujo valor será estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura*”.
6. Recurso extraordinário a que se dá provimento, para cassar o acórdão recorrido e determinar o processamento da apelação no Tribunal de origem.

**noticiado no Informativo 810*

RE N. 628.624-MG

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-A DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). COMPETÊNCIA. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. DELITO COMETIDO POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). INTERNACIONALIDADE. ARTIGO 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. À luz do preconizado no art. 109, V, da CF, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos 03 (três) requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam, que: *a*) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; *b*) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e *c*) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.
2. O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.
3. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado Brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil.
4. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação.
5. Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em

qualquer parte do planeta, que esteja conectado à *internet*, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional.

6. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu.

7. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da *Internet* no Brasil.

8. Não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de *e-mails* ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado.

9. Tese fixada: “*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores*”.

10. Recurso extraordinário desprovido.

*noticiado no Informativo 805

HC 122.791-MS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Penal. Tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06). Consumação. Desnecessidade de transposição de fronteiras entre dois ou mais estados da Federação. Precedentes. Ordem denegada.

1. Consoante o repertório jurisprudencial da Corte, “para a configuração do tráfico interestadual de drogas (art. 40, V, da Lei 11.343/2006), não se exige a efetiva transposição da fronteira, bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação” (HC nº 115.893/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 4/6/13).

2. Ordem denegada.

*noticiado no Informativo 808

RE N. 606.358-SP

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.

2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República.

3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

*noticiado no Informativo 808

RE N. 733.433-MG

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA : Direito Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

*noticiado no Informativo 806

HC N. 132.909-SP

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DESNECESSIDADE. INEXIGÊNCIA NA LEI N. 11.343/2006 DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE PUREZA DA DROGA E DO SEU POTENCIAL LESIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

1. Desnecessária a aferição do grau de pureza da droga para realização da dosimetria da pena. A Lei n. 11.343/2006 dispõe como preponderantes, na fixação da pena, a natureza e a quantidade de entorpecentes, independente da pureza e do potencial lesivo da substância. Precedente.

2. Para acolher a alegação da Impetrante de imprescindibilidade da perícia complementar na substância entorpecente apreendida, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Ordem denegada.

*noticiado no Informativo 818

ADI N. 1.301-RS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL PARA SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NÃO CONCURSADOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO A EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. PRECEDENTES.

1. A Constituição Federal de 1988 exige que a investidura em cargos ou empregos públicos dependa de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF/88).

2. O constituinte originário inseriu norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores públicos civis não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, que contassem com pelo menos cinco anos ininterruptos de serviço público (art. 19 do ADCT), não estando incluídos na estabilidade os

empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

3. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção prevista no art. 19 do ADCT a empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 2.689, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; ADI 100, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, entre outros.

4. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

AG. REG. NA ACO N. 1.724-PI

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental em ação cível originária. Conflito federativo. Inscrição de estado em cadastros federais. CAUC/SIAFI. Necessidade de prévia tomada de contas especial. Agravo não provido.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: ACO 2.131/MT-AgR, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe 20/2/2015; ACO nº 2605/DF-AgR Tribunal Pleno, Relator o Min. **Teori Zavascki**, DJe de 16/2/16.

2. Sem a conclusão de tomadas de contas especial, ou de outro procedimento específico instituído por lei, que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, fica inviabilizada a imposição de restrições para a transferência de recursos entre entes federados.

3. Agravo não provido.

RE N. 581.488-RS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

2. O procedimento da "diferença de classes", tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal.

3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação.

4. **Recurso extraordinário a que se nega provimento.**

Acórdãos Publicados: 515

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Presunção de Inocência - Direito Fundamental - Pena - Execução Provisória - Impossibilidade (Transcrições)

(v. Informativo 816)

HC 126.292/SP*

RELATOR: Ministro Teori Zavascki

VOTO VENCIDO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Registre-se, desde logo, Senhor Presidente, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Na realidade, a **presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua "Suma Teológica", **constituiu** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes, para alguns**, na Magna Carta inglesa (1215), **embora, segundo outros autores, o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, **na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia** (1776).

Esse, pois, na lição de doutrinadores – **ressalvada** a opinião **de quem situa a gênese** dessa prerrogativa fundamental, **ainda que em bases incipientes**, no Direito Romano –, **o momento inaugural** do reconhecimento **de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer** sanções **ou** restrições em sua esfera jurídica **senão após** condenação **transitada** em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa** às práticas absolutistas **do Antigo Regime**.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, **tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação aos abusos inomináveis cometidos** pelos regimes totalitários nazi-fascistas, **proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes** até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional, como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e **a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e **outros de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, **que a repulsa** à presunção de inocência – **com todas** as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – **mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente**, à esfera jurídica dos cidadãos **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, **a partir** da douda lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico** entre **o valor** do princípio democrático, **que consagra o primado da liberdade, e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir** do século XIX, **quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma** da presunção de inocência, **a que se seguiram**, no entanto, os adeptos **da Escola Positiva**, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, **finalmente, a refletir** o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) **que tão perversamente** buscou justificar **visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica**, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, **responsáveis**, entre outros aspectos, **pela formulação** da base doutrinária **que deu suporte** a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete, com exatidão**, essa posição **nítidamente autocrática, que repudia** “A chamada tutela da inocência” e **que vê**, na “pretendida presunção de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 e **destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases genuinamente democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário de uma **inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face** daqueles que **presumem** a culpabilidade do réu, **será a virtual (e gravíssima) esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo de **jamaís ser tratado**, pelo Poder Público, **como se culpado fosse**.

Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, **em obra escrita** com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

“O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).”

*Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana **senão também** (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, **segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.***

*Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) **emanam duas regras:** (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.*

*‘Regra de tratamento’: o acusado **não pode ser tratado** como condenado **antes** do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).*

*O acusado, por força da regra que estamos estudando, **tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante** do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência **impede qualquer antecipação** de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., **podendo-se exemplificar:** a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a **exibição** de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” (grifei)*

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal **transitada** em julgado, **tal como tem advertido** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que **culminem por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem.**

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a perseguição penal e traduz, de

outro, **requisito de legitimação** da própria execução de sanções **privativas** de liberdade **ou** de penas **restritivas** de direitos.

O fato, Senhor Presidente, **é que** o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais **não podem** tratar, *de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno* de prerrogativas **resultantes, legitimamente, do sistema de proteção** institucionalizado **pelo próprio** ordenamento constitucional **e concebido** em favor **de qualquer** pessoa **sujeita** a atos de persecução estatal.

Coerentemente com esse entendimento, **tenho proferido decisões**, no Supremo Tribunal Federal, **que bem refletem** a posição por mim ora exposta, **como se vê**, “p. ex.”, de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

“**A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar** (“carcer ad custodiam”), **que não se confunde com a prisão penal** (“carcer ad poenam”). **Doutrina. Precedentes.**

– **A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz** deformação desse instituto de direito processual, **eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.**

– **A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.**

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido que a natureza da infração penal não se revela** circunstância apta a legitimar a prisão cautelar **daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.**

– **A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.**

– **A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.**

O Estado – **que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).**

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

– **O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. Medida cautelar deferida.”**

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008)

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, **de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa** da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.

A nossa Constituição estabelece, **de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos** pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal. **Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.**

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), **estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, *entre outros Estados democráticos*, cujas Constituições, **ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.**

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência.

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível.**

Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, **vigorosamente, os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores **como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, vislumbram** algo “*absurdamente paradoxal e irracional*” na “*pretendida presunção de inocência*” (**a frase é de Manzini**).

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação é legitimada pelo dever institucional, que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.**

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado** – **está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, como anteriormente assinalado, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).**

Lembro-me de que, *no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado !!!*

Essa regra legal – **como salientei** no julgamento do HC 83.947/AM, *de que fui Relator – consagrou uma esdríxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.*

O diploma legislativo em questão, **com a falta de pudor** que caracteriza os regimes despóticos, **veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!**

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal **tem sempre advertido** que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – **o ônus da prova** referente aos fatos constitutivos da imputação penal **incumbe, exclusivamente, a quem acusa**.

Isso significa que **não compete ao réu demonstrar** a sua própria inocência. **Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca**, em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade** do acusado **e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito** (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a **ser indeclinavelmente** observada pelo magistrado e pelo legislador.

O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, **não se justifica** a formulação, **seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo**, assentar-se – **para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.**

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos **meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.**

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, **“Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal”** (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem qualquer** comportamento estatal **transgressor** do dogma segundo o qual **não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita** (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte **enfatiza**, bem por isso, **com particular veemência**, que **“Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído”** (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, pois, na asserção de que **o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em relação** à pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes** desse momento, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso** significa, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Enfatizo, por necessário, que o **“status poenalis” não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença transitada em julgado.**

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, **no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se** o trânsito em julgado da condenação criminal, **demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário** respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, então:

“(…) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (…). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.” (grifei)

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face da **irrecorribilidade** de decisões judiciais.

Isso significa, portanto, que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e **destacar-lhe** as origens históricas, **relembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas – que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava** de certas presunções **então** formuladas (**“innocens praesumitur cujus nocentia non probatur”**, p. ex.), **valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia, em benefício de quem era processado, verdadeiro “favor rei”, que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda do Ancien Régime.**

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, **ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada** da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação na via **recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.**

Daí a regra inscrita **no art. 105** de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado** do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a

particulares.” (grifei)

Vê-se, portanto, **qualquer que seja** o fundamento jurídico invocado (de caráter legal **ou** de índole constitucional), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, **mesmo se se tratar de simples pena de multa**, pode ser implementada **sem a existência** do indispensável título judicial definitivo, **resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

Lamento, Senhores Ministros, **registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República**, essa preocupante **inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar** que a majestade da Constituição **jamaiz poderá subordinar-se** à potestade do Estado.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênia para acompanhar, integralmente, na divergência**, os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO e **deferir** o pedido de “*habeas corpus*”, **mantendo, em consequência, o precedente** firmado no julgamento plenário **do HC** 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, **reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível** com o direito fundamental do réu, **assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII)**, de ser presumido inocente.

É o meu voto.

* acórdão pendente de publicação

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

4 a 8 de abril 2016

Consulta Pública - Projeto de Decreto que regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 65, p. 5, em 6.4.2016.

Informativo 821

SUMÁRIO

Plenário

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 1

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 2

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 3

“Impeachment” e ordem de votação - 1

“Impeachment” e ordem de votação - 2

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 1

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 2

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 3

Repercussão Geral

Magistratura: triênio para ingresso na carreira e momento de comprovação

Procurador municipal e teto remuneratório - 1

Procurador municipal e teto remuneratório - 2

1ª Turma

Tráfico de entorpecentes: fixação do regime e substituição da pena

2ª Turma

Tráfico de entorpecentes: fixação do regime e substituição da pena

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

ADPF - Princípio da Subsidiariedade - Ministério Público - Membro Integrante - Ingresso Posterior a 05/10/88 - Cargo de Ministro de Estado - Impossibilidade de Investidura (ADPF 388-DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 1

O Plenário, por maioria, indeferiu pedido formulado em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra os artigos 218, § 8º, e 187, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) [“Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade. (...) § 8º Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido à votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados. (...) Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas às instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. (...) § 4º Quando o sistema eletrônico não estiver em condições de funcionamento, e nas hipóteses de que tratam os arts. 217, IV, e 218, §8º, a votação nominal será feita pela chamada dos Deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa, observando-se que: I - os nomes serão enunciados, em voz alta, por um dos Secretários; II - os Deputados, levantando-se de suas cadeiras, responderão sim ou não, conforme aprovem ou rejeitem a matéria em votação; III - as abstenções serão também anotadas pelo Secretário”]. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria conheceu da ação, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que dela não conheciam por considerarem que a questão discutida configuraria matéria “interna corporis”, insuscetível de controle abstrato de constitucionalidade.

ADI 5498 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-5498)

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 2

Em seguida, o Colegiado afirmou que o autor da petição inicial não teria demonstrado de que modo os dispositivos atacados teriam ofendido os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, da moralidade e da República. A mera invocação genérica de transgressão a um postulado constitucional não seria suficiente para legitimar o ajuizamento de ação direta. Não bastaria, portanto, deduzir-se a pretensão de inconstitucionalidade. Seria preciso não apenas indicar os valores, os princípios, mas também estabelecer as razões jurídicas que pudessem legitimar a pretendida ocorrência de violação às normas de parâmetro invocadas no processo de controle objetivo de constitucionalidade. Avaliou que o requerente teria articulado minimamente a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, ao aduzir que a votação poderia gerar efeito cascata, de modo que os primeiros votos pudessem influenciar os últimos, o que comprometeria o princípio da imparcialidade. Entretanto, qualquer tipo de votação nominal, independentemente do critério adotado, jamais afastaria o efeito cascata. Logo, a única forma de acabar com tal efeito seria eliminar a votação nominal, o que seria absurdo. Assim, inexistindo incompatibilidade entre o dispositivo regimental com qualquer preceito constitucional, não se vislumbrou a relevância do direito, o que seria razão para indeferir a medida liminar. Ademais, o Tribunal sublinhou que não se poderia exigir isenção e imparcialidade dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Na realidade, o “impeachment” seria uma questão política que haveria de ser resolvida com critérios políticos. A garantia da imparcialidade estaria no alto quórum exigido para a votação.

ADI 5498 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-5498)

ADI: “Impeachment” e ordem de votação - 3

Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski (Presidente) e, em menor extensão, o Ministro Roberto Barroso. O Ministro Marco Aurélio deferia a liminar para suspender a eficácia do art. 187, § 4º, do RICD, no tocante ao alcance do critério para julgamento do Presidente da República. Assentava que a votação deveria ocorrer de forma nominal e por ordem alfabética dos parlamentares, nos termos adotados no processo de impedimento de Presidente Fernando Collor, tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski concediam a liminar para emprestar interpretação conforme e declarar como única interpretação constitucional compatível com o devido processo legislativo aquela que respeitasse a literalidade do § 4º do art. 187 do RICD. Ou seja, aquela que estabelecesse que a chamada fosse feita pelos deputados, de forma alternada e individualizada, considerada a ordem geográfica das capitais com suas respectivas latitudes. O Ministro Roberto Barroso concedia parcialmente a liminar para fixar interpretação conforme de modo que a votação fosse nominal, por bancada, alternadamente, de norte para sul e vice-versa, observada a exata latitude da capital de cada Estado-Membro.

ADI 5498 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-5498)

“Impeachment” e ordem de votação - 1

Ante o empate na votação, o Plenário indeferiu pedidos de medida cautelar formulados em mandados de segurança impetrados em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, no qual fora formalizada interpretação conferida ao art. 187, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas às instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. ... § 4º Quando o sistema eletrônico não estiver

em condições de funcionamento, e nas hipóteses de que tratam os arts. 217, IV, e 218, §8º, a votação nominal será feita pela chamada dos Deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa, observando-se que: I - os nomes serão enunciados, em voz alta, por um dos Secretários; II - os Deputados, levantando-se de suas cadeiras, responderão sim ou não, conforme aprovem ou rejeitem a matéria em votação; III - as abstenções serão também anotadas pelo Secretário). Manteve-se, em razão disso, o ato impugnado, segundo o qual a autoridade coatora assentara, em síntese, que: “a (...) a chamada terá início por um Estado da região norte e, em alternância, será chamado um Estado da região sul. Em seguida, em razão do ‘vice-versa’, será chamado um Estado da região sul e, depois, um Estado da região norte, e assim sucessivamente, passando pelas demais regiões; b) a ordem dos Estados seguirá a tradição da Casa, a disposição constante no painel de votação e, por analogia, a ordem geográfica das capitais prevista no art. 3º, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (...)”. De início, a Corte deliberou não caber sustentação oral em apreciação de liminar em mandado de segurança, porquanto: a) o art. 937, § 3º, do novo CPC, prevê o cabimento de sustentação oral em julgamento de mandado de segurança unicamente no “agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga”; e b) o art. 16 da Lei 12.016/2009 prevê a sustentação oral em mandado de segurança na sessão de julgamento de mérito, e não em liminar. Em seguida, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, ao fundamento de que o “writ” adentrava em matérias “interna corporis” da Câmara dos Deputados. Além disso, não se teria, no caso, questão a envolver direito subjetivo.

MS 34127 MC/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-34127)

MS 34128 MC/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-34128)

“Impeachment” e ordem de votação - 2

No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, que indeferiu a medida cautelar. Considerou o ato atacado compatível com uma interpretação possível do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Além disso, não haveria, na espécie, matéria constitucional relevante. Os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello seguiram tal entendimento. Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso (relator) também reputou a interpretação do Presidente da Câmara dos Deputados compatível com o citado dispositivo regimental. No entanto, deferiu apenas parcialmente a medida cautelar para determinar que a autoridade impetrada observasse, na chamada dos deputados para votação nominal em Plenário — referente à denúncia por crime de responsabilidade supostamente praticado pela Presidente da República —, a alternância entre norte e sul, considerando-se, para tanto, a latitude das capitais dos Estados-Membros. A Ministra Rosa Weber perfilhou essa orientação. O Ministro Edson Fachin, ao reportar-se ao voto proferido no julgamento da ADI 5.498 MC/DF (acima noticiada), deferiu a cautelar, em maior extensão, no que foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente). Asseverou que deveria haver a votação nominal pela chamada dos deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa.

MS 34127 MC/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-34127)

MS 34128 MC/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 14.4.2016. (ADI-34128)

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 1

O Plenário, por maioria, indeferiu pedidos de medida liminar formulados em mandados de segurança impetrados em face de atos do Presidente da Câmara dos Deputados, além de atos do presidente e do relator de comissão especial que aprovara parecer pela admissibilidade de apuração de denúncia por crimes de responsabilidade supostamente praticados pela Presidente da República. Sustentava-se: 1) a competência do STF para a realização de controle dos atos da Câmara dos Deputados no rito do processo de “impeachment” que atentasse contra normas constitucionais e procedimentais; 2) o cabimento do mandado de segurança e a necessidade de sua livre distribuição; 3) o não enquadramento do ato como questão “interna corporis” da Câmara dos Deputados, inexistindo, assim, ofensa à separação de Poderes; e 4) a aplicação ao processo de “impeachment” das garantias fundamentais que viabilizam o exercício da ampla defesa, incluída a necessidade de apresentação de imputações claras, objetivas e circunscritas ao seu objeto, sem que houvesse ampliação posterior ou ao longo do processo. A Corte inicialmente indeferiu, por maioria, requerimento do AGU, suscitado da tribuna, de realizar sustentação oral, vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski (Presidente), que o acolhiam.

MS 34130 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34130)

MS 34131 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34131)

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 2

No mérito, o Tribunal afirmou que, no julgamento da ADPF 378 MC/DF (DJe de 8.3.2016), fora decidido que “apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara”. Considerado esse pressuposto, seria o caso de, então, analisar as supostas irregularidades alegadas nos mandados de segurança. Assim, relativamente (a) à extrapolação da denúncia nos debates e discussões perante a comissão especial, (b) à ausência de notificação da denunciada sobre a realização de esclarecimentos sobre a denúncia e (c) à extrapolação dos termos da denúncia — itens constantes da causa de pedir da inicial

do MS 34.130/DF, ora em análise —, seria de se destacar que o debate realizado na Câmara estaria circunscrito à admissibilidade para a autorização do processamento e julgamento de “impeachment”. Portanto, na tramitação do processo perante a comissão de “impeachment”, pela orientação colegiada formada na referida ADPF, não haveria nem litigante, nem acusado. No tocante à (d) juntada de documento estranho ao objeto da denúncia — a colaboração premiada realizada por investigado em procedimento penal —, esse elemento teria sido reputado como irrelevante para o relatório final da comissão especial. Se é no Senado que o contraditório será ampla e profundamente exercido, no Senado que eventual pertinência desse documento com a denúncia será avaliada. O que levaria também a se afastar a arguição de ofensa a direito líquido e certo em razão do (e) indeferimento do pedido de reabertura de prazo para a defesa depois de esclarecimentos prestados.

MS 34130 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34130)

MS 34131 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34131)

“Impeachment”: leitura de parecer e teor de denúncia por crime de responsabilidade - 3

A Corte asseverou também que a (f) falta de manifestação do procurador da impetrante na sessão de leitura do relatório não constituiria cerceamento de defesa. Isso porque esse momento seria de competência exclusiva dos deputados membros da comissão. Não caberia qualquer intervenção antes, durante ou depois de tal sessão de leitura. Outrossim, no que diz respeito (g) às diversas imputações e considerações supostamente desconectadas do teor da denúncia como originalmente formulada, tendo em conta que se apreciará no plenário da Câmara o mesmo teor inicial, não se sustentaria a alegação de inviabilização de defesa adequada, pois a impetrante se manifestara sobre tais imputações após o encerramento da fase de esclarecimentos. Portanto, considerando como baliza o voto majoritário na ADPF 378 MC/DF, não constatados os vícios suscitados, não haveria que se falar em (h) nulidade do parecer e, conseqüentemente, tampouco em (i) necessidade de renovação de quaisquer dos atos já praticados. Contudo, seria de se destacar que a autorização advinda da votação havida na comissão especial seria para o prosseguimento sob o teor da denúncia original, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em plenário da Câmara dos Deputados, o que fosse estranho ao teor da denúncia, ou seja: 1) “seis Decretos assinados pela denunciada no exercício financeiro de 2015 em desacordo com a LDO e, portanto, sem autorização do Congresso Nacional” e 2) “reiteração da prática das chamadas pedaladas fiscais”. Por fim, relativamente ao argumento de não recepção do art. 11 da Lei 1.079/1950, cumpriria destacar que a tipificação feita na denúncia, como originalmente formulada, não indicaria, de modo exclusivo, essa norma como pressuposto de admissibilidade da peça acusatória. Haveria, inequivocamente, menção expressa de tipicidade em mais de um dos artigos da Lei dos Crimes de Responsabilidade e, bem assim, da Constituição Federal. Ademais, eventual indicação de norma em tese não recepcionada não prejudicaria a validade do relatório proferido, na medida em que seria no Senado Federal que tais alegações deveriam ser oportunamente analisadas. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente), que vislumbravam a necessidade de implemento da liminar, visto que a deliberação na Câmara consideraria, em última análise, o parecer que fora lido em plenário, o qual extravasaria os limites da denúncia.

MS 34130 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34130)

MS 34131 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 14.4.2016. (MS-34131)

REPERCUSSÃO GERAL

Magistratura: triênio para ingresso na carreira e momento de comprovação

A comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do art. 93, I, da CF, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público. Essa a conclusão do Plenário, tomada por maioria de votos, em recurso extraordinário no qual se discutia o momento de comprovação de tal exigência: se no ato da inscrição definitiva ou na data da posse. Pretendia-se que a ausência de especificação de data certa no edital para o início da inscrição definitiva transferiria para a data da nomeação a comprovação de tempo de prática forense. O Tribunal assinalou que a controvérsia fora dirimida na ADI 3.460/DF (DJe de 12.3.2015), oportunidade em que definido como termo final para comprovação de atividade jurídica, nos termos da reforma empreendida pela EC 45/2004, a data de inscrição definitiva no concurso público. Isso porque é importante que todos os candidatos que adentrem na disputa tenham condições para o exercício do cargo naquele momento, inclusive para se evitar o óbice do certame em razão de medidas judiciais precárias, voltadas a tratar de excepcionalidades, ou mesmo para se prevenir a existência de cargos vagos “sub judice” por período indeterminado. Além disso, impende observar o princípio da isonomia. Nesse sentido, o edital serve para orientar os potenciais candidatos sobre a possibilidade de serem aprovados, tendo em vista o preenchimento dos requisitos exigidos. Não se pode estimular, assim, aqueles que não atendem às exigências a adentrar no certame, com a esperança de lograrem êxito judicialmente, tendo em vista que houvera outros que, nas mesmas condições, optaram por obedecer à regra prescrita e não efetuaram inscrição. Ademais, definir a data da posse como termo apresenta outro revés, pois privilegia aqueles com pior classificação no concurso, que teriam mais tempo para completar o triênio. No caso concreto, entretanto, o Colegiado negou provimento ao recurso extraordinário da União. Na situação dos autos, o requerimento de inscrição definitiva da candidata no certame fora indeferido por ausência de comprovação do triênio até aquela data. A Corte entendeu que se deveria assegurar a posse da recorrida porque, no edital do concurso, não houvera especificidade quanto à data para comprovação do período de

atividade jurídica. Além disso, a fase de inscrição definitiva, em relação à candidata, estava sendo discutida judicialmente e, nesse ínterim, o triênio transcorreria. Vencidos, quanto à tese fixada em repercussão geral, os Ministros Luiz Fux (relator), Roberto Barroso e Marco Aurélio, que entendiam que a exigência trazida pela EC 45/2004 tem relação com o ingresso na carreira — que se dá com a posse — e não com a inscrição em concurso público. Por fim, o Plenário decidiu que a redação para o acórdão deve incumbir ao Ministro que encampa a tese firmada.

RE 65265/DF, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 13.4.2016. (RE-65265)

Procurador municipal e teto remuneratório - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de considerar-se como teto remuneratório dos procuradores municipais o subsídio dos desembargadores de tribunal de justiça. Na espécie, tribunal de justiça local definira que os procuradores municipais teriam como limite remuneratório o valor do subsídio do prefeito. Para a recorrente, teriam sido afrontados os artigos 37, XI, e 132 da 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: ... XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (...) Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”]. Os Ministros Luiz Fux (relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello deram provimento ao recurso extraordinário. O relator enfatizara que o cerne da controvérsia seria o alcance dado à expressão “procuradores” contida na parte final do inciso XI do art. 37 da CF. Identificara quatro distintos tetos de remuneração para os agentes públicos: a) como teto nacional, o subsídio de ministro do Supremo Tribunal Federal; b) como teto estadual e distrital, o subsídio do governador, no Poder Executivo; o subsídio dos deputados estaduais e distritais, no Poder Legislativo e o subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça no Poder Judiciário; c) como teto municipal, o subsídio do prefeito; e d) como teto para as funções essenciais à justiça (membros do Ministério Público, defensores públicos e procuradores), o subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça estaduais, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.

RE 663696/MG, rel. Min. Luiz Fux, 13.4.2016. (RE-663696)

Procurador municipal e teto remuneratório - 2

Segundo o relator, os advogados públicos municipais desempenhariam idênticas atribuições dos procuradores congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Vários municípios exigiriam de seus procuradores o preenchimento dos mesmos requisitos para provimento dos cargos da procuradoria estadual, com concursos públicos de mesmo grau de dificuldade para essa carreira organizada. Do que se infere que não haveria fundamento para referido “discrímén” entre os procuradores, o que resultaria em uma advocacia pública municipal cujo subteto fosse o subsídio do prefeito. Ao assim proceder, os procuradores municipais estariam sujeitos às mais diversas contingências políticas, distantes do subteto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF. Diante disso, atrelar a remuneração dos advogados públicos municipais ao subsídio do prefeito relegaria a carreira a um indesejável e iníquo desprestígio quando em cotejo com a advocacia pública dos Estados e da União. E não teria sido essa a intenção do constituinte ao redigir o art. 37, XI, da CF. Indubitável, portanto, que os procuradores municipais integrariam a categoria da Advocacia Pública a que a Constituição denomina de “funções essenciais à Justiça”, e, quanto ao teto remuneratório, deveriam estar sujeitos ao subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça estaduais. Destacou que, embora a expressão “procuradores municipais” não estivesse expressa na Constituição, não significaria a impossibilidade de serem alçados pela norma constitucional. Lembrou que a Corte já assentara a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que excluísse os defensores das autarquias da categoria “procuradores”. De igual maneira, qualquer interpretação que pretendesse retirar a vinculação dos procuradores municipais ao teto dos desembargadores dos tribunais de justiça. Por fim, assentou que o constituinte não obrigaria os prefeitos a assegurarem ao seu corpo de procuradores um subsídio que superasse o do chefe do Executivo municipal. Nos termos do art. 61, §1º, II, “c”, da CF, competiria ao chefe do Poder Executivo municipal a iniciativa privativa da lei que disciplinasse o regime de subsídio de seus procuradores. Dessa forma, caberia ao prefeito avaliar politicamente, diante das circunstâncias orçamentárias e da sua política de recursos humanos, a conveniência de permitir que um procurador de município recebesse mais do que o chefe do Poder Executivo municipal. Em divergência,

os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber negaram provimento ao recurso. O Ministro Teori Zavascki asseverou que se o STF decidir no sentido de que os procuradores municipais fiquem submetidos ao teto fixado pelo estado, estaria a atentar contra a autonomia federativa do município, em especial a autonomia financeira. Apontou não ser compatível com o princípio federativo submeter um teto de servidores municipais à fixação de remuneração por um estado-membro. Não haveria inconstitucionalidade em se tratar de modo diferente procuradores dos municípios e procuradores dos estados. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

RE 663696/MG, rel. Min. Luiz Fux, 13.4.2016. (RE-663696)

PRIMEIRA TURMA

Tráfico de entorpecentes: fixação do regime e substituição da pena

Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto e apreciar a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Com esse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, concedeu “habeas corpus” de ofício para garantir ao paciente, condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão pela prática do delito de tráfico de drogas, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da reprimenda por duas penas restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução criminal. O Colegiado ressaltou não haver circunstâncias aptas a exasperar a pena. Vencidos os Ministros Rosa Weber (relatora) e Marco Aurélio. Ambos concediam a ordem de ofício, mas para efeitos distintos. A relatora, para determinar que o magistrado de 1º grau procedesse a nova avaliação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O Ministro Marco Aurélio, para fixar o cumprimento da pena em regime aberto e reconhecer o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

HC 130411/SP, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 12.4.2016. (HC-130411)

SEGUNDA TURMA

Tráfico de entorpecentes: fixação do regime e substituição da pena

Não sendo o paciente reincidente, nem tendo contra si circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), a gravidade em abstrato do crime do art. 33, “caput”, da Lei 11.343/2006, não constitui motivação idônea para justificar a fixação do regime mais gravoso. Com esse entendimento, a Segunda Turma, após superar o óbice do Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu “habeas corpus” de ofício para garantir ao paciente, condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão pela prática do delito de tráfico de drogas, a substituição da reprimenda por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções criminais, bem assim a fixação do regime inicial aberto. O Colegiado entendeu que o paciente atende aos requisitos do art. 44 do CP, razão pela qual o juízo deve considerá-los ao estabelecer a reprimenda, de acordo com o princípio constitucional da individualização da pena.

HC 133028/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.4.2016. (HC-133028)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	13.4.2016	14.4.2016	7
1ª Turma	12.4.2016	—	116
2ª Turma	12.4.2016	—	51

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 11 a 15 de abril de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 864.264-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS TRABALHISTA E FALIMENTAR. EXECUÇÃO DE SENTENÇA TRABALHISTA PROFERIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEGITIMIDADE DA CONSTRIÇÃO DE BENS DE PESSOA JURÍDICA QUE NÃO INTEGRAM O ACERVO DA MASSA FALIDA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia, fundada na interpretação da Lei 11.101/03, acerca da legitimidade da constrição, pelo Juízo Trabalhista,

de bens pertencentes a pessoa jurídica do mesmo grupo econômico que empresa sob recuperação judicial, porém não integrantes da massa falida.

2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).

3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 893.458-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. POLICIAL MILITAR. PERÍODO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. DIREITO A FÉRIAS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à contagem do período de participação de servidor público em curso de formação para fins de concessão de férias, fundada na interpretação do Decreto 34.729/92, do Decreto-Lei 260/70 e da Lei 10.261/68, todos do Estado de São Paulo, é de natureza infraconstitucional.

2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).

3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 938.837-SP

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. PAGAMENTOS DEVIDOS EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – Possui repercussão geral a questão referente à submissão, ou não, dos conselhos de fiscalização profissional ao regime de precatórios para pagamentos de suas dívidas decorrentes de decisão judicial.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

11 a 15 de abril de 2016

AG. REG. NO RE N. 919.269-RS

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

AGRavo REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO PROPORCIONAL DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ORIUNDOS DE SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO COLETIVO. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de execução de honorários sucumbenciais proporcional à respectiva fração de cada um dos substituídos processuais em ação coletiva contra a Fazenda Pública. Precedentes. . Agravo regimental a que se nega provimento.

**noticiado no Informativo 812*

RE N. 602.347-MG

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO TERRITORIAL PREDIAL URBANO - IPTU. PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS. INCONSTITUCIONALIDADE. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. FATO GERADOR OCORRIDO EM PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000. ALÍQUOTA MÍNIMA. MENOR GRAVOSIDADE AO CONTRIBUINTE. PROPORCIONALIDADE DO CRITÉRIO QUANTITATIVO DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.1. Tese de repercussão geral fixada: “Declarada inconstitucional a progressividade de alíquota tributária do Imposto Predial Territorial Urbano no que se refere à fato gerador ocorrido em período anterior ao advento da EC 29/2000, é devido o tributo calculado pela alíquota mínima correspondente, de acordo com a destinação do imóvel e a legislação municipal de instituição do tributo em vigor à época”.2. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado no sentido de que “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” Súmula 668 do STF. Precedente: AI-QO-RG 712.743, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 8.5.2009.3. É constitucional a cobrança de IPTU, referente a período anterior à Emenda Constitucional 29/2000, mesmo que a progressividade das alíquotas tenha sido declarada inconstitucional, em sede de representação de inconstitucionalidade em Tribunal de Justiça local. Função da alíquota na norma tributária. Teoria da divisibilidade das leis. Inconstitucionalidade parcial.4. O IPTU é exigível com base na alíquota mínima prevista na lei municipal, de modo que o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária seja proporcional e o menos gravoso possível ao contribuinte. Precedentes.5. Recurso extraordinário provido.

**noticiado no Informativo 806*

Ext N. 1.419-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: Extradicação Instrutória. Regularidade Formal. Requisitos Legais Atendidos. Deferimento.

1. O requerimento da Extradicação formulado pelo Governo da Itália em face de seu nacional preenche os requisitos formais da Lei nº 6.815/80 e do Tratado de Extradicação, promulgado pelo Decreto nº 863/1993.

2. Estão presentes os pressupostos materiais: a dupla tipicidade e punibilidade de crime comum praticado por estrangeiro, e a falta de jurisdição brasileira sobre o fato.

3. Não há que se falar em acusações genéricas quando existem, nos autos, decisões judiciais do Estado Requerente, fundamentadas em fatos descritos que se subsumem à tipificação dos crimes em razão dos quais foi decretada a prisão preventiva pela autoridade do Estado Requerente.

4. A alegação de que o extraditando sofrerá discriminação no Estado Requerente, o que inviabilizaria a extradicação, fundamentada apenas no depoimento do extraditando, não pode prosperar, em razão de o Estado requerente ser um país de tradição democrática e subscritor de tratados de direitos humanos.

5. Extradicação deferida, devendo o Estado requerente assumir o compromisso de detração do tempo de prisão da extraditando por força deste processo.

6. Deve-se observar, ainda, que a entrega ao País requerente está condicionada a prévio exame de saúde, nos termos do art. 89, parágrafo único, do Estatuto

Estrangeiro, para se verificar se o extraditando pode, ou não, ser transportado para aquele País sem perigo sério de vida em virtude de doença grave.

AG. REG. NA MEDIDA CAUTELAR NA Rcl N. 4.351-PE

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidor temporário e o poder público. ADI nº 3.395/DF-MC. Competência da Justiça comum. Reclamação julgada procedente. 1. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo temporário. 2. Não descaracteriza a competência da Justiça comum o fato de se requererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, a qual diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem. 3. Agravo regimental provido e reclamação julgada procedente para se anularem os atos decisórios proferidos pela Justiça do Trabalho e se determinar o envio dos autos de referência à Justiça comum.

*noticiado no Informativo 807

RE N. 611.639-RJ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO. O recurso extraordinário pressupõe o prequestionamento da matéria versada nas razões, sendo indispensável tenha havido debate e decisão prévios.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio à interpretação de normas estritamente legais.

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – VEÍCULO AUTOMOTOR – REGISTRO. Surge constitucional o § 1º do artigo 1.361 do Código Civil no que revela a possibilidade de ter-se como constituída a propriedade fiduciária com o registro do contrato na repartição competente para o licenciamento do veículo.

*noticiado no Informativo 804

AG. REG. NO ARE N. 935.727-RS

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA Nº 287/STF. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IRREGULARIDADE FORMAL. ART. 317, § 1º, REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 10.7.2015. 1. Não preenchimento do requisito de regularidade formal expresso no artigo 317, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada”. Ausência de ataque, nas razões do agravo regimental, aos fundamentos da decisão agravada. 2. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que inadmissível o agravo que não ataca especificamente os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário. Incidência da Súmula 287/STF. 3. A submissão à sistemática da repercussão geral pressupõe o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso, o que não ocorre na hipótese, em virtude da aplicação da Súmula 287/STF. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.

Acórdãos Publicados: 465

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

ADPF - Princípio da Subsidiariedade - Ministério Público - Membro Integrante - Ingresso Posterior a 05/10/88 - Cargo de Ministro de Estado - Impossibilidade de Investidura (Transcrições)

(v. Informativo 817)

ADPF 388/DF*

RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental e princípio da subsidiariedade**

Cumprir verificar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, na espécie, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que prescreve o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, **que assim dispõe:**

“**Não será admitida** arguição de descumprimento de preceito fundamental **quando houver** qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (grifei)

O diploma legislativo em questão – **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (RTJ 189/395-397, v.g.) – **consagra o princípio da subsidiariedade**, que rege a instauração **do processo objetivo** de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando** o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional **à ausência de qualquer outro** meio processual **apto** a sanar, **de modo eficaz**, a situação de lesividade indicada pelo autor:

“– **O ajuizamento** da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental **rege-se pelo princípio da subsidiariedade** (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), **a significar** que **não será** ela admitida, **sempre** que houver **qualquer** outro meio juridicamente **idôneo** apto a sanar, **com efetividade real**, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. **Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.**

A mera possibilidade de utilização **de outros meios** processuais, contudo, **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir – **impedindo**, desse modo, o acesso **imediate** à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, **revela-se essencial** que os instrumentos disponíveis **mostrem-se capazes** de neutralizar, **de maneira eficaz**, a situação de lesividade que se busca **obstar** com o ajuizamento desse ‘writ’ constitucional.

– **A norma** inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – **que consagra** o postulado da subsidiariedade – **estabeleceu**, validamente, **sem** qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto **negativo** de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **pois condicionou**, legitimamente, **o ajuizamento dessa especial** ação de índole constitucional **à observância** de um **inafastável** requisito de

procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado."

(RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, nuna dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, inaceitável frustração do sistema de amparo jurisdicional, instituído na Carta Política, concernente a valores essenciais, a preceitos fundamentais e a direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:

"(...) 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional) (...). 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...)."

(ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

A pretensão ora deduzida nesta sede processual, tal como o demonstrou o eminente Relator, não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização, na espécie, do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. O significado da vedação prevista no artigo 128, § 5º, II, "d", da Constituição

É preciso enfatizar, Senhor Presidente, sempre e cada vez mais, o enorme significado que tem, para a vida do País e a de seus cidadãos, a existência de um Ministério Público forte e independente, de um Ministério Público que se mostre livre e imune a injunções marginais e a condutas desviantes, perpetradas pelos detentores do Poder, que tanto corrompem a integridade do regime democrático, a probidade administrativa e a dignidade da atividade estatal, que constituem valores subordinantes e essenciais à prática responsável da regência e direção do Estado, a significar que essa notável instituição da República não pode sujeitar-se nem deixar-se manipular por pretensões governamentais inconfessáveis ou por recônditos desejos de dominação política.

Ninguém desconhece, Senhor Presidente, que o Ministério Público, com a reconstrução da ordem constitucional em nosso País, emergiu sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

A Constituição da República, ao fortalecer o Ministério Público, atribuiu-lhe posição de inquestionável eminência político-jurídica e concedeu-lhe os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, deferindo-lhe uma condição singular na estrutura e organização do poder.

Sabemos que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos temem um Ministério Público independente, pois o Ministério Público, longe de curvar-se aos desígnios dos detentores do poder – tanto do poder político quanto do poder econômico –, tem a percepção superior de que somente a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis da República revelam-se dignos de sua proteção institucional.

É preciso não desconsiderar as lições da História, Senhor Presidente, e reconhecer que um Ministério Público independente e consciente de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, sem tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática constitui a certeza e a garantia da intangibilidade dos direitos dos cidadãos, da ampliação do espaço das liberdades fundamentais e do prevailecimento da supremacia do interesse social, especialmente em um País como o nosso, em que ainda lamentavelmente se evidenciam relações antagônicas e conflituosas que tendem a patrimonializar a coisa pública, confundindo-a com a esfera privada de terceiros, ou que submetem pessoas indefesas ao arbítrio do Estado onipotente, ou que expõem essa massa enorme de explorados e despossuídos à avidez predatória daqueles que, criminosamente, desprezam, com insensível desrespeito às leis, à consciência moral, à solidariedade social e à Constituição, os valores básicos sobre os quais se funda qualquer sociedade digna, justa e fraterna.

Um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi atribuída pela vontade soberana do Povo, reunido em Assembleia Nacional Constituinte: eis o significativo legado cuja preservação incumbe a essa importantíssima Instituição da República, pois – insista-se – o Ministério Público representa o órgão estatal a que a própria Constituição outorgou a especial incumbência de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e inconvincentes com a prática legítima do regime democrático.

Para viabilizar a consecução dos altos objetivos que orientam a ação fiscalizadora do Ministério Público, foram-lhe atribuídas, como Instituição, determinadas garantias de ordem objetiva, como aquelas previstas no art. 127 da Lei Fundamental.

Mais do que isso, o legislador constituinte outorgou aos membros do Ministério Público os mesmos predicamentos da magistratura (CF, art. 128, § 5º, I), concedendo-lhes prerrogativas destinadas a assegurar-lhes adequada proteção viabilizadora do exercício independente das funções que lhes foram atribuídas.

Ao mesmo tempo que assim procedeu, o constituinte impôs aos membros do "Parquet" as mesmas incompatibilidades que incidem sobre os magistrados em geral, com especial destaque para a regra que veda, de modo (quase) absoluto, o exercício de outra função pública, salvo uma de magistério (CF, art. 128, § 5º, II, "d").

Estabeleceu-se, no contexto desse quadro normativo, verdadeira fórmula transaccional, em ordem a manter perfeita relação de equilíbrio entre magistrados e membros do Ministério Público no que se refere ao gozo das mesmas prerrogativas e à incidência das mesmas situações de incompatibilidade.

Cabe fazer aqui uma observação – que tenho por relevante – que permite colocar em perspectiva, Senhor Presidente, para efeito de adequada compreensão do sentido da cláusula constitucional em exame, a busca do elemento histórico e a pesquisa em torno das circunstâncias políticas, sociais, econômicas e culturais que condicionaram o legislador constituinte na formulação do preceito questionado.

É certo que a “*mens legislatoris*”, **embora não assuma nem se revista de caráter decisivo e preponderante na definição hermenêutica** (GERALDO ATALIBA, “**Revisão Constitucional**”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “**O Direito – Introdução e Teoria Geral**”, p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar; CARLOS MAXIMILIANO, “**Hermenêutica e Aplicação do Direito**”, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense; PONTES DE MIRANDA, “**Comentários à Constituição de 1946**”, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi, v.g.), **constitui, não obstante, um dado relevante que pode e deve ser considerado pelo intérprete no processo de exegese constitucional.**

Revela-se importante, por tal motivo, indagar as razões e do contexto histórico **que levaram** o constituinte a conceber, a debater, a aprovar e a promulgar determinada regra constitucional, **como essa que se acha inscrita** no art. 128, § 5º, II, “d”, de nossa Carta Política. **Nesse sentido, cabe reproduzir**, ante a sua extrema pertinência, **fragmento de um valioso e esclarecedor estudo** que o Dr. LUIZ ALBERTO DOS SANTOS, antigo Subchefe da Casa Civil da Presidência da República (2003/2014), **fez sobre a origem mesma e sobre as razões determinantes relativas à cláusula vedatória fundada** no preceito constitucional em questão (“**Constituição proíbe que membro do Ministério Público seja ministro de Estado**”, *Revista CONJUR*, edição de 08/03/2016):

“A tese reiteradamente adotada pelo STF é consentânea com o que o Constituinte Originário considerou aspecto relevante para estabelecer as garantias e vedações aos membros do Ministério Público.

A Assembleia Nacional Constituinte, em 12 de abril de 1988, deliberou sobre o tema. Na oportunidade, o texto do substitutivo então apresentado por parlamentares de diferentes partidos consignava as garantias e vedações aos membros do Ministério Público, na forma que veio a ser promulgada em 5 de outubro. O texto foi aprovado por 350 Constituintes, de um total de 383 votantes.

A seguir, na mesma sessão, foi submetida a votos a Emenda 123, do Deputado José Carlos Grecco, que visava permitir o exercício, por membro do Ministério Público, além do magistério, de cargo administrativo de excepcional relevância, não podendo, durante o afastamento, ser promovido se não por antiguidade”.

Ao encaminhar o voto contrário à proposta, o Deputado José Costa assim se manifestou:

‘Sr. Presidente, o que queremos para o Ministério Público? No art. 156 queríamos transformar o Ministério Público, hoje vulnerável e dependente, numa instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais, individuais e indisponíveis.

Para muitos o Ministério Público teria até virado um quarto Poder. Demos ao Ministério Público, para que desempenhasse essas relevantísimas funções no interesse maior da sociedade e até da democracia, do estado de direito democrático que pretendemos construir, amplas garantias constitucionais.

Pois bem, demos aos membros do Ministério Público a mesma amplitude das garantias que demos à Magistratura: a garantia da vitaliciedade; a garantia da inamovibilidade; a garantia da irredutibilidade de vencimentos. A essas garantias deveria corresponder a contrapartida das vedações, dos encargos. Em verdade, essas garantias são privilégios funcionais só justificados em função do relevantíssimo papel que cabe na sociedade ao Ministério Público.

Ora, Sr. Presidente, Sras., Srs. Constituintes, agora se pretende que o Ministério Público, contrariamente ao que acontece com o juiz, possa desempenhar funções administrativas. É necessário que o Ministério Público esteja absolutamente separado da Administração.

(...)

Precisamos de um Ministério Público tal como está configurado aqui. Para muitos é até um quarto Poder, mas a sociedade precisa da ação e do desempenho desse Ministério. Todavia, às prerrogativas, privilégios e garantias que estamos dando ao Ministério Público devem corresponder vedações. Esta é a contrapartida, e ele deve ficar absolutamente separado da administração.’

O relator geral da Constituinte, senador Bernardo Cabral, expressou a seguinte posição:

‘A ‘mens legis’ que norteou o posicionamento do órgão do Ministério Público no Projeto que há pouco foi aprovado, no respectivo Capítulo, não pode condescender com a presente emenda, em que pese à excelente sustentação feita pelo eminente Constituinte Roberto Jefferson [sic]. Por que, Sr. Presidente? Porque o Ministério Público está sendo colocado, em importância, ao lado da magistratura. E é evidente que qualquer desvio de função comprometeria essa independência.

Por esta razão, Sr. Presidente, a relatoria opina pela rejeição da emenda.’

A emenda, então, foi rejeitada, com o voto contrário de 268 constituintes, entre 367 presentes.

Tal histórico fortalece a tese de que não existe margem de interpretação possível para que o membro do Ministério Público possa exercer a função de Ministro de Estado, ou de Secretário de Estado ou de Município, senão renunciando ao cargo de membro, ou dele se desligando mediante aposentadoria voluntária por tempo de contribuição ou idade.” (grifei)

Irrecusável, por isso mesmo, que a “flexibilização hermenêutica” introduzida pelo Conselho Nacional do Ministério Público culmina por dispensar tratamento diferenciado e mais favorecido que só faz beneficiar os membros do Ministério Público que ingressaram na Instituição após 05/10/1988, ensejando interpretação que, além de frontalmente inconstitucional e manifestamente conflitante com a jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, faz instaurar situação de desequilíbrio em relação aos integrantes do Poder Judiciário, não obstante ostentem estes, os magistrados, a condição de referência paradigmática quanto à titularidade dos predicamentos, das prerrogativas e dos impedimentos que, em bases idênticas, foram estendidos, pela Assembleia Nacional Constituinte, aos agentes do Ministério Público.

É por essa razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – com ressalva da norma excepcional de direito transitório fundada no art. 29, § 3º, do ADCT – firmou-se no sentido de reputar inadmissível, por explícita ofensa ao texto da Constituição, cujos limites semânticos não podem ser ignorados pelo intérprete, a possibilidade de o membro do Ministério Público ocupar e exercer outros cargos e funções estranhos à carreira que integra (ADI 2.084/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 2.836/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – ADI 3.298/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADI 3.838-MC/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – ADI 3.839-MC/MT, Rel. Min. AYRES BRITTO – AI 768.852-AgR/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – MS 26.325-MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – MS 26.584-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.595/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 738.577-AgR-segundo/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Inadmissibilidade da licença para o exercício dos cargos de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato.”

(ADI 2.534-MC/MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SERGIPE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE OUTRA FUNÇÃO. ART. 128, § 5º, II, ‘d’, DA CONSTITUIÇÃO.

I. O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público.

II. Os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de

seus ocupantes com o Executivo.

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos itens 2 e 3 do § 2º do art. 45 da Lei Complementar sergipana 2/90.”

(ADI 3.574/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Cabe rememorar, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial **tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário** (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 1.628/1.629, item n. 128.12-A, 9ª ed., 2013, Atlas; HUGO NIGRO MAZZILLI, “Regime Jurídico do Ministério Público”, p. 289/297, item “e”, 8ª ed., 2014, Saraiva; EMERSON GARCIA, “Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico”, p. 557/560, item n. 44.8, 2ª ed., 2005, Lumen Juris; UADI LAMMÉGO BULOS, “Constituição Federal Anotada”, p. 1.201, 10ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), **valendo reproduzir**, no ponto, **fragmento da lição exposta** por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988”, p. 187, item n. 2.5, 3ª ed., 2012, Atlas):

“Por isso mesmo, a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções ‘legais’ admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o ‘mínimo ético’ da instituição. Tome-se o seguinte exemplo concreto: a Constituição prevê a possibilidade de nomeação, sem concurso, para cargos em comissão declarados, em lei, de livre provimento e exoneração; supondo-se que, para determinados cargos, não haja qualquer exigência ou restrição específica, o Poder Executivo terá um amplo leque de opções, todas elas válidas perante o Direito. Mas, se a sua escolha recair sobre um membro do Ministério Público, por exemplo, estarão solapadas as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição. O exercício de função política pelos membros do Ministério Público fere a Moral administrativa, porque coloca em dúvida a credibilidade de uma instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilícitos contra ela praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra os atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função da confiança deste último?” (grifei)

Importante assinalar, ainda, **que eminentes** Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça **têm igualmente perfilhado essa mesma orientação**:

“1. Ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, exceto uma do Magistério (art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Carta Magna); essa vedação se estriba na necessidade de preservar a liberdade funcional dos Membros do MP e assegurar-lhes a indispensável independência e autonomia, em face das superiores atribuições que o art. 127 da Constituição confere à Instituição Ministerial.

3. A vedação constitucional de o membro do Ministério Público exercer outras funções estranhas ou externas à Instituição se projeta naturalmente na legislação infraconstitucional, a saber, na LC 75/93 e na Lei 8.625/93, que reproduzem os magnos dispositivos da Constituição Federal. (...)”

(RMS 32.504/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – grifei)

“1. O artigo 123 da Lei Estadual nº 7.366/80, que prevê a participação de membro do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 128, § 5º, II, ‘d’), que vedou ao membro do ‘Parquet’ o exercício de função pública, exceto uma de magistério, fora da administração do Ministério Público.

2. Fora das exceções previstas pelo texto constitucional, a regra prevista pelo art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Constituição é absoluta, na medida em que abrange toda e qualquer função pública, como o exercício de cargos em Ministérios e Secretarias de Estado, de assessorias das mais variadas espécies e mesmo nos casos de participação em conselhos estaduais, federais ou municipais” (ADI 3.298/ES, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 29.6.2007).

3. Nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou na demissão dos impetrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, pois relatado por representante do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil daquele Estado.

4. Recurso ordinário provido.”

(RMS 15.156/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

3. **Validade jurídica dos atos praticados pelo servidor “de facto” e a teoria da investidura aparente**

Nem se diga que a decisão que está sendo construída neste julgamento **implicará invalidação** dos atos e resoluções emanados do Senhor Ministro da Justiça, **considerada a inconstitucionalidade** de sua investidura funcional.

Cumpre rememorar, a esse propósito, **a jurisprudência** desta Suprema Corte que, **por mais de uma vez (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), já aplicou** a tais situações a **teoria do servidor “de facto”, fundada na doutrina da aparência do direito**.

Não se pode desconhecer, quanto a esse tema, o **magistério jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a propósito das questões **surgidas** em decorrência da **investidura funcional “de facto”, orientando-se** esta Corte, na matéria em causa, **no sentido** de fazer preservar, **em respeito** aos postulados da **confiança e da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da aparência do Direito, a integridade** dos atos praticados **pelo funcionário de fato**:

“A **declaração de insubsistência da nomeação de magistrado** que haja participado de julgamento **não implica** a nulidade deste. **Milita**, a favor da administração pública, a **presunção de legitimidade** dos respectivos atos, **sendo** o magistrado considerado **como servidor público de fato**.”

(HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma)

Na realidade, a jurisprudência desta Corte Suprema **tem advertido**, no exame da controvérsia **pertinente** ao denominado **servidor de fato**, que, **“Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são válidos os atos por eles praticados” (RDA 126/216, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – grifei).**

Esse entendimento jurisprudencial – é importante assinalar – nada mais reflete senão a orientação do mais autorizado magistério doutrinário (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 257/260, itens ns. 3.2 a 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 236, item n. 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 533/534, item n. 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 471, item n. 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, v.g.), **que reconhece, com fundamento na teoria da investidura aparente**, “a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)” (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Tratado de Direito Administrativo”, vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).

Todas essas razões permitem-me reconhecer, Senhor Presidente, que, **não obstante** os fundamentos em que se apoia este julgamento, **subsistem íntegros** os atos oficiais praticados pelo Senhor Ministro da Justiça.

4. **Conclusão**

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, acompanho**, com a devida vênia, o brilhante voto **proferido** pelo eminente Relator, **por entender necessário preservar-se a autonomia institucional do Ministério Público e salvaguardar-se a essencial independência funcional** de seus membros, **pois – cabe sempre enfatizar – os integrantes do Ministério Público, para serem fiéis ao seu múnus funcional, hão de prestar reverência, unicamente, à supremacia da Constituição e à autoridade das leis da República, impedindo-se, desse modo, com o efetivo respeito à vedação inscrita no**

art. 128, § 5º, II, “d”, da Carta Política, **que se estabeleça um indesejável vínculo de subordinação ao Poder Executivo, como já advertiu** este E. Plenário do Supremo Tribunal Federal (**ADI 3.574/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).

É o meu voto.

*acordão pendente de publicação

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

11 a 15 de abril de 2016

Lei nº 13.269, de 13.4.2016 - Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 71, p. 1, em 14.4.2016.

Lei nº 13.270, de 13.4.2016 - Altera o art. 6º da Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 71, p. 1, em 14.4.2016.

Lei nº 13.271, de 15.4.2016 - Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 73, p. 1, em 18.4.2016.

Lei nº 13.272, de 15.4.2016 - Institui o ano de 2016 como o Ano do Empoderamento da Mulher na Política e no Esporte. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 73, p. 1, em 18.4.2016.

Informativo 822

SUMÁRIO

Plenário

Emenda parlamentar e aumento de despesa
Competência da União em telefonia

1ª Turma

Reclamação: ADPF 130/DF e censura
MS e perda de nacionalidade brasileira

2ª Turma

Sigilo bancário e nulidade
Prescrição: condenado com mais de 70 anos e sentença condenatória

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Organização Criminosa - “Lava a Jato” - Denúncia - Controle Prévio (Inq 3.983-DF)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Emenda parlamentar e aumento de despesa

É inconstitucional norma resultante de emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, na hipótese em que a emenda apresentada acarrete aumento de despesa (CF, art. 61, § 1º, II, “a” e art. 63, I). Esse o entendimento do Plenário, que, ao reafirmar a jurisprudência assentada na matéria, confirmou medida cautelar (noticiada no Informativo 299) e julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 3º, “caput” e parágrafo único, da Lei 11.753/2002 do Estado do Rio Grande do Sul. Tais preceitos, de iniciativa parlamentar,

dispõem sobre o realinhamento dos vencimentos de servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPERGS).

ADI 2810/RS, rel. Min. Roberto Barroso, 20.4.2016. (ADI-2810)

Competência da União em telefonia

Compete à União explorar os serviços de telecomunicações, bem como legislar privativamente sobre essa matéria (CF, artigos 21, XI e 22, IV). Com base nessa orientação, o Plenário reafirmou sua reiterada jurisprudência sobre o tema e julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei 12.239/2006 do Estado de São Paulo. A norma estadual declarada inconstitucional dispõe sobre a instituição de cadastro com os números das linhas telefônicas dos assinantes do serviço de telefonia interessados no sistema de venda por via telefônica.

ADI 3959/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 20.4.2016. (ADI-3959)

PRIMEIRA TURMA

Reclamação: ADPF 130/DF e censura

A Primeira Turma iniciou julgamento de reclamação ajuizada por conglomerado da área de comunicação em face de julgado proferido por tribunal de justiça que determinara fosse retirada matéria jornalística de uma de suas revistas eletrônicas de publicação semanal. A Corte de origem assentara afronta à honra e à dignidade do ora interessado, além de terem sido extrapolados os limites do direito de informação (CF, art. 5º, X e CC, art. 20). Aponta-se, no caso, violação à autoridade do que decidido na ADPF 130/DF (DJe 6.11.2009), que declarou a não recepção da chamada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250/1967) pela Constituição de 1988. Afirma-se que a decisão reclamada consistiria “na ratificação de odiosa censura e na tentativa de restringir o direito de liberdade de imprensa, bem como a garantia da sociedade de ter acesso a informações e a manifestar o seu pensamento”. O Ministro Roberto Barroso (relator), acompanhado do Ministro Edson Fachin, julgou procedente o pedido formulado na reclamação para tornar definitiva a medida liminar para que a matéria jornalística possa permanecer no sítio da revista. De início, assentou cabível a reclamação. Afastou, assim, a alegação relativa ao suposto não acolhimento, porquanto o pedido de retirada da matéria da página eletrônica da reclamante estaria fundado no art. 20 do Código Civil, e não na Lei de Imprensa. No mérito, destacou que se trataria de matéria que descrevera certa personalidade e fizera comentários críticos, porém não ofensivos. Acentuou que a retirada de matéria de um sítio seria censura em qualquer hipótese. Frisou que apenas em situações extremas se poderia admitir a censura ou a retirada de matéria de circulação. A regra, na colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade, deveria se resolver pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil. Haveria interesse público presumido na livre circulação de ideias e opiniões e a pessoa retratada se apresentaria como pessoa pública a atuar no espaço público e, portanto, sujeita a maior grau de crítica. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

Rcl 22328/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, 19.4.2016. (RCL-22328)

MS e perda de nacionalidade brasileira

A Primeira Turma, por maioria, denegou mandado de segurança em que se questionava ato do ministro da Justiça que declarara a perda da nacionalidade brasileira da impetrante (CF, art. 12, § 4º, II), por ter adquirido outra nacionalidade (Lei 818/1949, art.23). No caso, a impetrante, brasileira nata, obtivera a nacionalidade norte-americana de forma livre e espontânea e, posteriormente, fora acusada, nos Estados Unidos da América, da prática de homicídio contra seu marido, nacional daquele país. Diante disso, o governo norte-americano indiciara a impetrante e requerera às autoridades brasileiras a prisão para fins de extradição. O Colegiado entendeu que o ato do ministro da Justiça de cassação da nacionalidade brasileira é legítimo, pois a impetrante perdera a nacionalidade brasileira ao adquirir outra em situação que não se enquadraria em qualquer das duas exceções constitucionalmente previstas: (i) tratar-se de mero reconhecimento de outra nacionalidade originária, considerada a natureza declaratória desse reconhecimento (art. 12, § 4º, II, “a”); e (ii) ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º, II, “b”). Por fim, a Turma revogou a liminar deferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que suspendera provisoriamente a eficácia da portaria ministerial de cassação da nacionalidade. Vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que concediam a segurança. O Ministro Edson Fachin assentava que o brasileiro nato não poderia ser extraditado pelo Brasil a pedido de governo estrangeiro, porque se cuidaria de garantia fundamental que não comporta exceção. Salientava ainda que se a extradição não for concedida, legitimar-se-á ao Estado Brasileiro, mediante a aplicação extraterritorial de sua própria lei penal, fazer instaurar a persecução criminal. O Ministro Marco Aurélio reputava que, em se tratando de mandado de segurança contra ato de ministro da Justiça, o órgão competente para julgamento é o Superior Tribunal de Justiça. Além disso, concluía que o direito à condição de brasileiro nato seria indisponível.

MS 33864/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 19.4.2016. (MS-33864)

SEGUNDA TURMA

Sigilo bancário e nulidade

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a anulação de condenação criminal lastreada em prova produzida no âmbito da Receita Federal do Brasil por meio da obtenção de informações de instituições financeiras sem prévia autorização judicial de quebra do sigilo bancário. A Turma reiterou o que decidido na ADI 2.390/DF (acórdão pendente de publicação, v. Informativos 814 e 815), no sentido de assentar a constitucionalidade das normas que permitem o acesso direto da Receita Federal à movimentação financeira dos contribuintes (LC 105/2001, artigos 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; e Decreto 4.489/2002).

RHC 121429/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 19.4.2016. (RHC-121429)

Prescrição: condenado com mais de 70 anos e sentença condenatória

A prescrição da pretensão punitiva de condenado com mais de 70 anos se consuma com a prolação da sentença e não com o trânsito em julgado, conforme estatui o art. 115 do CP [“Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”]. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se discutia a extinção da punibilidade de paciente que completara 70 anos após a sentença condenatória, porém, antes do trânsito em julgado.

HC 129696/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 19.4.2016. (HC-129696)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	20.4.2016	—	163
1ª Turma	19.4.2016	—	150
2ª Turma	19.4.2016	—	20

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 18 a 22 de abril de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 953.478-MG

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORES PÚBLICOS. FUNDAÇÃO EZEQUIEL DIAS (FUNED). BASES DE CÁLCULO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E DO ADICIONAL DE FÉRIAS. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO À EFICIENTIZAÇÃO DOS SERVIÇOS (GIEFS). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à inclusão da Gratificação de Incentivo à Eficientização dos Serviços (GIEFS) nas bases de cálculo do décimo terceiro salário e do adicional de férias devidos a servidor público, fundada na interpretação das Leis 869/52, 9.729/88 e 11.406/94, do Estado de Minas Gerais, é de natureza infraconstitucional.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 954.408-RS

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO EM ATIVIDADE APÓS O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA ESPECIAL. CONCESSÃO DO ABONO DE PERMANÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o pagamento do abono de permanência previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal ao servidor público que opte por permanecer em atividade após o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria voluntária especial (art. 40, § 4º, da Carta Magna).
2. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Decisões Publicadas: 2

CLIPPING DO DJE

18 a 22 de abril de 2016

RE N. 837.311-PI

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);

ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

AG. REG. NA Rcl N. 21.258-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA : Agravo regimental na reclamação. Acordo de colaboração premiada (art. 4º da Lei nº 12.850/13). Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Precedente. Acesso, pelo delatado, a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração, incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corrêus (Súmula vinculante nº 14). Direito que, segundo o juízo reclamado, foi assegurado. Impossibilidade de, na via estreita da reclamação, questionar-se a veracidade das informações prestadas pelo juízo reclamado. Possibilidade de o agravante, invocando a decisão recorrida, postular esse acesso ao juízo reclamado. Agravo regimental não provido.

1. Por se tratar de negócio jurídico 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 no relato da colaboração e em seus possíveis resultados (HC nº 127.483/PR, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 4/2/16).

2. A homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas.

3. As cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las.

4. O agravante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração - incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corrêus - para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos.

5. Considerando-se que, segundo o juízo reclamado, o acesso a tais elementos foi assegurado ao agravante, descabe, na via estreita da reclamação, questionar-se a veracidade dessas informações.

6. Se, como alega o agravante, o juízo reclamado limitou-se a garantir o acesso das gravações audiovisuais a outros acusados, nada obsta que, invocando os fundamentos da decisão recorrida, postule esse acesso diretamente ao juízo reclamado.

7. Agravo regimental não provido.

REFERENDO EM MED. CAUT. EM ADI N. 5.449-RR

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. ART. 50, DA LEI 1.005/15, DO ESTADO DE RORAIMA. FIXAÇÃO DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS LOCAIS PARA O EXERCÍCIO DE 2016. MODIFICAÇÃO DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO. SUPERAÇÃO DO TETO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO FEDERAL, NESTE ÚLTIMO CASO. PLAUSÍVEL USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 169, DA CF). RISCO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO LOCAL COM A VIGÊNCIA DA NORMA. CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Leis orçamentárias que materializem atos de aplicação primária da Constituição Federal podem ser submetidas a controle de constitucionalidade em processos objetivos. Precedentes.
2. A incompatibilidade entre os termos do dispositivo impugnado e os padrões da lei de responsabilidade fiscal (Lei Federal Complementar 101/00) não se resume a uma crise de legalidade. Traduz, em verdade, um problema de envergadura maior, a envolver a indevida apropriação de competências da União, em especial a de conceber limites de despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169, caput, da CF), controvérsia que comporta solução na via da ação direta de inconstitucionalidade.
3. Os limites traçados pela lei de responsabilidade para os gastos com pessoal ativo e inativo nos Estados, Distrito Federal e Municípios valem como referência nacional a ser respeitada por todos os entes federativos, que ficam incontornavelmente vinculados aos parâmetros máximos de valor nela previstos.
4. Ao contemplar um limite de gastos mais generoso para o Poder Legislativo local, o dispositivo impugnado se indispôs abertamente com os parâmetros normativos da lei de responsabilidade fiscal, e com isso, se sobrepôs à autoridade da União para dispor no tema, pelo que fica caracterizada a lesão ao art. 169, caput, da CF.
5. Liminar referendada pelo Plenário para suspender, com efeitos "ex nunc" (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, até o julgamento final desta ação, a eficácia da expressão "Poder Legislativo 4,5%", do art. 50 da Lei estadual 1.005/2015.

*noticiado no Informativo 817

Acórdãos Publicados: 397

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Organização Criminosa - "Lava a Jato" - Denúncia - Controle Prévio (Transcrições)

(v. Informativo 818)

Inq 3.983/DF*

RELATOR: Ministro Teori Zavascki

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

1. **"O direito do cidadão ao governo honesto": a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa**

Este caso, Senhor Presidente, **revela** um dado absolutamente impressionante e, **ao mesmo tempo**, profundamente inquietante, **pois o que parece resultar** dos elementos de informação **que vêm sendo coligidos ao longo** de diversos procedimentos de investigação penal, **todos instaurados** no contexto da denominada "**Operação Lava a Jato**", **é que a corrupção** impregnou-se, **profundamente**, no tecido e na intimidade de algumas agremiações partidárias e das instituições estatais, **contaminando** o aparelho de Estado, **transformando-se** em método de ação governamental e **caracterizando-se** como conduta administrativa endêmica, **em claro** (e preocupante) **sinal de degradação** da própria dignidade da atividade política, **reduzida** por esses agentes criminosos **ao plano subalterno da delinquência institucional**.

O efeito imediato que resulta desses comportamentos alegadamente delituosos **parece justificar** o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes **tinham um só objetivo: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, constituída** para dominar os mecanismos de ação governamental, **em detrimento** do interesse público e **em favor** de pretensões inconfessáveis e lesivas aos valores ético-jurídicos que devem conformar, **sempre**, a atividade do Estado.

Convenco-me, cada vez mais, Senhor Presidente, de que os fatos delituosos **objeto** de investigação e de persecução penais **no âmbito** da "**Operação Lava a Jato**" **nada mais constituem senão episódios criminosos** que, **anteriores, contemporâneos ou posteriores** aos do denominado "**Mensalão**", **compõem um vasto e ousado painel revelador** do assalto e da tentativa de captura do Estado e de suas instituições **por uma organização criminosa, identificável, em ambos os contextos**, por elementos **que são comuns tanto** ao "**Petrolão**" quanto ao "**Mensalão**".

Penso que se reveste de inteira pertinência **fragmento** de voto que, **por mim proferido** no julgamento da **AP 470/MG**, **acentuava** que o ato de corrupção **constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos** os cidadãos desta República **que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper**.

Daí a corretíssima advertência do eminente Professor CELSO LAFER, **para quem nenhum cidadão** poderá viver com dignidade **numa comunidade política corrompida**:

"Numa República, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros.

É por essa razão que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. (...).

Numa República, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes leva à corrupção (...), que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. (...) A corrupção, num regime político (...), é um agente de decomposição da substância das instituições públicas.

O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção. É o que permite afastar a mentira e a

simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. (...)” (grifei)

É por isso, Senhor Presidente, que os fatos **emergentes** da denominada “Operação Lava a Jato” **parecem** sugerir **que ainda subsistiria, no âmago** do aparelho estatal, **aquela estranha e profana aliança** entre determinados setores do Poder Público, **de um lado, e** agentes empresariais, **de outro, reunidos em um imoral sodalício com o objetivo perverso e ilícito** de cometer uma pluralidade de delitos gravemente vulneradores do ordenamento jurídico instituído pelo Estado brasileiro.

Tais práticas delituosas – que tanto afetam a estabilidade e a segurança da sociedade, **ainda mais** quando veiculadas **por intermédio de organização criminosa** – **enfraquecem** as instituições, **corrompem** os valores da democracia, da ética e da justiça **e comprometem** a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, **notadamente** nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos **guardam** homogeneidade, **eis que dirigidos, em contexto de criminalidade organizada e de delinquência governamental**, a um fim comum, **consistente** na obtenção, **à margem das leis da República, de inadmissíveis** vantagens **e de benefícios de ordem pessoal, de caráter empresarial ou de natureza político-partidária**.

Tais são as razões, Senhor Presidente, **que me levam** a constatar **que as investigações** promovidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, **não obstante fragmentadas** em diversos inquéritos e procedimentos penais, **têm por objeto** uma vasta **organização criminosa**, de projeção tentacular **e** dimensão nacional, **estruturalmente ordenada** em níveis hierárquicos próprios, **que observa** métodos homogêneos de atuação, **integrada** por múltiplos atores e protagonistas **e que, operando por intermédio de vários núcleos especializados**, com clara divisão de tarefas (**núcleo político, núcleo empresarial, núcleo financeiro, núcleo operacional e núcleo técnico, entre outros**), **busca obter, direta ou indiretamente**, vantagem **de qualquer natureza, notadamente** no âmbito do Estado, **mediante** prática de infrações penais **que abrangem amplo espectro de ilicitudes criminosas, como aquelas** que vão do cometimento de crimes contra a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, o Estatuto das Licitações e Contratações Administrativas **até a perpetração** do delito de lavagem de dinheiro ou de valores, **sem prejuízo de outros gravíssimos ilícitos** tipificados na legislação penal.

Cabe observar, de outro lado, Senhor Presidente, **que a concepção republicana de poder** mostra-se absolutamente **incompatível** com qualquer prática governamental **tendente** a restaurar **a inaceitável teoria do Estado patrimonial**.

Com o objetivo de proteger valores fundamentais, Senhor Presidente, **tais como se qualificam** aqueles consagrados **nos princípios** da transparência, da igualdade, da moralidade **e** da impessoalidade, **o sistema constitucional** instituiu **normas e** estabeleceu **diretrizes** destinadas **a obstar** práticas que culminem **por patrimonializar** o poder governamental, **convertendo-o**, em razão de uma **inadmissível** inversão dos postulados republicanos, **em verdadeira “res domestica”, degradando-o, assim, à condição subalterna** de instrumento de mera dominação do Estado, **vocacionado** não a servir ao interesse público **e** ao bem comum, **mas, antes**, a atuar **como incompreensível e inaceitável** meio de satisfazer conveniências e ambições pessoais **e** de realizar aspirações governamentais e partidárias.

Daí a reflexão doutrinária, impregnada de acentuado componente filosófico, **que examina** o pensamento democrático **à luz das grandes dicotomias, como, por exemplo, aquela** pertinente **à dualidade público/privado, subjacente** à ideia mesma **de que o respeito, pelos indivíduos, aos limites que definem** o domínio público de atuação do Estado, **separando-o, de modo nítido**, do espaço **meramente** privado, **qualifica-se** como pressuposto necessário ao exercício da cidadania **e** do pluralismo político, **que representam, enquanto categorias essenciais que são (pois dão ênfase** à prática da igualdade, do diálogo, da tolerância e da liberdade), **alguns dos fundamentos** em que se estrutura, **em nosso sistema institucional**, o Estado republicano e democrático (CF, art. 1º, incisos II e V).

Cabe preservar, desse modo, as relações que os **conceitos de espaço público e de espaço privado guardam** entre si, **para que tais noções não se deformem nem provoquem** a subversão dos fins ético-jurídicos visados pelo legislador constituinte.

A gravidade da corrupção governamental, notadamente aquela praticada no Parlamento da República, evidencia-se pelas múltiplas consequências que dela decorrem, **tanto aquelas** que se projetam no plano da criminalidade oficial **quanto as que se revelam** na esfera civil (**afinal** o ato de corrupção **traduz** um gesto de improbidade administrativa) **e, também, no âmbito político-institucional, na medida em que** a percepção de vantagens indevidas representa **um ilícito constitucional, pois**, segundo prescreve o art. 55, § 1º, da Constituição, **a percepção** de vantagens indevidas **revela** um ato atentatório ao decoro parlamentar, **apto, por si só, a legitimar** a perda do mandato legislativo, **independentemente** de prévia condenação criminal.

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de membros do Congresso Nacional – ou de **quaisquer** outras autoridades da República – **que hajam incidido em censuráveis desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas** no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Qualquer ato de ofensa ao decoro parlamentar, **como a aceitação criminosa de suborno, culmina por atingir, injustamente, a própria respeitabilidade institucional** do Poder Legislativo, **residindo nesse ponto a legitimidade ético-jurídica** do procedimento constitucional **de cassação** do mandato parlamentar, **em ordem a excluir da comunhão dos legisladores aquele – qualquer que seja – que se haja mostrado indigno** do desempenho **da magna função de representar o Povo, de formular a legislação da República e de controlar as instâncias governamentais de poder**.

É por essa razão que o eminente e saudoso Professor MIGUEL REALE (“Decoro Parlamentar e Cassação de Mandato Eletivo”, “in” Revista de Direito Público, vol. X/89), **ao versar** o tema em questão, **adverte que o ato indecoroso do parlamentar, como** aquele que implica percepção de vantagens indevidas, **importa em falta de respeito à própria dignidade institucional** do Poder Legislativo:

“O ‘status’ do deputado, em relação ao qual o ato deve ser medido (e será comedido ou decoroso em razão dessa medida), implica, por conseguinte, não só o respeito do parlamentar a si próprio, como ao órgão ao qual pertence (...).

No fundo, falta de decoro parlamentar é falta de decência no comportamento pessoal, capaz de merecer a Casa dos representantes (incontinência de conduta, embriaguez etc), e falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente.” (grifei)

Impressiona-me a afirmação do Senhor Procurador-Geral da República **de que o denunciado** ** “(...) se vale, habitualmente, de diversos Deputados Federais para a realização de requerimentos, solicitações e requisitos, com fins nitidamente ilícitos, transformando o Congresso Nacional em um verdadeiro ‘balcão de negócios’. Astutamente, os requerimentos aparentavam buscar fins lícitos, mas, em verdade, eram vocacionados apenas para o interesse pessoal de ** e seus comparsas”.

O fato inquestionável, Senhor Presidente, **é que a corrupção deforma** o sentido republicano da prática política, **afeta** a integridade dos valores **que informam e dão significado** à própria ideia de República, **frustra** a consolidação das Instituições, **compromete** a execução de políticas públicas **em áreas sensíveis como** as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, **além de vulnerar** o princípio democrático.

Daí os importantes compromissos internacionais que o Brasil assumiu **em relação ao combate à corrupção, como o evidencia a assinatura**, por nosso País, **da Convenção Interamericana contra a Corrupção (celebrada na Venezuela em 1996) e da Convenção das Nações Unidas (celebrada em Mérida, no México, em 2003).**

As razões determinantes da celebração dessas convenções internacionais (**uma de caráter regional e outra de projeção global**) **residem, basicamente, na preocupação** da comunidade internacional **com a extrema gravidade** dos problemas **e** das consequências nocivas **decorrentes** da corrupção para a estabilidade **e** a segurança da sociedade, **considerados** os vínculos entre a corrupção **e** outras modalidades de delinquência, **com particular referência à criminalidade organizada, à delinquência governamental e à lavagem de dinheiro**.

Torna-se importante advertir, neste ponto, Senhor Presidente, **que**, com a instauração deste **e** de outros procedimentos de persecução penal, **não se está a incriminar a atividade política, mas, isso sim, a promover** a responsabilização penal daqueles que **não** se mostraram capazes de exercê-la com honestidade, integridade **e** elevado interesse público, **preferindo, ao contrário, longe** de atuar com dignidade, **transgredir** as leis penais de nosso País, **com o objetivo espúrio** de conseguir vantagens indevidas **e** de controlar, **de maneira absolutamente ilegítima e criminosa**, o próprio funcionamento do aparelho

de Estado.

A conquista e a preservação temporária do poder, em qualquer formação social regida por padrões democráticos, **embora constituam** objetivos politicamente legítimos, **não autorizam quem quer** que seja, **mesmo** quem detenha altos postos na hierarquia do Estado, **independentemente** de sua posição no espectro ideológico, **a utilizar meios criminosos ou expedientes juridicamente marginais, divorciados** da ordem jurídica **e repudiados** pela legislação criminal do País **e pelo sentimento de decência** que deve **sempre** prevalecer **no trato** da coisa pública.

Estamos a examinar, nesta fase preambular, Senhor Presidente, imputações penais dirigidas **não a atores políticos, mas, sim**, segundo sustenta o Ministério Público em sua denúncia, a protagonistas *de supostas tramas criminosas*. **Em uma palavra**: processam-se, *aqui e agora*, **não** atores políticos, **mas, sim**, possíveis autores de crimes minuciosamente narrados pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Não constitui demasia assinalar que a ideia de República **traduz** um valor essencial, **exprime** um dogma fundamental: **o do primado da igualdade de todos** perante as leis do Estado. **Ninguém, absolutamente ninguém**, nem mesmo aqueles situados nas mais elevadas posições e nos mais importantes cargos da organização estatal, **tem** legitimidade para transgredir e vilipendiar as leis e a Constituição de nosso País. **Ninguém, absolutamente ninguém**, está **acima** da autoridade do ordenamento jurídico do Estado.

2. O significado do controle jurisdicional prévio da acusação penal

Examino, agora, a questão **pertinente à admissibilidade** da presente acusação penal, **não sem antes** estabelecer premissas **que considero essenciais** à formulação de meu voto, **especialmente** em face da *situação de evidente conflituosidade* **que se instaura entre** o poder acusatório do Estado, *de um lado*, e a pretensão de liberdade dos acusados, *de outro*.

Sabemos todos, Senhor Presidente, **que cabe** ao Supremo Tribunal Federal, **nesta fase preliminar** do processo penal de conhecimento, **analisar se** a acusação penal formulada pelo Ministério Público **revela-se, ou não, admissível** para efeito de instauração da persecução penal em juízo.

Esse controle prévio de admissibilidade – **que reclama** o exame da adequação típica do comportamento atribuído aos acusados – **também exige** a constatação, *ainda que em sede de cognição incompleta*, da existência, *ou não*, de **elementos** de convicção **mínimos** que possam autorizar a abertura *do procedimento judicial* de persecução penal.

Isso significa, portanto, que, **ainda** que as condutas descritas na peça acusatória **possam ajustar-se, em tese**, aos preceitos primários de incriminação, **mesmo assim** esse elemento **não basta, só por si, para tornar viáveis e admissíveis** as imputações penais consubstanciadas na denúncia.

A viabilidade da presente denúncia **está a depender, desse modo**, da análise de questão – *que reputo de inegável relevância* – **consistente** na identificação, *ou não*, de justa causa, **apta a legitimar** a instauração da presente ação penal, **considerados** os elementos probatórios que, **apresentados** pelo Ministério Público, **destinam-se, ainda que minimamente**, a demonstrar *a possível e eventual ocorrência*, no plano fático, das condutas narradas pelo “Parquet”.

É preciso ter presente, neste ponto – **consideradas** as **gravíssimas** implicações éticas e jurídico-sociais **que derivam** da instauração, **contra quem quer que seja**, de “*persecutio criminis*” –, **que se impõe, por parte** do Poder Judiciário, **rigido controle** sobre a atividade persecutória do Estado, **em ordem a impedir** que se instaure, **contra** qualquer acusado (**não importando** de quem se trate), **injusta** situação de coação processual, **pois** ao órgão da acusação penal **não assiste** o poder de deduzir, *em juízo*, imputação criminal **desvestida de um mínimo suporte probatório**.

Daí a advertência, Senhor Presidente, **fundada** no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **que cumpre jamais desconsiderar**:

“A imputação penal **não pode** ser o resultado **da vontade pessoal e arbitrária** do acusador. O Ministério Público, para **validamente** formular a denúncia penal, **deve ter** por suporte uma **necessária** base empírica, **a fim** de que o exercício desse grave dever-poder **não se transforme** em um instrumento **de injusta** persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória **supõe** a existência **de justa causa**, que se tem **por inócua** quando o comportamento atribuído ao réu **nem mesmo** em tese constitui crime, **ou quando**, configurando uma infração penal, **resulta de pura criação mental da acusação**” (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO).”

(RTJ 165/877-878, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A **persecução penal**, por isso mesmo, cuja instauração **é justificada** pela suposta prática de um ato criminoso, **não se projeta nem se exterioriza** como uma manifestação de absolutismo estatal **ou** de voluntarismo particular.

De exercício indeclinável, a “*persecutio criminis*” **sofre os condicionamentos** que lhe impõe o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade** representa, *desse modo*, **uma insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

A própria exigência de processo judicial **já representa, só por si**, poderoso **fator de inibição** do arbítrio estatal, **de restrição** ao poder de coerção do Estado **e de limitação** ao poder de acusação do Ministério Público. A cláusula “*nulla poena sine iudicio*” **exprime, no plano do processo penal condenatório**, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.

Daí a razão de ser desta fase preliminar de controle jurisdicional da acusação penal, concebida, precisamente, para impedir a instauração de lides temerárias **ou para obstar** a abertura de procedimentos **destituídos** de base probatória **fundada** em elementos **mínimos** de convicção, **os quais**, embora **insuficientes** para a formulação de um juízo condenatório, **mostrem-se aptos** a fundamentar um juízo **positivo** de admissibilidade da peça acusatória.

Não se pode ignorar que, *com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina*, “*a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária*” (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, “*Droit Pénal Général et Procédure Penale*”, tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Elementos de Direito Processual Penal*”, vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense), **tudo a justificar** o ponderado exame preliminar dos elementos de informação **cuja presença** revele-se capaz de **dar consistência e de conferir verossimilhança** às imputações consubstanciadas na denúncia, **sob pena** de esta fase introdutória do processo penal de conhecimento **transformar-se** em simples exercício burocrático de um poder **gravíssimo** que foi atribuído aos juízes e Tribunais.

Dentro desse contexto, **e para efeito** de recebimento da denúncia, **assume relevo indiscutível** o encargo processual que, **ao incidir** sobre o órgão de acusação penal, **impõe-lhe** o ônus de descrever com precisão e de demonstrar, **ainda que superficialmente**, **os fatos constitutivos sobre os quais se assenta** a pretensão punitiva do Estado.

Daí o voto do eminente Relator, **no ponto** em que, *com inteiro acerto*, **rejeitou** a denúncia *em parte*, **destacando** que a peça acusatória **não demonstrou** a *concreta participação* de ** e ** **na fase inicial** de negociação da construção dos navios-sonda, **havendo aduzido, então**, a esse respeito, **o que se segue**:

“Com efeito, nada foi produzido, em termos probatórios, que indique a efetiva participação dos denunciados nos supostos crimes ocorridos na já longínqua época da celebração dos contratos, nos anos de 2006 e 2007, ou mesmo que tenham os acusados, no período imediato, recebido vantagem indevida para viabilizar a negociação ou se omitido em fiscalizar esses contratos, em razão do mandato parlamentar. Os elementos mínimos de autoria exigidos para o recebimento da denúncia em relação a esses fatos iniciais não se fazem presentes. Pela análise dos elementos colhidos, é possível concluir apenas pela existência de indícios da prática de crimes de corrupção ativa, passiva e lavagem de dinheiro com a participação de **, ** e **.”

O fato **indiscutivelmente** relevante, Senhor Presidente, **é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não** se justifica, **sem qualquer base probatória mínima**, a instauração **de qualquer** processo penal condenatório, **que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de justa causa – em elementos** que se revelem **capazes** de informar, **com objetividade**, o órgão judiciário competente, **afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas sobre a ocorrência, ou não**, dos fatos descritos em peça acusatória.

Como muito bem ressaltado pelo eminente Ministro TEORI ZAVASKI, o Ministério Público **demonstrou**, no caso, **quanto ao segundo momento descrito** na denúncia, **mediante referência a elementos mínimos de informação – tal como o exige** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ

182/462) –, **a existência** de dados de convicção que, **ao sugerirem** a possível ocorrência dos fatos narrados na peça acusatória, **indicam a viabilidade**, no ponto mencionado, da acusação penal ora em exame, **o que significa registrar-se, na espécie**, a presença de um vínculo informativo **minimamente necessário para sustentar, de modo consistente, ainda** que em parte, a presente denúncia.

Com efeito, o eminente Relator deste Inquérito **observou** que os argumentos **deduzidos** pelos acusados, **quanto ao segundo momento objeto** da narrativa do Ministério Público, **não se revelam suficientes** para justificar a rejeição liminar da denúncia, **pois existentes, na presente fase processual, elementos indiciários mínimos, porém relevantes, que autorizam**, embora somente **para efeito** de instauração do concernente processo judicial, **a formulação**, pelo Supremo Tribunal Federal, de um juízo **positivo de parcial admissibilidade** da acusação penal:

*“24. Em suma, a análise dos autos mostra que há indícios robustos para, nestes termos, receber parcialmente a denúncia, cuja narrativa, em seu segundo momento, ademais de reforçada pelo aditamento, dá conta de que o Deputado Federal **, procurado por **, aderiu ao recebimento, para si e concorrendo para o recebimento por parte de **, de vantagem indevida, oriunda da propina destinada a diretor de empresa estatal de economia mista, em função do cargo, por negócio ilícito com ela celebrado. Esse recebimento, porque núcleo alternativo próprio do tipo, não pode ser descartado como mero exaurimento da conduta de outrem.*

*Os elementos colhidos confortam sobejamente o possível cometimento de crime de corrupção passiva majorada (art. 317, ‘caput’ e § 1º, do Código Penal), ao menos na qualidade de partícipe (art. 29 do Código Penal), por parte do Deputado Federal **, ao incorporar-se à engrenagem espúria protagonizada pelo então diretor da Petrobras ** (funcionário público para fins penais por força do art. 327, ‘caput’, do Código Penal), ** e **, bem como dela se fazendo beneficiário, tal como descrito, não no ‘primeiro momento’ referido na denúncia original (o que configuraria concurso material com outro crime do mesmo teor), mas no ‘segundo momento’ a que aludem a denúncia e o seu aditamento, que nisso a reforça.*

*Fazem-se presentes, ademais, variados e seguros indícios de que o denunciado, a partir daí, seria destinatário de ao menos parte dos valores destinados por ** a **, intermediário da propina a **, em operações identificadas no período antes descrito e que se subsumem no tipo penal descrito no art. 1º, V, VI e VII, Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, que, passando a abranger qualquer ‘infração penal’, revogou incisos que já eram notoriamente alternativos.*

*Os indícios existentes apontam também que ** teria concorrido para a prática do delito de corrupção passiva, nos termos do já aludido art. 29 do Código Penal (‘Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade’). Assim, não assiste razão à defesa da denunciada, de que a conduta descrita na denúncia seria de outro tipo penal.”*

O exame **a que procedeu** o eminente Relator **convence-me da viabilidade** da denúncia ora em análise, **considerados, para tanto, os elementos probatórios mínimos** produzidos ao longo da investigação penal.

O que se revela essencial reconhecer é que a formulação de acusação penal, **para efetivar-se** legitimamente, **deverá apoiar-se, como sucede na espécie, não em fundamentos retóricos**, mas, **sim**, em elementos que, **instruindo** a denúncia, **indiquem** a realidade material do delito **e apontem** para a existência **de indícios, ainda que mínimos**, de autoria.

Cumprir ter presente, no ponto, **que a formulação da acusação penal** em juízo **supõe não** a prova completa e integral do delito e de seu autor (o que **somente** se revelará exigível **para efeito** de eventual condenação penal), **mas** a demonstração – **fundada** em elementos probatórios **mínimos e lícitos** – **da realidade material** do evento delituoso e da existência **de indícios de sua possível autoria**:

“Denúncia – Recebimento – Suficiência da fundada suspeita da autoria e prova da materialidade dos fatos – Inteligência do art. 43 do CPP.

Para o recebimento da denúncia, é desnecessária a prova completa e taxativa da ocorrência do crime e de seu autor, bastando a fundada suspeita de autoria e a prova da materialidade dos fatos.”

(RT 671/312, Rel. Des. LUIZ BETANHO – grifei)

Daí o magistério jurisprudencial **firmado** por esta Suprema Corte:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO: CÓD. PENAL, art. 342. DENÚNCIA: CRIME EM TESE: RECEBIMENTO.

I. – Descrevendo a denúncia fato típico, contendo a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e a classificação do crime, assim dando notícia da ocorrência de crime pelo menos em tese, deve ser recebida (CPP, art. 41).

II. – Denúncia recebida.”

(Inq 1.622/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Não questiono a afirmação, Senhor Presidente, de que a denúncia **deve conter** a exposição objetiva do fato delituoso, **descrito** em seus aspectos essenciais e **narrado** com a indicação das circunstâncias que lhe são inerentes.

É certo que a peça acusatória ora em exame, **ao veicular** extensa exposição dos fatos, **descreve-os** de modo adequado, **definindo a participação individual de cada um dos 02 (dois) denunciados, como resulta claro** da denúncia em análise, **o que satisfaz, a meu juízo, a exigência** imposta pelo art. 41 do CPP.

Desse modo, e sem qualquer prejuízo para o exercício do direito de defesa – **que já se realizou, de modo pleno e competente**, nesta fase preliminar –, **tenho para mim que houve, na denúncia, clara menção à existência**, no caso, de nexo de causalidade **entre** o comportamento **imputado** aos denunciados e as supostas práticas delituosas a eles atribuídas.

3. Conclusão

Todas as considerações que venho de fazer, Senhor Presidente, **levam-me a acompanhar** o substancial voto **proferido** pelo eminente Relator **quanto ao recebimento parcial da denúncia formulada** contra os ora acusados.

Também excluo da denúncia, Senhor Presidente, **a causa de aumento de pena prevista no § 2º** do art. 327 do Código Penal, **por entender**, na linha de votos **que já proferi** nesta Suprema Corte (**Inq 1.769/DF – Inq 2.606/MT**), **que essa regra mostra-se inaplicável aos que exercem mandato eletivo**.

É o meu voto.

**acórdão pendente de publicação
**nomes suprimidos pelo Informativo*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

18 a 22 de abril de 2016

Lei Complementar nº 154, de 18.4.2016 - Acrescenta § 25 ao art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para permitir ao microempreendedor individual utilizar sua residência como sede do estabelecimento. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 74, p. 4, em 19.4.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

18 a 22 de abril de 2016

Decreto nº 8.715, de 19.4.2016 - Promulga os Estatutos do Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral - IDEA, com sede em Estocolmo, Suécia. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 75, p. 1, em 20.4.2016.

Decreto nº 8.716, de 20.4.2016 - Institui o programa de prevenção e proteção individual de gestantes em situação de vulnerabilidade socioeconômica contra o *Aedes aegypti*. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 76, p. 1, em 22.4.2016.

Informativo 823

SUMÁRIO

Plenário

Dívidas dos Estados-Membros e cálculo de juros - 1

Dívidas dos Estados-Membros e cálculo de juros - 2

ADI e arrecadação de direitos autorais - 1

ADI e arrecadação de direitos autorais - 2

1ª Turma

Homicídio e desnecessidade da oitiva de todas as vítimas

2ª Turma

HC e substituição de prisão preventiva por medidas cautelares

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Práticas Homossexuais - Quartéis - Crime Militar - CPM (Art. 235) - Inconstitucionalidade (ADPF 291/DF)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Dívidas dos Estados-Membros e cálculo de juros - 1

O Plenário iniciou julgamento de mandados de segurança impetrados em face de ato da Presidente da República, consubstanciado no Decreto 8.616/2015, que regulamenta o disposto na LC 148/2014 e no art. 2º da Lei 9.496/1997. Sustentam os impetrantes que o referido decreto, a pretexto de regulamentar os diplomas legais, teria desbordado da atividade regulamentar e adotado critério não previsto em lei. Aduzem que o decreto, ao explicitar a fórmula de cálculo do desconto sobre saldos devedores dos contratos, não poderia utilizar a Selic capitalizada para apurar o desconto devido, porquanto a

legislação em comento não teria autorizado que a taxa fosse calculada de forma capitalizada. O Ministro Edson Fachin (relator), ao denegar a segurança, afirmou que o fenômeno financeiro em litígio teria repercussões jurídicas, políticas e econômicas, sob os ângulos constitucionais e democráticos. Isso porque estariam colocadas em questão as condições do planejamento e do controle da atividade financeira do Estado brasileiro, tal qual constitucionalizadas pela soberania popular em pacto constituinte. Assim, as categorias jurídicas de planejamento e de controle seriam pressupostos basilares do Estado fiscal. O conceito de planejamento seria imprescindível para a alocação eficiente de recursos e a previsibilidade dos eventos futuros. Já o conceito de controle seria visto como fundamento do Estado Democrático de Direito. A literatura econômica daria conta de grandes movimentos conjunturais e estruturantes no relacionamento entre finanças estaduais e federação no período republicano brasileiro. Nesse contexto, a renegociação da dívida estadual ora analisada, na qualidade de processo inacabado, teria seu marco inicial em 1994, época em que se visara à redefinição da arquitetura do controle do endividamento do setor público, por meio de um conjunto de programas, cujo impacto fora o refinanciamento praticamente integral das dívidas estaduais. Por outro lado, a crise federativa se manifestaria no crédito público, mormente em decorrência do tratamento conflitivo dado ao colapso das finanças estaduais. Certa que teria sido a renegociação da dívida pública no momento em que se dera, ante o risco de inadimplência generalizada, a negociação dos termos dos acordos da dívida teria provocado tensão no pacto federativo, justamente no que tange à reforma patrimonial e à limitação da liberdade de ação financeira estadual, a partir do comprometimento da receita corrente líquida como cláusulas dos acordos da dívida pública estadual. Nesses termos, emergiria a participação ativa do STF, após provocação processual, no debate republicano acerca da responsabilidade fiscal. Isso se daria na medida em que, com atenção a essa permanente tensão, constatar-se-ia a legitimidade democrática da Corte, na qualidade de tribunal constitucional da Federação, para responder às questões normativas acerca do federalismo fiscal brasileiro. No caso particular, a responsabilidade institucional do STF seria mais premente, pois o Brasil adotaria o método de limitação do endividamento público por meio de normas jurídicas, demandando resposta jurisdicional.

MS 34110/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34110)

MS 34122/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34122)

MS 34023/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34023)

Dívidas dos Estados-Membros e cálculo de juros - 2

O relator asseverou que a interpretação do art. 3º da LC 148/2014, com a redação dada pela LC 151/2015, dependeria do reconhecimento da validade da alteração legislativa — de iniciativa parlamentar — do regime de pagamento das dívidas mobiliárias dos Estados-Membros que foram assumidas pela União no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados. Nessa senda, o art. 1º da LC 151/2015, que alterara a LC 148/2014, ofenderia o art. 165, III, da CF, pois seriam de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo as leis que, ao concederem remissão de dívida, interferissem na lei orçamentária anual. Contudo, ainda que superado o vício de inconstitucionalidade formal, seria preciso reconhecer que a LC 151/2015, ao afetar diretamente o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, instituído pela Lei 9.496/1997, deveria se submeter às limitações ordinariamente atribuídas ao administrador público, sob pena de ofensa ao art. 167 da CF, notadamente aos incisos I e II. As normas contidas nesse artigo consubstanciariam obrigações constitucionais a materializar os princípios do planejamento e da organização orçamentária. A LC 151/2015 representaria intervenção concreta e direta na execução de programas de governo, mas, ao contrário do que se exigiria do administrador, teria deixado de observar as regras constitucionalmente estabelecidas para o início de programas e para a realização de despesas. Em seguida, o Tribunal acolheu proposta do Ministro Roberto Barroso no sentido de se sobrestar o processo por sessenta dias, para que as partes se compusessem, mantida a eficácia da liminar concedida. Ficaram vencidos, no ponto, o relator e os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que revogavam a liminar. Por fim, a Corte deliberou que o relator procedesse à intimação das partes e do Ministério Público para que se pronunciassem, no prazo de trinta dias, sobre a questão relativa à inconstitucionalidade suscitada em seu voto.

MS 34110/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34110)

MS 34122/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34122)

MS 34023/DF, rel. Min. Edson Fachin, 27.4.2016. (MS-34023)

ADI e arrecadação de direitos autorais -1

O Plenário iniciou julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face da Lei 12.853/2013, que alterou ou introduziu dispositivos na Lei 9.610/1998, ao reconfigurar a gestão coletiva de direitos autorais. Na espécie, questiona-se a constitucionalidade da norma ante os princípios e as regras constitucionais concernentes ao exercício de direitos privados, bem como à liberdade de associação. Convocada audiência pública, debateu-se se a norma teria afrontado os princípios da separação de Poderes, da livre iniciativa, da isonomia, além dos direitos de propriedade, de liberdade de associação, de intimidade, de propriedade material e dos segredos de negócio. Ainda, se haveria vício de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 59 da CF, ao argumento de que não se teria verificado afinidade objetiva entre a proposição legislativa original e o texto substitutivo final. O Ministro Luiz Fux (relator) conheceu integralmente de ambas as ações, rejeitadas as preliminares de não conhecimento. No mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados. O relator assentou que a Constituição garante o direito exclusivo do autor à utilização, à publicação ou à reprodução de suas obras (CF, art. 5º, XXVII). A proteção da propriedade intelectual, em particular dos direitos autorais, teria suas delicadezas. Em primeiro lugar, a titularidade sobre determinada obra seria, em geral, compartilhada por diversos indivíduos que participariam da sua criação. Em segundo lugar, a ausência de suporte físico que delimitasse o domínio intelectual

criaria dificuldades de monitoramento da utilização da obra, sobretudo na execução pública. Ambas as características tornariam o mercado de obras intelectuais refém de elevados custos de transação. Em linhas gerais, compreende-se por gestão coletiva de direitos autorais o exercício e a defesa das prerrogativas legais inerentes à criação intelectual por intermédio de associações formadas por titulares desses direitos. Esse modelo de gestão reduziria as dificuldades operacionais geradas tanto pela cotitularidade das obras quanto pelos custos de monitoramento de sua execução. A gestão coletiva de direitos autorais envolveria um “trade-off” socialmente relevante. Tal conflito de escolha diria respeito, por um lado, a viabilizar a própria existência do mercado ao reduzir os custos de transação decorrentes da cotitularidade e da imaterialidade da propriedade intelectual. Por outro, a conferir poder de mercado aos titulares de direito, em especial às entidades de gestão coletiva, ao induzir a precificação conjunta das obras intelectuais. O escopo da norma ora questionada teria sido: a) transparência, ao criar obrigações claras para a gestão coletiva; b) eficiência econômica e técnica, ao permitir que artistas tenham o direito a serem informados sobre seus direitos e créditos; c) modernização, ao reorganizar a gestão coletiva e racionalizar a estrutura das associações que a compõem; d) regulação, ao manter a existência de um único escritório central subordinado ao Ministério da Justiça; e e) fiscalização, ao responsabilizar ao Ministério da Justiça a fiscalização da gestão coletiva. Anotou que a maior transparência da gestão coletiva de direitos autorais, na forma proposta pela norma impugnada consubstanciaria finalidade legítima segundo a ordem constitucional, na medida em que buscaria eliminar o viés rentista do sistema anterior e, com isso, promover, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais quanto de usuários e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento, o acesso à cultura e à informação.

ADI 5062/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.4.2016. (ADI-5062)

ADI 5065/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.4.2016. (ADI-5065)

ADI e arrecadação de direitos autorais -2

O relator apontou que a distinção legal entre titulares originários e titulares derivados de obras intelectuais para fins de participação na gestão coletiva de direitos autorais situar-se-ia na margem de conformação do legislador ordinário para disciplinar a matéria. Ressaltou que as regras impugnadas não impactariam os direitos patrimoniais dos titulares derivados. No entanto, seria justificável a existência de regras voltadas a minimizar a assimetria de poder econômico entre editoras musicais e autores individuais, os verdadeiros criadores intelectuais. Frisou que a exigência de habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órgão da Administração Pública federal para a cobrança de direitos autorais configuraria típico exercício do poder de polícia preventivo voltado a aferir o cumprimento das obrigações legais exigíveis, desde o nascedouro da entidade. Quanto às regras para a negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais, bem como a destinação de créditos e valores não identificados, não teria havido tabelamento de preços. A Lei 12.853/2013 teria se limitado a fixar parâmetros genéricos (razoabilidade, boa fé e usos do local de utilização das obras) para o licenciamento de direitos autorais. Tudo isso no intuito de corrigir as distorções propiciadas pelo poder de mercado das associações gestoras sem, retirar dos próprios autores e titulares a prerrogativa de estabelecer o preço de suas obras. Registou que o licenciamento pelo formato global (“blanket license”) ainda permaneceria válido, desde que não fosse mais o único tipo de contrato disponível. Nesse ponto, destacou que a autoridade antitruste brasileira reconhecera o abuso de poder dominante do Escritório Central de Arrecadação (ECAD) e das associações a ele vinculadas em razão do oferecimento da licença cobertor (“blanket license”) como modalidade única de licenciamento de direitos autorais. Aduziu que a norma questionada buscaria prevenir a prática de fraudes e evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares. Reputou válida a possibilidade de retificação das informações constantes do cadastro pelo Ministério da Cultura, o que evitaria a prematura judicialização de eventuais embates. Além disso, a solução de controvérsias no âmbito administrativo, por órgão especializado, permitiria o enfrentamento das questões a partir de perspectiva técnica, sem ameaçar o acesso de qualquer interessado ao Poder Judiciário. Ainda, a nova sistemática para a fixação da taxa de administração e destinação de recursos para o aproveitamento coletivo dos associados procuraria reconduzir as entidades de gestão coletiva ao seu papel instrumental. Segundo o relator, a possibilidade de se criar novas entidades coletivas imporia pressão competitiva sobre as associações já estabelecidas, que tenderiam a ser mais eficientes e a oferecer serviço de qualidade e com maior retorno financeiro para seus associados. Ressaltou que não haveria um modelo único, perfeito e acabado de atuação estatal neste campo. Concluiu que, em hermenêutica constitucional, seria necessário cuidado para que a interpretação ampliativa de princípios considerados fundamentais não se convolvesse em veto judicial absoluto à atuação do legislador, que também é intérprete legítimo da Lei Maior. Garantias gerais como liberdade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação não seriam, por si, incompatíveis com a presença de regulação estatal. Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que acompanharam o voto do relator, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

ADI 5062/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.4.2016. (ADI-5062)

ADI 5065/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.4.2016. (ADI-5065)

PRIMEIRA TURMA

Homicídio e desnecessidade da oitiva de todas as vítimas

Não há direito absoluto à produção de prova. Em casos complexos, há que confiar no prudente arbítrio do juiz da causa, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes. Assim, a

obrigatoriedade de oitiva da vítima deve ser compreendida à luz da razoabilidade e da utilidade prática da colheita da referida prova. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma não conheceu de “habeas corpus” em que se pretendia a oitiva da totalidade das vítimas sobreviventes de incêndio ocorrido em boate. O Colegiado assentou que o magistrado, em observância ao sistema da persuasão racional, motivara a dispensa da oitiva de todas as vítimas do homicídio tentado. Segundo o juiz de origem, a produção dessa prova, diante da peculiaridade do caso concreto, acarretaria, em síntese, a necessidade de mais de 954 horas de audiência para a tomada de declarações das 638 vítimas, a nova exposição delas ao cenário traumático em que os fatos teriam se desenvolvido e a repetição de relatos que não auxiliariam no esclarecimento dos fatos. Além disso, o paciente deixara de requerer, na resposta à acusação, a oitiva de todas as vítimas. A Turma acrescentou, ainda, que o rito especial do tribunal do júri limita o número de testemunhas a serem inquiridas e, ao contrário do procedimento comum, não exclui dessa contagem as testemunhas que não prestam compromisso legal. Anotou, também, que a inobservância do prazo para o oferecimento da denúncia não contamina o direito de apresentação do rol de testemunhas. A exibição desse rol, tanto pela acusação quanto pela defesa, não se submete a prazo preclusivo, visto que referidas provas devem ser requeridas, por expressa imposição legal, na denúncia e na defesa preliminar. Desse modo, não há vinculação temporal à propositura da prova, mas sim associação a um momento processual. A aludida atuação se sujeita, na realidade, à preclusão consumativa. Logo, por não vislumbrar ilegalidade, não se concedeu a ordem de ofício.

HC 131158/RS, rel. Min. Edson Fachin, 26.4.2016. (HC-131158)

SEGUNDA TURMA

HC e substituição de prisão preventiva por medidas cautelares

A Segunda Turma concedeu, em parte, “habeas corpus” para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas. São elas: a) afastamento de cargos de direção e de administração eventualmente ocupados nas empresas envolvidas nas investigações, ficando proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos; b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga; c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização; d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado; e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio; f) proibição de deixar o País, devendo entregar passaporte em até 48 horas; g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica; se por outro motivo não estiver preso, destacando-se que o descumprimento injustificado de quaisquer dessas medidas ensejará decreto de restabelecimento da ordem de prisão (CPP, art. 282, § 4º). Na espécie, os decretos de custódia cautelar expedidos contra o paciente fundamentaram-se no risco concreto de reiteração delitiva, na necessidade de garantia da ordem pública e na conveniência da investigação e da instrução criminal, entre outros. Preliminarmente, conquanto o presente “habeas corpus” tenha sido impetrado contra acórdão do STJ que não conheceu do “writ”, a Turma reconheceu a possibilidade de impetração de “habeas corpus” substitutivo de recurso ordinário. Destacou que, se a Corte viesse a examinar cada um dos decretos prisionais expedidos contra o paciente, o “habeas corpus” sob análise estaria prejudicado, porque depois dele foram expedidos mais dois decretos. Todavia, há precedentes no sentido de que só se consideraria prejudicado o “writ” perante a Corte se houvesse total autonomia de fundamentos em relação aos decretos supervenientes. No caso, não se mostra presente situação excepcional de total autonomia de fundamentação entre os decretos de prisão. Os pressupostos genéricos de autoria e de materialidade estariam demonstrados. O Colegiado apontou que foi utilizada justificativa análoga e em relação aos fundamentos específicos, uma das razões invocadas nos decretos de prisão foi a necessidade de garantir a ordem pública. Nesse ponto, reuniões ocorridas em 2014 — sem que fossem apresentados indícios de que o paciente delas tivesse participado — foram apontadas pela autoridade coatora como fatos concretos aptos a ensejar a segregação. Assim, haveria mera presunção, sem fundamentação idônea, de que o paciente seguiria a cometer crimes, o que não se admite como fundamento para a custódia cautelar. Outras razões invocadas pelo magistrado de primeiro grau foram o risco concreto de reiteração delitiva e a conveniência da investigação e da instrução criminal. Quanto a esses, embora o magistrado tenha noticiado tentativa de destruição de provas em aparelhos eletrônicos do paciente, essa conduta teria partido de outrem. Não haveria, portanto, conduta concreta do paciente para sustentar a existência de riscos à instrução criminal. De igual forma, dispor de recursos financeiros e ter um dos co-investigados se refugiado no exterior, por si sós, não constituem motivos suficientes para a decretação da prisão preventiva. Por fim, a Turma assentou que não teria havido a indicação de atos concretos e específicos atribuídos ao próprio paciente que demonstrassem sua efetiva intenção de furtar-se à aplicação da lei penal.

HC 132233/PR, rel. Min. Teori Zavascki, 26.4.2016. (HC-132233)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	27.4.2016	28.4.2016	5
1ª Turma	26.4.2016	—	131
2ª Turma	26.4.2016	—	137

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 25 a 29 de abril de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 955.227-BA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA QUE DECLARA EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Constitui questão constitucional saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.
2. Repercussão geral reconhecida.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 844.252-AL

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMOÇÃO *EX OFFICIO*. COMPETÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à competência para exarar ato de remoção *ex officio* de servidor público do Município de Porto Real do Colégio, fundada na interpretação da Lei Municipal 42/70, é de natureza infraconstitucional.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

Decisões Publicadas: 2

CLIPPING DO DJE

25 a 29 de abril de 2016

HC N. 117.885-SP

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CONSUMADO DUPLAMENTE QUALIFICADO E HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO – CP, ART. 121, § 2º, II E IV, E ART. 121, § 2º, II, C/C ART. 14, II. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI* A EVIDENCIAR PERICULOSIDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. *WRIT* IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE IDÊNTICA AÇÃO NO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea no *modus operandi* da prática delituosa, a evidenciar periculosidade exacerbada do agente (HC 102.475/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 104.522/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 105.725/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 18/08/11; HC 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.10; HC 104.410/GO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 30/06/11; e HC 97.891/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 19/10/10).
2. *In casu*, o paciente, após discussão banal com a vítima, desferiu-lhe, inopinadamente e de surpresa, 6 (seis) disparos de arma de fogo que foram a causa eficiente de sua morte, tendo um dos tiros atingido, por erro de execução, uma mulher grávida de 8 (oito) meses que não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do agente. A prisão preventiva decretada em prol da garantida ordem pública funda-se não somente no clamor popular causado, mas principalmente na periculosidade exacerbada do paciente atestada pelo *modus operandi* das práticas delituosas.
3. O *habeas corpus* não é admissível como substitutivo do recurso cabível, sendo certo ainda que o impetrante não se desincumbiu do ônus de interpor agravo regimental da decisão do Tribunal *a quo* que indeferiu liminarmente o *writ* ali impetrado.
4. *Habeas corpus* julgado extinto, sem resolução do mérito e ante a impossibilidade de concessão da ordem de ofício, por ausência de teratologia, restando revogada a liminar deferida.

Inq N. 3.399-DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS NÃO GUARDAM PERTINÊNCIA AO EXERCÍCIO DO MANDATO. SUPOSTAS OFENSAS QUE NÃO IMPUTAM FATOS DETERMINADOS. REJEIÇÃO DA QUEIXA PELOS CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO POR ATIPICIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA

1. A regra do art. 53 da Constituição da República não contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares não guardem pertinência com suas atividades. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar.
2. A atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle da administração pública (art. 49, X, da CR), razão pela qual os congressistas, ao alardearem práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontram-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas atribuições constitucionais.

3. Parlamentar que, em entrevista a programa de rádio, faz alusões a respeito de atos preparatórios voltados à prática de um homicídio não se encontra em situação coberta pela imunidade parlamentar, pois as supostas ofensas não guardam relação com o exercício do mandato.
4. Os crimes de calúnia e difamação, por suas definições típicas, exigem a imputação de fato determinado a alguém. Alusões desconexas a pessoas indeterminadas não configuram os delitos de calúnia ou difamação. Queixa rejeitada quanto aos delitos de calúnia e difamação por atipicidade da conduta narrada.
5. Extinção da punibilidade quanto ao delito de injúria pela incidência da prescrição.

MS N. 32.540-DF

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – CÂMARA DOS DEPUTADOS – DESNECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. Tratando-se de auditoria do Tribunal de Contas da União, considerada a gestão administrativa do Poder Legislativo, não há como concluir pelo direito dos servidores indiretamente afetados de serem ouvidos no processo fiscalizatório.

**noticiado no Informativo 819*

AG. REG. NO ARE N. 926.149-BA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Consumidor. Plano de saúde. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Ato jurídico perfeito. Revisão judicial dos contratos para coibir enriquecimento ilícito. Possibilidade. Cláusulas contratuais e fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes.

1. Não procede a alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente.
2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal.
3. A garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir enriquecimento sem causa.
4. O recurso extraordinário não se presta para o reexame de fatos e provas, tampouco para a análise de cláusulas contratuais e da legislação infraconstitucional. Incidência das Súmulas n.ºs 279, 454 e 636/STF.
5. Agravo regimental não provido.

AG. REG. NO RE N. 844.621-PI

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. Piso salarial. Adicional de insalubridade. Prequestionamento. Ausência. Legislação local. Ofensa reflexa. Artigo 16 da Lei 7.384/85. Não recepção. ADPF n.º 151/DF-MC. Manutenção dos critérios da lei. Congelamento da base de cálculo. Precedentes.

1. A tese que o recorrente pretende que seja analisada no recurso extraordinário deve ser previamente suscitada perante o Tribunal **a quo** (Súmulas n.ºs 282 e 356/STF).
2. Não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação local (Súmula n.º 280/STF).
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n.º 151/DF-MC, reconheceu a não recepção do art. 16 da Lei 7.384/85. Todavia, concluiu que os critérios fixados pela referida lei deveriam continuar sendo aplicados até que lei posterior estabelecesse nova base de cálculo.
4. Na ocasião determinou-se que a base de cálculo em questão ficaria congelada no “valor de dois salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado [daquela] decisão, de modo a desindexar o salário mínimo”.
5. Agravo regimental não provido.

Inq N. 3.526-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. DIFAMAÇÃO. CALÚNIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE.

1. Não oferecida a queixa-crime contra todas as pessoas que veicularam a notícia caluniadora e difamatória, há afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal.
2. Por outro lado, o querelante sequer trouxe aos autos a cópia da página da rede social em que foi veiculada a notícia, tendo juntado, tão somente, declaração de pessoa que visualizara a publicação.
3. Queixa-crime rejeitada.

**noticiado no Informativo 813*

AG. REG. NO ARE N. 846.326-RS

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL. ATAQUE SIMULTÂNEO POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO E POR INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA.

1. O incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Federais, cabível quando “*houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei*” (art. 14, *caput*, da Lei 10.259/01), possui natureza recursal, já que propicia a reforma do acórdão impugnado. Trata-se de recurso de interposição facultativa, com perfil semelhante ao dos embargos de divergência previstos no art. 546 do CPC e dos embargos previstos no art. 894, II, da CLT.
2. Embora se admita, em tese - a exemplo do que ocorre em relação àqueles embargos (CPC, art. 546, e CLT, art. 894, II) -, a interposição *alternativa* de incidente de uniformização de jurisprudência ou de recurso extraordinário, não é admissível, à luz do princípio da unirecorribilidade, a interposição *simultânea* desses recursos, ambos com o objetivo de reformar o mesmo capítulo do acórdão recorrido.
3. Apresentado incidente de uniformização de jurisprudência de decisão de Turma Recursal, o recurso extraordinário somente será cabível, em tese, contra o futuro acórdão que julgar esse incidente, pois somente então, nas circunstâncias, estará exaurida a instância ordinária, para os fins previstos no art. 102, III, da CF/88.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

EMB. DECL. NO AG. REG. NOS EMB. DIV. NOS EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 762.767-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MILITAR. PROCESSO SELETIVO INTERNO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DA POLÍCIA MILITAR DE PERNAMBUCO. MUDANÇA NA INTERPRETAÇÃO DO EDITAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DOS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.
2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).
4. *In casu*, o acórdão embargado restou assim ementado: “*Ementa: agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Processo seletivo interno. Formação de sargentos da polícia militar. Ausência de impugnação específica. Súmula STF 287. Ausência de demonstração do dissenso jurisprudencial. Mero traslado dos acórdãos paradigmas. Confronto estabelecido em face de decisão monocrática. Impossibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Súmula 287 do STF. Precedentes: RCL 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-152 de 15/8/08; ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 22/5/2013; e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Dje 7/5/2013. 2. A demonstração objetiva do alegado dissídio jurisprudencial mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e o ato embargado é imperiosa para o juízo de admissão dos embargos de divergência. 3. Inadmissíveis os embargos de divergência opostos com fundamento em decisões monocráticas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*”
5. Embargos de declaração **DESPROVIDOS.**

AG. REG. EM MS N. 31.820-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA À CORTE DE CONTAS. MODIFICAÇÃO POSTERIOR DA ESTRUTURA REMUNERATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA COISA JULGADA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A garantia fundamental da coisa julgada (CRFB/88, art. 5º, XXXVI) não resta violada nas hipóteses em que ocorrerem modificações no contexto fático-jurídico em que produzida, como as inúmeras leis que fixam novos regimes jurídicos de remuneração. Precedentes: MS 32.435, Redator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, DJe 15/10/2015, MS 31.642, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23/9/2014, MS 27.580-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 7/10/2013, MS 26.980-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 8/5/2014. 2. As vantagens remuneratórias pagas aos servidores inserem-se no âmbito de uma relação jurídica continuativa e, assim, a sentença referente a esta relação produz seus efeitos enquanto subsistir a situação fática e jurídica que lhe deu causa. A modificação da estrutura remuneratória ou a criação de parcelas posteriormente à sentença são fatos novos, não abrangidos pelos eventuais provimentos judiciais anteriores. 3. É cediço que a alteração, por lei, da composição da remuneração do agente público assegura-lhe somente a irredutibilidade da soma total antes recebida. Precedentes: RE 563.965/RN-RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20/3/2009, MS 24.784, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJe 25/6/2004. 4. *In casu*, o percentual de 28,86% foi posteriormente estendido aos servidores públicos civis pela MP nº 1.704/1998, que incorporou aos vencimentos ordinários o valor antes pago em separado, bem como sobrevieram diversas leis que reestruturaram as carreiras dos servidores públicos federais, de forma a absorver esse percentual. 5. A jurisprudência desta Corte se alinhou no sentido de que não se aplica o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 aos processos de registro de aposentadoria no Tribunal de Contas da União quando este ainda não houver ocorrido. Precedente: MS 32.435, Redator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, DJe 15/10/2015. 6. Agravo regimental a que se **NEGA PROVIMENTO.**

EMB. DECL. NO AG. REG. NOS EMB. DIV. NOS EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 700.493-PE

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MILITAR. ADICIONAL DE INATIVIDADE. INCORPORAÇÃO AO SOLDADO. LEI ESTADUAL Nº 10.426/1990. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.
2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).
4. *In casu*, o acórdão embargado restou assim ementado: “*Ementa: agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público militar. Adicional de inatividade. Incorporação ao soldado. Lei estadual 10.426/1990. Ausência de impugnação específica. Súmula STF 287. Ausência de demonstração do dissenso jurisprudencial. Mero traslado dos acórdãos paradigmas. Confronto estabelecido em face de decisão monocrática. Impossibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Súmula 287 do STF. Precedentes: RCL 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-152 de 15/8/08; ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 22/5/2013; e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Dje 7/5/2013. 2. A demonstração objetiva do alegado dissídio jurisprudencial mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e o ato embargado é imperiosa para o juízo de admissão dos embargos de divergência. 3. Inadmissíveis os embargos de divergência opostos com fundamento em decisões monocráticas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*”
5. Embargos de declaração **DESPROVIDOS.**

EMB. DECL. NO AG. REG. NOS EMB. DIV. NOS EMB. DECL. NO SEGUNDO AG. REG. NO AI N. 830.836-PE

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RETIFICAÇÃO DE APOSENTADORIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.
2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).
4. *In casu*, o acórdão embargado restou assim ementado: “*Ementa: agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no segundo*

agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional e administrativo. Retificação da aposentadoria. Ausência de impugnação específica. Súmula STF 287. Falta de demonstração do dissenso jurisprudencial. Mero traslado dos acórdãos paradigmas. Confronto estabelecido em face de decisão monocrática. Impossibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Súmula 287 do STF. Precedentes: RCL 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE-152 de 15/8/08; ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22/5/2013; e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7/5/2013. 2. A demonstração objetiva do alegado dissídio jurisprudencial mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e o ato embargado é imperiosa para o juízo de admissão dos embargos de divergência. 3. Inadmissíveis os embargos de divergência opostos com fundamento em decisões monocráticas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

5. Embargos de declaração DESPROVIDOS.

HC N. 125.267-SP

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA O INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO STJ. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ARTIGOS 33, C/C 40, I, E 35 DA LEI N. 11.343/2006. WRIT NO TRIBUNAL A QUO IMPETRADO CONTRA LIMINAR INDEFERIDA NO TRF-3. SOBREPOSIÇÃO A DUAS LIMINARES INDEFERIDAS. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DE MÉRITO NO TRF-3. PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.1. O julgamento do mérito do *habeas corpus* no Tribunal a quo de cuja impetração exsurgiu a liminar impugnada em *writs* impetrados no STJ e no STF, tribunais que também indeferiram as tutelas antecipadas, implica em prejuízo da liminar na presente ordem. Precedentes: HC 126661, Rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, DJe de 26/08/2015; HC 126030, Rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, DJe de 26/08/2015, e HC 122729, Rel. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe de 03/08/2015. **2.** *Ad argumentandum tantum*, a prisão cautelar deve preponderar sobre o princípio da presunção de inocência, posto apta a fazer cessar a atuação do expressivo empreendimento criminoso (HC 98.290, Relator o Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21/06/11; 104.608, Relatora a Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 01/09/11, e HC 101.854, Relator o Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 30/04/10), que em apenas uma operação traficou mais de uma tonelada de cocaína para a Europa (1.180,300kg - mil cento e oitenta quilos e trezentos gramas). **3.** *Writ* prejudicado em face do superveniente julgamento do mérito no TRF da 3ª Região, restando revogada a liminar e as extensões concedidas.

RHC N. 105.921-PE

REDATORA P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. QUADRILHA ARMADA. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. **2.** Inviável o exame da tese defensiva não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. **3.** Na via estreita do *habeas corpus*, incabível o exame minucioso dos fatos e provas da causa ensejadores da fixação das penas. Precedentes. **4.** Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

AG. REG. NA Rcl N. 19.837-MG

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental na reclamação. ADI nº 3.395/DF-MC. Vínculo de trabalho regido pela CLT. Competência da Justiça do Trabalho. ADI nº 2.135/DF-MC. Regime jurídico único. Efeito *ex nunc* da decisão cautelar. Ausência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo dos paradigmas da Corte. Agravo regimental não provido. **1.** É necessário haver aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. **2.** A decisão cautelar na ADI nº 3.395/DF estancou dúvida em torno da ampliação da competência da Justiça do Trabalho para alcançar causas envolvendo servidores que, até a alteração de redação do art. 114 da CF/88 pela EC nº 45/2004, estavam submetidos à jurisdição no âmbito da Justiça comum, dúvida essa decorrente da supressão do acréscimo aprovado pelo Senado Federal na redação do inciso I do art. 114 da CF/88 quando da publicação da EC nº 45/2004. **3.** A ADI nº 3.395/DF-MC não alcança as causas envolvendo vínculo de trabalho não temporário com o Poder Público regido pela CLT, cuja competência para a apreciação pelo Poder Judiciário recaía, conforme jurisprudência da Suprema Corte, sobre a Justiça especializada, por força do art. 114 da CF/88, em sua redação originária. **4.** Na ADI nº 2.135/DF-MC, em sede de juízo liminar, o STF assentou a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade formal da norma e deferiu provimento cautelar, após os Ministros da Suprema Corte ponderarem que a alteração da redação do dispositivo pela EC nº 19/98 teria possibilitado, no âmbito do mesmo ente federativo, a instituição de regimes jurídicos distintos (não “único”, como previsto na redação original) para seus trabalhadores. **5.** A decisão liminar na ADI nº 2.135/DF, portanto, não teve o condão i) de declarar inconstitucional os diplomas normativos que tiverem instituído as regras da CLT para a regência do vínculo entre a Administração Pública e seus servidores, tampouco, ii) de declarar a inconstitucionalidade de leis editadas antes da vigência da EC nº 19/98. **6.** Agravo regimental ao qual se nega provimento.

RHC N. 133.426-RJ

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO DA ARGUIÇÃO DE INÉPCIA. DENÚNCIA: ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCABÍVEL REEXAME DE PROVA PARA ACOLHER A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.1. A arguição de inépcia da denúncia está coberta pela preclusão quando, como na espécie, aventada após a sentença penal condenatória. **2.** As questões postas na presente impetração quanto à inépcia da denúncia não foram objeto de exame pela autoridade coatora. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido da impossibilidade de atuação jurisdicional quando pela decisão impugnada no *habeas corpus* não se tenha cuidado de matéria objeto do pedido apresentado na nova ação, sob pena de supressão de instância. **3.** A denúncia é peça técnica, devendo ser simples e objetiva. Nela se atribui a uma pessoa a responsabilidade penal por determinado fato. Há de conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, para propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal). **4.** Descritos na denúncia comportamentos típicos, ou seja, factíveis e obviados os indícios de autoria e materialidade delitivas, como se tem na espécie vertente, não se pode trancar a ação penal. **5.** Para decidir de forma diversa e acolher a alegação do Recorrente de que não haveria elementos para comprovar seu envolvimento na prática dos delitos imputados, seria preciso reexaminar fatos e provas dos autos, ao que não se presta o recurso ordinário em *habeas corpus*. **6.** Recurso ao qual se nega provimento.

HC N. 133.181-ES

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PRISÃO PREVENTIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora; (c) situação incompatível com o princípio da razoável duração

do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. 2. No caso, os pacientes aguardam há quase quatro anos pela realização da sessão plenária do júri, sem que o recurso em sentido estrito interposto contra a pronúncia tenha sido remetido ao Tribunal de Justiça estadual. 3. Ordem concedida, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

SEGUNDO AG. REG. NO RE N. 477.138-SC

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. INCIDÊNCIA SOBRE INSUMOS APLICADOS NA FABRICAÇÃO DE PRODUTO FINAL NÃO TRIBUTADO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.779/99. AUSÊNCIA DE DIREITO A CREDITAMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RE 562.980 (REL. P/ ACÓRDÃO MIN. MARCO AURÉLIO, PLENÁRIO, TEMA 49), SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Acórdãos Publicados: 641

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Práticas Homossexuais - Quartéis - Crime Militar - CPM (Art. 235) - Inconstitucionalidade (Transcrições)

(v. Informativo 819)

ADPF 291/DF*

RELATOR: Ministro Roberto Barroso

VOTO VENCIDO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Peço **vênia** para, em parte, **dissentir** do **brilhantíssimo** voto do eminente Relator, **pois**, **acompanhando a fundamentada manifestação** da eminente Ministra ROSA WEBER, **julgo integralmente procedente** a presente arguição de descumprimento, **que tem como objeto de impugnação** a norma **inscrita** no art. 235 do Código Penal Militar (CPM), que, **ao dispor** sobre a tipificação do crime de “Pederastia ou outro ato de libidinagem”, **assim dispõe**:

“**Art. 235.** Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.” (grifei)

Ao **assim decidir**, tenho em consideração **não apenas as razões** já expostas pela eminente Ministra ROSA WEBER, **mas, também, os fundamentos que invoquei em voto que proferi na ADI 4.277/DF, no qual me estendi** longamente sobre o tema, **notadamente** no tópico em que destaquei, **para efeito** de análise, **a questão pertinente** à “repressão ao ‘pecado nefando’: do ‘Liber Terribilis’ das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar”.

O tema ora em julgamento, Senhor Presidente, **mereceu magnífica abordagem feita** pela eminente Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, **que foi Presidente** do E. Superior Tribunal Militar, **em precioso trabalho intitulado** “Iguais, mas separados: os homossexuais e as Forças Armadas”, **de que reproduzo o seguinte e esclarecedor fragmento**:

“Na realidade, o problema da homossexualidade nas Forças Armadas não se centra no homossexual, mas nos heterossexuais que o estigmatizam. Neste contexto, o que seria mais razoável e justo: banir o indivíduo ou lutar contra o preconceito? A primeira providência (...) – banir o homossexual, excluindo-o de qualquer amparo jurídico – (...) seria o caminho mais fácil a se perfiar, mas não sob a ótica da legalidade, por afrontar os princípios constitucionais norteadores dos Ordenamentos Jurídicos brasileiro e internacional.” (grifei)

Com efeito, a questão da homossexualidade tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, **graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual, marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as** de direitos básicos, **em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador** do postulado da essencial dignidade do ser humano.

Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal **impôs** ao Brasil em nosso período colonial, **e analisarmos as punições cominadas no Livro V** das Ordenações do Reino, **conhecido** como “*liber terribilis*”, **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio **prodigalizava** a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa)** com que as autoridades da Coroa **perseguiram e reprimiram os homossexuais**.

É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por evidente **hostilidade** aos atos de sodomia, **também** qualificada como “*pecado nefando*” (**ou, na expressão literal** daqueles textos legislativos, **como** “*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”), **cominaram** sanções gravíssimas que viabilizavam, **até mesmo**, a imposição do “*supplicium extremum*” **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por “*desviantes*”, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, **em Dissertação de Mestrado** (“*Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*”, Niterói, UFF, 2010):

“As ‘*Ordenações do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastantes severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’*. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘*Ordenações Manuelinas*’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘*todos seus bens sejam confiscados para a Coroa dos Nossos Reynos [...]*, assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degradado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse

perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçãem; (...)'. As disposições ali registradas **valiam tanto** para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria em cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado':

(...)

Dois testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou 'vacilantes' foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as 'Ordenações Manuelinas' aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma 'Lei Extravagante', promulgada por D. Sebastião, ditava que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo cometerem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverança do peccado'. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios.' (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra "Confissões da Bahia"), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil"):

"As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis." (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula "Cum ad nihil magis", de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, "Religião e Ordem Social", "in" Revista de História das Ideias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "Os Equilíbrios Sociais do Poder", "in" História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), veio a ser fortalecido, naquele momento histórico, em suas graves consequências, pela forte e decisiva influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações – as denominadas resoluções tridentinas – exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo rememorar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):

"Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se', o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como 'tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio'.

Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos 'desvios morais', isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguiu a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus." (grifei)

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e

discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, **é que se impõe proclamar**, agora mais do que nunca, **que ninguém**, absolutamente ninguém, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica *por motivo de sua orientação sexual*.

Isso significa *que também os homossexuais têm* o direito de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico **instituído** pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual*.

Essa afirmação, **mais** do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório (ou punitivo), **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não, que integram a comunhão nacional*.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, **considerada** a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – **que já se mostra impregnado de densa significação histórica** –, **estará viabilizando** a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à **configuração** de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza **certamente** marcará, *uma vez mais*, a vida deste País **e imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

O reconhecimento da **inconstitucionalidade** da norma penal em questão (CPM, art. 235) **viabilizará a consecução** de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união de toda a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal* – **que põem termo** a injustas divisões fundadas em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal **e** à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, até agora, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** – *apoiando-se em valiosa hermenêutica emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade)* – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado *de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, em ordem a permitir* que se extraíam, *em favor das pessoas em geral e de parceiros homossexuais em particular*, relevantes consequências **no plano** do Direito, *notadamente* no campo do Direito Penal militar, **considerada a natureza da cláusula** de tipificação do “crime de pederastia” **tal como este** se acha definido no art. 235 do CPM.

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródomos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), **experimentando, desde então**, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos *que jamais se despojaram* da eiva do preconceito **e** da discriminação, **como resulta claro** da punição (pena de prisão) imposta, *ainda hoje*, por legislação especial, **que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito** das organizações castrenses (CPM, art. 235), **o que tem levado** alguns autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, “Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM”, “in” “Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, “Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?”, v.g.) **a sustentar a inconstitucionalidade material** de referida cláusula de tipificação penal, *não obstante* precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

É **precisamente** pelas razões que venho de invocar **que igualmente entendo caracterizada, na espécie ora em exame, hipótese de inconstitucionalidade material que infirma** a validade jurídica do art. 235 do Código Penal Militar.

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênia para acompanhar o douto voto da eminente Ministra ROSA WEBER.

É o meu voto.

*acórdão pendente de publicação

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

25 a 29 de abril de 2016

Lei nº 13.274, de 26.4.2016 - Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, para dispor sobre operações de financiamento habitacional com desconto ao beneficiário concedido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS para aquisição de imóveis no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV construídos com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 79, p. 1, em 27.4.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

25 a 29 de abril de 2016

Decreto nº 8.724, de 27.4.2016 - Institui o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e cria o seu Conselho Deliberativo, no âmbito do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 80, p. 17, em 28.4.2016.

Decreto nº 8.725, de 27.4.2016 - Institui a Rede Intersetorial de Reabilitação Integral e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 80, p. 18, em 28.4.2016.

Decreto nº 8.726, de 27.4.2016 - Regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 80, p. 18, em 28.4.2016.

Decreto nº 8.727, de 28.4.2016 - Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 82, p. 1, em 29.4.2016.

Informativo 824

SUMÁRIO

Plenário

- Fazenda Pública e atuação em juízo - 1
- Fazenda Pública e atuação em juízo - 2
- Fazenda Pública e atuação em juízo - 3
- Parlamentar e afastamento do cargo - 1
- Parlamentar e afastamento do cargo - 2
- Parlamentar e afastamento do cargo - 3
- Parlamentar e afastamento do cargo - 4

1ª Turma

- Crime militar: expedição de carta precatória e interrogatório de réu solto
- Pensão por morte à ex-companheira e à ex-esposa

2ª Turma

- Furto qualificado e causa de aumento de pena
- Vício em inquérito policial e nulidade de ação penal
- HC e impedimento ou suspeição de magistrado
- Ação civil pública e usurpação de competência do STF

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

- Defensoria Pública - Ação Civil Pública - Legitimidade Ativa - Creches Escolares
- Implantação (RE 733.433/MG)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Fazenda Pública e atuação em juízo - 1

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face dos artigos 4º e 10 da Medida Provisória 2.102-27/2001. O art. 4º acrescentara os artigos 1º-B e 1º-C à Lei 9.494/1997 (“Art. 1º-B. O prazo a que se refere o “caput” dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias. Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”). Já o art. 10, também impugnado na ação, inserira parágrafo único ao art. 741 do CPC/1973 (“Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”). A Corte destacou, de início, que não teria havido a perda de objeto da ação, relativamente ao parágrafo único do art. 741 do CPC/1973, revogado pela Lei 13.105/2015, que estatui um novo Código. A matéria disciplinada no referido dispositivo teria recebido tratamento normativo semelhante, embora não igual, nos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525 do novo CPC. As alterações sofridas pela norma em questão — que cuidaram apenas de adjetivar o instituto da inexigibilidade por atentado às decisões do STF — não teriam comprometido aquilo que ela teria de mais substancial, ou seja, a capacidade de interferir na coercitividade de títulos judiciais. Este seria, de fato, o aspecto objeto de impugnação pelo autor da ação direta, para quem o instituto frustraria a garantia constitucional da coisa julgada. Portanto, não havendo desatualização significativa no conteúdo do instituto, não haveria obstáculo para o conhecimento da ação (ADI 2.501/MG, DJe de 19.12.2008). No mérito, o Plenário afirmou que a ampliação de prazo para a oposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública, inserida no art. 1º-B da Lei 9.494/1997, não violaria os princípios da isonomia e do devido processo legal. Isso porque o estabelecimento de tratamento processual especial para a Fazenda Pública, inclusive em relação a prazos diferenciados, quando razoáveis, não constituiria propriamente restrição a direito ou prerrogativa da parte adversa, mas buscaria atender ao princípio da supremacia do interesse público. Por outro lado, a fixação do prazo de trinta dias para a Fazenda apresentar embargos à execução não poderia ser tido como irrazoável. Afinal, tratar-se-ia de prazo idêntico ao que tem o particular para apresentar esses mesmos embargos nas execuções fiscais contra ele movidas pela Fazenda Pública, conforme estatuído pelo art. 16 da Lei 6.830/1980. A rigor, portanto, sequer haveria diferença de tratamento normativo entre as pessoas privadas e as de direito público.

ADI 2418/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 4.5.2016. (ADI-2418)

Fazenda Pública e atuação em juízo - 2

A Corte asseverou também que a fixação do prazo prescricional de 5 anos para os pedidos de indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, constante do art. 1º-C da Lei 9.494/1997, igualmente não violaria dispositivo constitucional. Esse preceito teria simplesmente reproduzido o que já dispunha o art. 1º do Decreto 20.910/1932. A única novidade teria sido incluir, entre os destinatários da norma, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, atribuindo-lhes o mesmo regime prescricional das pessoas jurídicas de direito público. A equiparação se justificaria em razão do que disposto no § 6º do art. 37 da CF, que expressamente equipara essas entidades às pessoas de direito público relativamente ao regime de responsabilidade civil pelos atos praticados por seus agentes. Outrossim, o CC/2002 estabelecera prazo prescricional de apenas 3 anos para “a pretensão de reparação civil” (art. 206, § 3º, V). Portanto, considerando o atual estágio normativo civil, a norma atacada, antes de beneficiar, seria, na verdade, desvantajosa para a Fazenda Pública e as empresas concessionárias de serviço público. Por fim, não haveria igualmente como negar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC/1973, bem como dos correspondentes dispositivos do CPC/2015 (art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, e art. 535, § 5º). Seriam dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, apenas agregariam ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais, em tudo semelhante às hipóteses de ação rescisória (CPC/1973, art. 485, V; CPC/2015, art. 966, V). O instituto da coisa julgada, embora de matriz constitucional, teria sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual seria conferida a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que o instituto cedesse passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição. A interpretação literal do dispositivo em comento apontaria a existência de três vícios de inconstitucionalidade, na sentença exequenda, a permitir a utilização do mecanismo nele previsto: a) a aplicação de lei inconstitucional; b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, c) a aplicação da lei com um sentido — uma interpretação — inconstitucional. Haveria um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. Entretanto, considerado o atual sistema de controle de constitucionalidade e os efeitos das sentenças do STF dele decorrentes, constatar-se-ia a existência de outra situação, implícita, que autorizaria a invocação da inexigibilidade da obrigação contida no título executivo judicial: quando a sentença exequenda reconhecesse a inconstitucionalidade de norma que o STF tiver declarado constitucional.

ADI 2418/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 4.5.2016. (ADI-2418)

Fazenda Pública e atuação em juízo - 3

O Plenário ressaltou que, por outro lado, seria indispensável à aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC — ou dos correspondentes dispositivos do novo CPC/2015 — que a sentença exequenda tivesse dirimido a questão constitucional em

sentido contrário ao que decidido pelo STF. No regime do CPC/1973 não haveria distinção entre ser o precedente anterior ou superveniente à sentença exequenda, apesar de que, na hipótese de precedência da decisão do STF, ficaria evidenciado o desrespeito à autoridade da Suprema Corte. No atual regime — CPC/2015 —, sendo a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda, caberia ação rescisória, com prazo contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo. Desse modo, a inexigibilidade do título executivo a que se refere o referido dispositivo se caracterizaria exclusivamente nas hipóteses em que: a) a sentença exequenda estivesse fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, fosse por aplicar norma inconstitucional, fosse por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; b) a sentença exequenda tivesse deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tivesse decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido em relação ao vício de inconstitucionalidade formal. Isso se daria porque a medida provisória em questão portaria defeitos alusivos aos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Ademais, julgava o pedido procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade material das mudanças procedidas pela medida provisória relativamente: a) ao prazo dos embargos à execução; e b) à inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF.

ADI 2418/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 4.5.2016. (ADI-2418)

Parlamentar e afastamento do cargo - 1

Por reputar que os elementos fáticos e jurídicos teriam demonstrado que a presença de parlamentar na função de Presidente da Câmara dos Deputados representaria risco para as investigações penais sediadas no Supremo Tribunal Federal, o Plenário referendou medida cautelar deferida em ação cautelar ajuizada pelo Procurador-Geral da República, no âmbito de inquéritos já instaurados na Corte. A decisão referendada decretara a suspensão do exercício do mandato de deputado federal e, em decorrência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. O Tribunal também determinou que fosse notificado o Primeiro-Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, ou, na sua ausência, o Segundo-Vice-Presidente (Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 18), do inteiro teor da presente decisão, a fim de dar-lhe cumprimento, nos termos regimentais próprios. Na espécie, embora se tratasse de providência inserida no rol das competências originárias do relator das ações penais (Lei 8.038/1990, art. 2º, “caput” e parágrafo único), a decisão fora levada a referendo do Plenário pela relevância institucional de suas consequências. O Colegiado reputou que de forma minuciosa o Ministério Público Federal descrevera diversos fatos supostamente criminosos e praticados com desvio de finalidade, sob a atuação direta do referido parlamentar que estaria a utilizar o cargo de deputado federal e a função de Presidente da Câmara dos Deputados para fins ilícitos e, em especial, para obtenção de vantagens indevidas. Apontou que a reforma positivada pela Lei 12.403/2011 no CPP trouxe alterações quanto à decretação de medidas de cautela, entre as quais o estabelecimento da preferencialidade do uso de meios alternativos à prisão preventiva. É o que dispõe o art. 282, § 6º da referida norma [“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: ... § 6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”]. Entretanto, o cabimento da medida suspensiva reclama inevitável leitura a respeito da existência de riscos que possam transcender a própria instância processual penal, sobretudo quando se tratar do exercício de funções públicas relevantes. Nestes casos, a decretação da medida servirá a dois interesses públicos indivisíveis: a) a preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado); e b) a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita).

AC 4070/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 5.5.2016. (AC-4070)

Parlamentar e afastamento do cargo - 2

O relator lembrou que o CPP tutela igualmente e a um só tempo o risco tanto da prática da delinquência no poder quanto do uso do poder para delinquir (“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: ... 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”). Esclareceu que compete a cada uma das Casas Parlamentares a grave missão institucional de decidir sobre a cassação do título que investe deputados e senadores nos poderes inerentes à representação popular. Isso implica admitir por mais excêntrico que possa parecer à consciência cívica em geral que um mandato parlamentar pode vir a subsistir ainda quando o seu titular tenha tido seus direitos políticos suspensos pela justiça, por decisão transitada em julgado (“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; ... VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. ... § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”). O preceito trabalha com uma lógica de harmonia entre Poderes, que não interdita o funcionamento de qualquer um deles. Pelo contrário, permite que cada um funcione dentro de suas respectivas competências. O Poder Judiciário se pronuncia quanto à formação da culpa, enquanto o Poder Legislativo se manifesta sobre a cessação do mandato, cabendo a esta última instância justificar o seu entendimento sobre a subsistência de vínculo de representatividade já debilitado no seu substrato de legitimidade diante dos apelos da opinião pública. Segundo o Plenário, a

ascensão política do investigado à posição de Presidente da Câmara, além de não imunizá-lo de eventuais medidas penais de caráter cautelar, concorre para que o escrutínio a respeito do cabimento dessas medidas seja ainda mais aprofundado. Afinal, de acordo com o art. 282, II, do CPP, o exame deve considerar as condições pessoais do agente, o que remete, quando a medida postulada for aquela do art. 319, VI, do mesmo Código, a investigação sobre a realidade de Poder em que ele está inserido (“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: ... II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”). Por óbvio, quando se trata de responsabilidades da liderança de uma das duas Casas Legislativas mais importantes da Nação, que exige escrúpulos compatíveis com a sua altíssima honorabilidade, mais intensa deve ser a crítica judiciária a respeito da presença de riscos para o bom desenvolvimento da jurisdição penal. Depoimentos de testemunhas, documentos e mensagens em telefones celulares demonstraram a atuação do parlamentar que, de forma reiterada, agiria com aparente desvio de finalidade e para o alcance de fins ilícitos, entre eles o recebimento ilícito de valores expressivos. Ainda, teria o parlamentar colocado seus aliados em cargos chaves de importante CPI para fins de constranger colaboradores, bem como para evitar que ele próprio fosse investigado, além de desqualificar pessoas, empresas e políticos que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação dos crimes.

AC 4070/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 5.5.2016. (AC-4070)

Parlamentar e afastamento do cargo - 3

O Colegiado considerou que os episódios narrados configurariam caso típico de abuso de poder que merece a intervenção do Judiciário, sob pena de comprometer o resultado final da investigação e, portanto, da aplicação da lei penal. Destacou o fato de que o cumprimento de qualquer diligência investigatória na Câmara dos Deputados deve ser precedido de autorização de sua Mesa Diretora, que é presidida pelo parlamentar em questão. Ou seja, a produção de provas em relação a eventuais ilícitos praticados pelo Presidente da Câmara dependeria de prévia autorização do próprio investigado. Ainda que a perfeita interação entre os Poderes seja a situação idealizada como padrão pela Constituição, que deles exige harmonia, isso se manifesta claramente impossível quando o investigado é, como no caso, o próprio Presidente da Mesa Diretora. Portanto, embora não seja a prévia autorização do Parlamento um pressuposto de validade do ato investigatório, porque ausente previsão constitucional que malfira a jurisdição do STF, não há dúvida de que a condição de investigado do Presidente da Câmara compromete a harmonia entre os Poderes da República. Ainda que não seja o momento de se formular juízo definitivo acerca dos fatos narrados, há indícios de que o requerido, na condição de parlamentar e, mais ainda, na de Presidente da Câmara dos Deputados, tem meios e é capaz de efetivamente obstruir a investigação e a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que, indiretamente, o regular trâmite da ação penal em curso no STF, assim como das diversas investigações existentes nos inquéritos regularmente instaurados. Frisou haver fato superveniente ao pedido ora analisado consistente no fato de o Conselho de Ética daquela Casa Legislativa haver admitido a representação formulada em desfavor do requerido. Além disso, o estado de suspeição que paira sobre a figura do atual ocupante da presidência da Casa Legislativa — formalmente acusado por infrações penais e disciplinares — contracena negativamente com todas suas responsabilidades, principalmente quando há ponderáveis elementos indiciários a indicar que ele articulou uma rede de obstrução contra as instâncias de apuração dos pretensos desvios de conduta que lhe são imputados.

AC 4070/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 5.5.2016. (AC-4070)

Parlamentar e afastamento do cargo - 4

A presença do requerido na função por ele ora ocupada além representar risco para as investigações penais sediadas no Supremo Tribunal Federal, é um peyorativo que conspira contra a própria dignidade da instituição por ele liderada. O exercício do cargo, nas circunstâncias indicadas, compromete a vontade da Constituição, sobretudo a que está manifestada nos princípios de probidade e moralidade que devem governar o comportamento dos agentes políticos. A Corte asseverou que todo ocupante de mandato tem ao menos dois compromissos a respeitar: um deles é com os seus representados; o outro é com o do projeto de país que ele se obriga a cumprir ao assumir sua função pública. A atividade parlamentar só poderá ser exercida, com legitimidade, se for capaz de reverenciar essas duas balizas. Se os interesses populares vierem a se revelar contrários às garantias, às liberdades e ao projeto de justiça da Constituição, lá estará o STF para declará-los nulos, pelo controle de constitucionalidade. No entanto, não são apenas os produtos legislativos que estão submetidos ao controle judicial. Também o veículo da vontade popular — o mandato — está sujeito a controle. A forma preferencial para que isso ocorra é pelas mãos dos próprios parlamentares. Mas, em situações de excepcionalidade, em que existam indícios concretos a demonstrar riscos de quebra da respeitabilidade das instituições, é papel do STF atuar para cessá-los, garantindo uma república para os comuns, e não uma comuna de intocáveis. O Tribunal concluiu que, em razão dos fatos descritos, a medida postulada mostra-se necessária, adequada e suficiente.

AC 4070/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 5.5.2016. (AC-4070)

PRIMEIRA TURMA

Crime militar: expedição de carta precatória e interrogatório de réu solto

Ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, a Primeira Turma concedeu “habeas corpus” de ofício para a extinguir a punibilidade do paciente (CPM, art. 125, VI). Tratava-se de “writ” em que se sustentava a nulidade do processo a partir do interrogatório realizado via carta precatória, assim como a aplicação da atenuante da confissão espontânea, cujo reconhecimento constituiria direito subjetivo do paciente à redução de pena. O impetrante argumentava não haver previsão legal ou qualquer fundamentação no despacho em que determinada a realização do ato deprecado. Apontava a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da flexibilização do princípio da identidade física do juiz. O Colegiado considerou que o paciente respondera ao processo em liberdade. Uma vez solto, não é ônus do Estado providenciar o transporte até a sede do órgão julgador para, lá, ser interrogado. Acrescentou que, embora o Código de Processo Penal Militar não preveja a expedição de carta precatória para inquirir acusado, e sim citá-lo, tampouco a veda. Presente a lacuna observa-se a incidência subsidiária da legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar (CPM, art. 3º, “a”). Além disso, entendeu que a atenuante da confissão, nos termos do Código Penal Militar, está vinculada à revelação da autoria criminosa ignorada ou imputada a outrem. Por outro lado, tal atenuante de pena prevista no art. 65, III, “d”, do CP exige apenas a espontaneidade, mas não alcança a legislação militar, em virtude do critério da especialidade. Isso porque não afasta a razão de ser da minorante, qual seja, elucidar a verdade real.

HC 115189/AM, rel. Min. Marco Aurélio, 3.5.2016. (HC-115189)

Pensão por morte à companheira e à ex-esposa

Não constitui requisito legal para a concessão de pensão por morte à companheira que a união estável seja declarada judicialmente, mesmo que vigente formalmente o casamento. Dessa forma, não é dado à Administração Pública negar o benefício apenas com base nesse fundamento, sem deixar, porém, de averiguar, no âmbito administrativo, a separação de fato e a união estável. Com base nessa orientação, a Primeira Turma confirmou a medida liminar e concedeu a ordem em mandado de segurança para anular acórdão do TCU e restabelecer a pensão por morte da impetrante em concorrência com a viúva de ex-servidor público. Na espécie, o TCU negara registro à pensão por morte concedida à impetrante que a percebia há mais de dez anos em concorrência com a viúva. Segundo aquela Corte de Contas, não existiria decisão judicial a confirmar a união estável e a separação de fato. A Turma esclareceu que por via processual administrativa o órgão pagador do servidor falecido reconheceu a união estável e concedera-lhe a pensão por morte em concurso com a ex-esposa. Em preliminar, a Turma rejeitou a alegação de decadência do direito de revisão do ato administrativo. Anotou que o decurso de mais de cinco anos decorridos da entrada do processo no TCU não implicaria decadência do direito de rever o ato analisado, mas apenas a obrigatoriedade de se dar oportunidade de contraditório. Destacou que não se discutia nesses autos a possibilidade de rateio da pensão, muito menos a efetiva comprovação da união estável – reconhecida pela esfera administrativa e não afastada pelo ato impugnado. A questão cingiu-se à legalidade de se exigir decisão judicial a reconhecer a união estável e a separação de fato como requisitos para a concessão da pensão por morte. Frisou que o Código Civil dispõe não haver impedimento ao reconhecimento da união estável se a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente (“Art. 1.723 ... § 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”). A separação de fato, por definição, também seria situação que não dependeria de reconhecimento judicial para a sua configuração, tanto que a lei utiliza tal expressão em oposição à separação judicial. Salientou, ainda, que a Lei 8.112/1990, ao tratar da pensão por morte do servidor em favor do companheiro dependente não exige que a prova da união estável seja feita mediante decisão judicial. Por fim, sublinhou que a situação dos autos seria diversa da decidida no RE 397.762/BA (DJe de 12.9.2008), em que não havia separação de fato, mas relações concomitantes. Tal tema, no entanto, não está em discussão no presente julgamento.

MS 33008/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 3.5.2016. (MS-33008)

SEGUNDA TURMA

Furto qualificado e causa de aumento de pena

A Segunda Turma iniciou julgamento de “habeas corpus” em que se discute a possibilidade de incidência da causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) ao crime de furto praticado na forma qualificada (CP, art. 155, § 4º). O Ministro Dias Toffoli (relator) denegou a ordem. Destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade das causas privilegiadas de furto (CP, art. 155, § 2º) com a sua modalidade qualificada. Além disso, a inserção pelo legislador do dispositivo da majorante antes das qualificadoras não inviabilizaria a aplicação da majorante do repouso noturno na forma qualificada de furto. Acrescentou que, de acordo com a análise dos tipos penais, a única estrutura permanente e inatingível diz respeito ao “caput”, representativo da figura básica do delito. Ademais, deve-se interpretar a cada um dos parágrafos constantes do tipo, de acordo com a sua natureza jurídica, jamais pela sua singela posição ocupada topograficamente. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

HC 130952/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 3.5.2016. (HC-130952)

Vício em inquérito policial e nulidade de ação penal

É incabível a anulação de processo penal em razão de suposta irregularidade verificada em inquérito policial. Esse o entendimento da Segunda Turma, que, ao reafirmar a jurisprudência assentada na matéria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pleiteava a anulação de atos praticados em inquérito policial presidido por delegado alegadamente suspeito. Precedentes citados: RHC 43.878/SP (DJU de 5.4.1967) e HC 73.271/SP (DJU de 4.10.1996).

RHC 131450/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2016. (RHC-131450)

HC e impedimento ou suspeição de magistrado

A jurisprudência do STF assenta a impossibilidade de interpretação criadora de causas de impedimento e suspeição. Com base nessa tese, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se alegava impedimento ou suspeição de desembargador federal para o julgamento de apelação e “habeas corpus”, tendo em conta o fato de ele haver exercido a função de corregedor regional da Justiça Federal em processo administrativo instaurado em desfavor do recorrente.

RHC 131735/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2016. (RHC-131735)

Ação civil pública e usurpação de competência do STF

A Segunda Turma iniciou julgamento de reclamação ajuizada em face de decisão proferida por juiz de primeiro grau, que, ao julgar procedente ação civil pública, determinara a interrupção do pagamento, estabelecido em norma de Constituição estadual, de subsídio mensal e vitalício a ex-governadores. O reclamante sustenta que essa decisão teria usurpado a competência do STF prevista no art. 102, I, “a”, da CF [“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”]. O Ministro Dias Toffoli (relator) julgou procedente a reclamação, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki. O relator destacou que, conforme o disposto na Lei 7.347/1985, a ação civil pública, enquanto instrumento processual próprio à defesa de interesses difusos e coletivos, poderia ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), sendo que a sentença civil proferida faria coisa julgada “erga omnes” (art. 16). Outrossim, a ação civil pública constituiria ação de responsabilidade por danos materiais e patrimoniais causados a determinados bens jurídicos estabelecidos na referida legislação. Contudo, na ação civil pública em comento — cujo objeto seria o processo legislativo de edição de emenda a Constituição estadual, e cujas causas de pedir seriam o excesso no poder de legislar e o desrespeito ao art. 37 da CF pelos integrantes do Poder Legislativo estadual — não teriam sido deduzidos pedidos referentes à responsabilização dos legisladores estaduais responsáveis pelos atos imputados de ilegais. De outra forma, embora não tivessem sido apresentados argumentos referentes à participação dos beneficiários do suposto desrespeito ao art. 37 da CF, são os ex-governadores os indicados para integrar o polo passivo da lide. Essa perspectiva, associada à compreensão de outros argumentos enumerados na inicial da ação — impossibilidade de equiparação da pensão paga aos ex-governadores a benefícios de natureza previdenciária e ilegitimidade da perpetuação do pagamento de “concessões graciosas do Poder Público” —, evidenciariam que a norma estadual em comento constituiria o objeto da ação civil pública. Já a declaração de inconstitucionalidade seria, de fato, o pedido final da ação, do que decorreria a cessação do pagamento da pensão vitalícia em razão da supressão de eficácia normativa do dispositivo. Assim, a pretensão final deduzida na citada ação estaria dissociada da natureza típica das ações de responsabilização civil, aproximando-se seus efeitos àqueles típicos do controle concentrado de constitucionalidade. O relator apontou, por fim, a existência de ação direta de inconstitucionalidade em trâmite na Corte (ADI 4.601/MT), cujo objeto é o mesmo ato normativo impugnado na ação civil pública em questão. Em seguida, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia.

Rcl 19662/MT, rel. Min. Dias Toffoli, 3.5.2016. (Rcl-19662)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	4.5.2016	5.5.2016	2
1ª Turma	3.5.2016	—	120
2ª Turma	3.5.2016	—	62

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 2 a 6 de maio de 2016

**REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 955.564-SC
RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI**

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEGURO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE (DPVAT). INDENIZAÇÃO. DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA NO PERÍODO ENTRE O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA 340/06 E A OCORRÊNCIA DO SINISTRO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à correção monetária da indenização do Seguro DPVAT, no período entre o advento da MP 340/06 e a ocorrência do sinistro.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

2 a 6 de maio de 2016

AG. REG. NO ARE N. 935.095-SP

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, XXXVI E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO JURÍDICO PERFEITO, COISA JULGADA E DIREITO ADQUIRIDO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 29.8.2013.

1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, XXXVI e LV, da Lei Maior, nos moldes com que solvida a controvérsia pelas instâncias de origem, bem como observados os limites com que devolvida a matéria à apreciação deste Supremo Tribunal Federal, demandaria vedada incursão na legislação infraconstitucional aplicada ao caso (art. 102 da Constituição da República).
2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.
3. Agravo regimental conhecido e não provido.

AG. REG. NA Rcl N. 23.114-MG

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. ADC 16. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA FUNDAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.
2. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.
3. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013.
4. A ausência de juízo de inconstitucionalidade acerca da norma citada na decisão impugnada afasta a violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 860.851-CE

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE.

1. Inexistente descompasso lógico entre os fundamentos adotados e a conclusão do julgado, a afastar a tese veiculada nos embargos declaratórios de que contraditório ou obscuro o *decisum*.
2. Não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado.
3. Ausente contradição, omissão e obscuridade, justificadoras da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 535 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência.
4. Embargos de declaração não providos.

HC N. 122.313-SP

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGA. ENCAMINHAMENTO PARA O REGIME FECHADO. INCOMPATIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. REGIME ABERTO. PRISÃO DOMICILIAR.

1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei.
2. É direito do apenado o cumprimento da pena imposta em unidade prisional compatível com o regime fixado no decreto condenatório.
3. Diante da inexistência de vaga em estabelecimento adequado, é assegurado ao condenado o cumprimento da pena em regime mais benéfico até que surja a disponibilidade em unidade compatível com a sua condenação.
4. Há evidente constrangimento ilegal quando, justificada na ausência de vaga coadunável, o apenado é encaminhado para cumprimento da pena em regime

mais gravoso que aquele fixado no édito condenatório.

5. *Writ* não conhecido, mas com concessão da ordem, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de cumprir a pena no regime inicial semiaberto, ao qual foi condenado, e, na falta de vaga, sucessivamente, no regime aberto ou em prisão domiciliar, até o surgimento da disponibilidade em unidade compatível com o intermediário.

AG. REG. NO ARE N. 916.727-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Artigo 93, inciso IX, da CF. Violação. Não ocorrência. Coisa julgada. Limites objetivos. Análise de pressupostos de admissibilidade. Ausência de repercussão geral. Reserva de plenário. Inexistência de declaração de inconstitucionalidade. Precedentes.

1. Não procede a alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente.
2. Não se presta o recurso extraordinário para a verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional.
3. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 598.365/MG, Relator o Ministro **Ayres Britto**, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo a pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros tribunais, dado o caráter infraconstitucional da matéria.
4. O Tribunal de origem não declarou a inconstitucionalidade de leis, nem afastou a aplicação dessas sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal. Ausência de violação do art. 97 da Constituição.
5. Agravo regimental não provido.

AG. REG. NO ARE N. 929.898-PA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do consumidor. Direito Civil. Danos morais. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva. Nexo de causalidade configurado. Prequestionamento. Ausência. Princípios da legalidade, da prestação jurisdicional, do ato jurídico perfeito e do devido processo legal. Ofensa reflexa. Legislação infraconstitucional. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.
2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República.
3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas da causa. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.
4. Agravo regimental não provido.

AG. REG. NO ARE N. 937.232-BA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor público militar. Exclusão da corporação. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Artigo 93, inciso IX, da CF. Violação. Não ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade.
2. Não houve violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada mediante decisão suficientemente fundamentada, não obstante tenha sido contrária à pretensão do ora agravante, tendo o Tribunal de origem apresentado suas razões de decidir.
3. O Tribunal de origem consignou, com fundamento nos fatos e nas provas dos autos, que o ato administrativo praticado não se encontra em consonância com o acervo fático-probatório apurado.
4. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.
5. Agravo regimental não provido.

AG. REG. NO ARE N. 852.785-RJ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na transferência interestadual de bens do ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa. Precedentes: Agravo de Instrumento nº 810.921/RJ, Primeira Turma, de minha relatoria, Diário da Justiça de 24 de março de 2013. Recurso Extraordinário com Agravo nº 736.946/RS, Segunda Turma, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de outubro de 2014.

AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

AG. REG. NO ARE N. 934.055-RJ

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE METROVIÁRIO. ASSALTO ÀS BILHETERIAS. MORTE DE MENOR. CONSEQUÊNCIA DO DESEMBOLAR DA AÇÃO CRIMINOSA. NEGLIGÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE E DANOS COMPROVADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 17.3.2011.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
2. Inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.
3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
4. Agravo regimental conhecido e não provido.

AG. REG. NO ARE N. 952.760-RJ

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE, ANTE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E A IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS DO CONTADOR FORMULADOS PELO RÉU, NADA PROVEU. PRECLUSÃO DE ANTERIOR DECISÃO QUE DETERMINOU A ATUALIZAÇÃO DOS CÁLCULOS DA INDENIZAÇÃO DEVIDA AO ORA

AGRAVADO COM OBSERVÂNCIA DA INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS A CONTAR DA OCUPAÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 283/STF. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 09.4.2013.

1. A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, "a", da Lei Maior.
2. A jurisprudência desta Suprema Corte não admite recurso extraordinário contra acórdão que contém fundamento infraconstitucional suficiente e este se torna imodificável. Aplicação da Súmula nº 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Precedentes.
3. Agravo regimental conhecido e não provido.

**AG. REG. NO RE N. 390.536-SP
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova.

PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de entendimento. O instituto visa o cotejo indispensável a que se diga enquadrado o recurso extraordinário no permissivo constitucional.

**AG. REG. NO ARE N. 913.126-RS
RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI**

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Policial aposentado nos termos da Lei Complementar Federal nº 51/85. Recepção pela CF/88. Abono de permanência. Percepção. Possibilidade. Requisitos para concessão do benefício. Preenchimento. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que o art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 51/85 foi recepcionado pela Constituição Federal.
2. A Corte já se pronunciou no sentido de que a Constituição não veda a extensão do direito ao abono de permanência para servidores públicos que se aposentam com fundamento no art. 40, § 4º, da CF.
3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.
4. Agravo regimental não provido.

**EMB. DECL. NO AG. REG. NOS EMB. DIV. NOS EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 824.894-PE
RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MILITAR. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.
2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).
4. In casu, o acórdão embargado restou assim ementado: "Ementa: agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público militar. Promoção por antiguidade. Ausência de impugnação específica. Súmula STF 287. Ausência de demonstração do dissenso jurisprudencial. Mero traslado dos acórdãos paradigmas. Confronto estabelecido em face de decisão monocrática. Impossibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Súmula 287 do STF. Precedentes: RCL 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-152 de 15/8/08; ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22/5/2013; e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7/5/2013. 2. A demonstração objetiva do alegado dissídio jurisprudencial mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e o ato embargado é imperiosa para o juízo de admissão dos embargos de divergência. 3. Inadmissíveis os embargos de divergência opostos com fundamento em decisões monocráticas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. "
5. Embargos de declaração **DESPROVIDOS.**

**AG. REG. NO ARE N. 869.054-RN
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.

PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de entendimento. O instituto visa o cotejo indispensável a que se diga enquadrado o recurso extraordinário no permissivo constitucional.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

**AG. REG. NO RE N. 946.915-RS
RELATORA: MIN. ROSA WEBER**

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/1997. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 626.489-RG/SE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 17.02.2015. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Ao julgamento de mérito do RE 626.489-RG/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, o Tribunal Pleno concluiu que "[...] o prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista, e que tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição". 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

Acórdãos Publicados: 319

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Defensoria Pública - Ação Civil Pública - Legitimidade Ativa - Creches Escolares - Implantação (Transcrições)

(v. Informativo 806)

RE 733.433/MG*

RELATOR: Ministro Dias Toffoli

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Reconheço a plena legitimidade ativa da Defensoria Pública **para ajuizar ação civil pública que tenha por objetivo** viabilizar a proteção jurisdicional de direitos **impregnados de metaindividualidade**, de que sejam titulares, *como sucede na espécie*, **pessoas necessitadas**.

Tenho para mim que o exame do presente litígio constitucional **impõe** que se façam algumas considerações prévias *em torno da significativa importância de que se reveste, em nosso sistema normativo e nos planos* jurídico, político e social, **a Defensoria Pública**, elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, **essencial** à função jurisdicional do Estado, **e reconhecida** como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas, **tal como esta Suprema Corte já o proclamou no julgamento final da ADI 2.903/PB, de que eu próprio fui Relator**.

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, **a essencialidade** da Defensoria Pública **como instrumento de concretização** dos direitos e das liberdades **de que também são titulares** as pessoas carentes e necessitadas. **É por esse motivo** que a Defensoria Pública **foi qualificada** pela própria Constituição da República **como instituição essencial** ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado.

Não se pode perder de perspectiva que a **frustração** do acesso ao aparelho judiciário do Estado **motivada pela injusta omissão** do Poder Público – que, **sem razão**, **deixa de adimplir** o dever de conferir **expressão concreta** à norma constitucional **que assegura** aos necessitados **o direito** à orientação jurídica e à assistência judiciária – **culmina** por gerar situação socialmente **intolerável** e juridicamente **inaceitável**.

Lamentavelmente, o povo brasileiro **continua não tendo acesso pleno** ao sistema de administração da Justiça, **não obstante** a experiência **altamente positiva** dos Juizados Especiais, cuja implantação efetivamente **vem aproximando** o cidadão comum do aparelho judiciário do Estado. **É preciso, no entanto, dar passos mais positivos** no sentido de atender à justa reivindicação da sociedade civil **que exige** do Estado **nada mais** senão o simples e puro cumprimento **integral** do dever **que lhe impôs** o art. 134 da Constituição da República.

Cumprir, desse modo, ao Poder Público **dotar-se** de uma organização formal e material **que lhe permita realizar**, na expressão concreta de sua atuação, **a obrigação constitucional** mencionada, **proporcionando**, efetivamente, **aos necessitados** plena orientação jurídica e integral assistência judiciária, **para que** os direitos e as liberdades das pessoas atingidas **pelo injusto estigma** da exclusão social **não se convertam** em proclamações inúteis **nem se transformem** em expectativas vãs.

A questão da Defensoria Pública, **portanto, não pode** (e não deve) ser tratada **de maneira inconsequente**, porque de sua **adequada** organização e efetiva institucionalização **depende** a proteção jurisdicional **de milhões** de pessoas – **carentes e desassistidas** –, que sofrem **inaceitável** processo de exclusão que as coloca, **injustamente**, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos e **de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional **como** aquele proporcionado pela Defensoria Pública, **cujas funções precípua**, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), **consiste** em dar efetividade e expressão concreta, **inclusive** mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses **mesmos** direitos, **quando** titularizados por pessoas necessitadas, **que são** as reais destinatárias **tanto** da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, **quanto** do preceito consubstanciado no art. 134, **ambos** da Constituição da República.

É preciso reconhecer, desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – **especialmente** quando se tratar daquelas **que nada têm e que de tudo** necessitam – **uma prerrogativa básica** que se qualifica como fator de viabilização **dos demais** direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, **que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa** de ver tais direitos **efetivamente implementados** em seu benefício, **o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa** importância jurídico-institucional e político-social **da Defensoria Pública, tal como já o proclamou** o Supremo Tribunal Federal:

“DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES – DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO- SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.”

(ADI 2.903/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É que, Senhor Presidente, sem se reconhecer a realidade de que a Constituição **impõe** ao Estado **o dever** de atribuir **aos desprivilegiados** – **verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional** – **a condição essencial** de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas **investidas** de dignidade e **merecedoras** do respeito social, **não se tornará possível** construir a igualdade **nem realizar** a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, **frustrando-se**, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).

Vê-se, portanto, de um lado, a enorme relevância da Defensoria Pública, **enquanto** Instituição permanente da República e organismo essencial à função jurisdicional do Estado, e, de outro, **o papel de grande responsabilidade** do Defensor Público, **em sua condição** de agente incumbido de viabilizar o acesso dos necessitados à ordem jurídica justa, **capaz** de propiciar-lhes, **mediante** adequado patrocínio técnico, **o gozo** – pleno e efetivo – **de seus direitos, superando-se**, desse modo, a situação **de injusta** desigualdade sócio-econômica a que se acham **lamentavelmente** expostos largos segmentos de nossa sociedade.

É por isso que já tive o ensejo de enfatizar, ao cuidar do tema ora em exame, **que a outorga** à Defensoria Pública de legitimidade ativa **“ad causam”** **para ajuizar a ação civil pública traduz** significativo avanço institucional de nosso ordenamento jurídico, **além de representar, notadamente** em face das pessoas socialmente desassistidas e financeiramente despossuídas, **um marco significativo** no processo de afirmação **dos direitos metaindividuais**, cuja proteção **tem**, naquele instrumento processual, **um poderosíssimo meio** de tutela e amparo, **em sede jurisdicional**, das comunidades que reúnem pessoas

carentes e totalmente marginalizadas.

São essas as razões, Senhor Presidente, **que me levam a reconhecer** que a Defensoria Pública – especialmente quando age em sede de processos coletivos destinados a amparar, *jurisdicionalmente*, direitos e interesses *transindividuais* – **possui**, para esse efeito, **qualidade** para ajuizar a pertinente ação civil pública.

De outro lado, e ainda que este julgamento esteja tematicamente limitado ao exame da legitimidade ativa “*ad causam*” da Defensoria Pública, **não quero deixar de registrar** que o Supremo Tribunal Federal **tem reconhecido** a possibilidade constitucional de, mediante ação civil pública, **obter-se provimento jurisdicional destinado a compelir** o Município, **qualquer que seja**, “a zerar o déficit de vagas” **no âmbito das creches escolares**, como vem reiteradamente proclamando, nesse específico domínio, esta Suprema Corte (RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

– **A educação infantil** representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida** às crianças, **a estas assegura**, para efeito de seu desenvolvimento integral, **e como primeira etapa** do processo de educação básica, **o atendimento** em creche **e o acesso à pré-escola** (CF, art. 208, IV).

– **Essa prerrogativa jurídica**, em consequência, **impõe** ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das ‘crianças até 5 (cinco) anos de idade’ (CF, art. 208, IV), **o efetivo** acesso **e atendimento** em creches e unidades de pré-escola, **sob pena de** configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

– **A educação infantil**, por qualificar-se como **direito fundamental** de toda criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental.

– **Os Municípios** – que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental **e na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) – **não poderão demitir-se do mandato constitucional**, juridicamente vinculante, **que lhes foi outorgado** pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas de modo a comprometer**, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a **eficácia** desse direito básico de índole social.

– **Embora inquestionável** que resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, ao Poder Judiciário, **ainda que em bases excepcionais**, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, **com a sua omissão**, a **eficácia e a integridade** de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.

– **A intervenção** do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas governamentais **previstas e determinadas** no texto constitucional, **notadamente** na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), **objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos** que, **provocados** pela omissão estatal, **nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos** que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. **Precedentes.**

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL’ E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’.

– **A destinação** de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, **faz instaurar** situações de conflito, **quer** com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, **quer, também**, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem** ao Estado o encargo de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros igualmente relevantes, **compelindo** o Poder Público, em face dessa relação dilemática, **causada pela insuficiência** de disponibilidade financeira e orçamentária, **a proceder** a verdadeiras ‘*escolhas trágicas*’, **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial**, **em ordem a conferir** real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. **Magistério da doutrina.**

– **A cláusula da reserva do possível** – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – **encontra insuperável limitação** na garantia constitucional do **mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado **da essencial** dignidade da pessoa humana. **Doutrina. Precedentes.**

– **A noção de ‘mínimo existencial’**, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), **compreende** um complexo de prerrogativas cuja concretização **revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna**, em ordem a assegurar à pessoa **acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também**, a prestações positivas originárias do Estado, **viabilizadoras** da plena fruição de direitos sociais básicos, **tais como o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, **o direito** à assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação **e o direito** à segurança. **Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana**, de 1948 (Artigo XXV). (...).”

(ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e em face das razões expostas, **acompanho**, integralmente, **o magnífico voto** proferido pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI, **negando**, em consequência, **provimento** ao recurso extraordinário **interposto** pelo Município de Belo Horizonte **e aderindo**, ainda, à **fixação** da tese proposta pelo Senhor Relator.

É o meu voto.

*acórdão publicado no DJe de 7.4.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

2 a 6 de maio de 2016

Medida Provisória nº 723, de 29.4.2016 - Prorroga o prazo de dispensa de que trata o *caput* do art. 16 da Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 82, p. 3, em 2.5.2016.

Medida Provisória nº 724, de 4.5.2016 - Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, para dispor sobre a extensão dos prazos para inscrição no Cadastro Ambiental Rural e para adesão ao Programa de Regularização Ambiental. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 85, p. 7, em 5.5.2016.

Lei nº 13.278, de 2.5.2016 - Altera o § 6º do art. 26 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que fixa as diretrizes e bases da educação nacional, referente ao ensino da arte. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 83, p. 1, em 3.5.2016.

Lei nº 13.280, de 3.5.2016 - Altera a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, para disciplinar a aplicação dos recursos destinados a programas de eficiência energética. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 84, p. 1, em 4.5.2016.

Lei nº 13.281, de 4.5.2016 - Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 85, p. 1, em 5.5.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

2 a 6 de maio de 2016

Decreto nº 8.731, de 30.4.2016 - Altera o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 82, p. 6, em 2.5.2016.

Decreto nº 8.737, de 3.5.2016 - Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 84, p. 6, em 4.5.2016.

Decreto nº 8.738, de 3.5.2016 - Regulamenta a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a Lei nº 13.001, de 20 de junho de 2014, para dispor sobre o processo de seleção das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 84, p. 6, em 4.5.2016.

Decreto nº 8.745, de 5.5.2016 - Autoriza o Ministério da Cultura a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos para executar as atividades de guarda, preservação, documentação e difusão do acervo audiovisual da produção nacional. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 86, p. 3, em 6.5.2016.

Decreto nº 8.747, de 5.5.2016 - Atribui aos Ministérios da Fazenda, do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do Planejamento, Orçamento e Gestão a competência de majorar os valores dos benefícios e os valores referenciais para caracterização de situação de pobreza ou extrema pobreza, de que tratam o § 6º do art. 2º da Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 7.492, de 2 de junho de 2011. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 84, p. 4, em 6.5.2016.

Informativo 825

SUMÁRIO

Plenário

Gratificação de servidor público e subsídio - 1

Gratificação de servidor público e subsídio - 2

Repercussão Geral

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 1

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 2

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 3
Regime de cumprimento de pena e execução penal - 4
Regime de cumprimento de pena e execução penal - 5
Regime de cumprimento de pena e execução penal - 6
ADI estadual e subsídio - 4

1ª Turma

Ente Federativo: princípio da intranscendência e inscrição em cadastros federais de inadimplência
Magistratura e limites de despesas médicas e odontológicas conferidas por lei estadual

2ª Turma

Princípio da insignificância e violência doméstica
Lei 13.257/2016 e pedido superveniente
Conduta social e dosimetria
ICMS: venda financiada e hipótese de incidência - 3

Repercussão Geral

Transcrições

Autoridade - Prerrogativa de Foro - Indiciamento - Natureza Jurídica - Prévia Autorização do Relator - Possibilidade (HC 133.835-MC/DF)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Gratificação de servidor público e subsídio - 1

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei 7.406/2012 do Estado de Alagoas, que cuida da denominada “Gratificação de Dedicção Excepcional” devida aos servidores da Assembleia Legislativa local. O Ministro Teori Zavascki (relator), ao julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, afirmou que a tese central da demanda colocaria em questão o sentido e o alcance que se deveria atribuir ao modelo de retribuição por subsídio instituído pelo art. 39, § 4º, da CF (“O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”). Assim, a controvérsia limitar-se-ia em saber se a Constituição Federal admite que servidores da Assembleia Legislativa alagoana, submetidos a essa disciplina, podem receber, além da parcela única referida no citado dispositivo, um acréscimo a ser pago a título de “Gratificação de Dedicção Excepcional”. Ocorre que, após a edição da EC 19/1998, o subsídio teria passado a reunir, sob um único título genuinamente remuneratório, todos e quaisquer valores pagos aos servidores como contraprestação pelo trabalho executado no desempenho normal de suas funções. O objetivo seria muito claro: criar um padrão confiável de correspondência entre o que fosse efetivamente atribuído e o que fosse efetivamente pago pelo exercício do cargo público. Com isso, teria sido visada a eliminação de prática corriqueira na Administração Pública, em que aumentos salariais seriam concedidos de maneira artificiosa, na forma de benefícios adicionais, instituídos mediante alíquotas de incidências caprichosas, confusas e sucessivas, cuja aplicação frequentemente conduziria a excessos ilegítimos. Outrossim, o conceito de subsídio a que se refere a EC 19/1998 não se aplicaria apenas a agentes políticos, como ocorria anteriormente, comportando extensão a todas as categorias de servidores organizadas em carreira, nos termos do art. 39, § 8º, da CF. Uma leitura isolada do art. 39, § 4º, da CF poderia sugerir que o pagamento do subsídio haveria de ser feito de maneira absolutamente monolítica, ou seja, sem o acréscimo de qualquer outra parcela. Todavia, essa compreensão seria equivocada. Interpretação sistemática revelaria que a própria Constituição, no art. 39, § 3º, asseguraria a todos os servidores públicos, sem distinção, a fruição de grande parte dos direitos sociais do art. 7º, que envolveria pagamento de verbas adicionais, cumuláveis com a do subsídio, tais como adicional de férias, décimo terceiro salário, acréscimo de horas extraordinárias, adicional de trabalho noturno, entre outras. Portanto, não haveria, no art. 39, § 4º, da CF, uma vedação absoluta ao pagamento de outras verbas além do subsídio.

ADI 4941/AL, rel. Min. Teori Zavascki, 12.5.2016. (ADI-4941)

Gratificação de servidor público e subsídio - 2

O relator destacou que cumpriria, assim, estabelecer em que medida e em que situações seria cabível eventual pagamento de adicional. O que o novo modelo de subsídio buscava evitar seria que atividades exercidas pelo servidor público como inerentes ao cargo que ocupasse — e que já seriam cobertas pelo subsídio — fossem remuneradas com o acréscimo de

qualquer outra parcela adicional. Nesse sentido, seriam excluídos os valores que não ostentassem caráter remuneratório, como os de natureza indenizatória e os valores pagos como retribuição por eventual execução de encargos especiais não incluídos no plexo das atribuições normais e típicas do cargo considerado. À luz dessas considerações, não se poderia ter como inconstitucionais as disposições normativas da lei alagoana atacada na ação direta. Isso porque o pagamento nela previsto retribuiria atividades que extrapolariam às próprias e normais do cargo pago por subsídio (“§ 2º Para concessão desta gratificação serão considerados objetivamente: I – se o servidor for submetido a regime de tempo integral e dedicação exclusiva; II – se o servidor for submetido ao exercício de funções institucionais fora da sede do Parlamento, notadamente para assistir ao Parlamentar no acompanhamento e fiscalização estatal nas mais variadas localidades do Estado; III – se o servidor for designado para o exercício de funções de chefia; IV – se o servidor for designado para compor comissão disciplinar ou comissão sindicante; e V – se o servidor for designado para o exercício de função de pregoeiro ou de membro de comissão licitante”). Essas atividades, a serem retribuídas por parcela própria, deteriam conteúdo ocupacional estranho às atribuições ordinárias do cargo. Em suma, o que a norma constitucional impediria, no art. 39, § 4º, seria que o subsídio fosse cumulado com outras verbas destinadas a retribuir o exercício de atividades próprias e ordinárias do cargo. Assim, somente se tivesse sido demonstrada a previsão de duplo pagamento pelas mesmas funções normais do cargo — o que não se daria no caso — é que se poderia considerar inconstitucional a lei estadual atacada. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

ADI 4941/AL, rel. Min. Teori Zavascki, 12.5.2016. (ADI-4941)

REPERCUSSÃO GERAL

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de se restringir a participação de candidato em concurso público em razão da existência de inquérito policial ou ação penal em tramitação. No caso, fora inadmitida a participação de policial militar — que responde a processo criminal pela suposta prática do delito de falso testemunho — em concurso para ingresso no Curso de Formação de Cabos no Quadro de Praças Policiais e Militares Combatentes (QPPMC). O ato de eliminação do candidato fora fundamentado no edital de convocação do referido processo seletivo, que vedaria a participação de concorrente “denunciado por crime de natureza dolosa”. O Ministro Roberto Barroso (relator), ao negar provimento ao recurso, assentou a necessidade de se proceder a ponderação entre bens jurídicos constitucionais para a solução da controvérsia posta. Assim, a questão não poderia ser solucionada a partir de um tradicional raciocínio silogístico, ou dos critérios usuais para resolução de antinomias — hierárquico, de especialidade e cronológico —, uma vez que haveria normas da mesma hierarquia indicando soluções diferentes. Nessas situações, o raciocínio deveria percorrer três etapas: a) identificar as normas que postulassem incidência na hipótese; b) identificar os fatos relevantes ou os contornos fáticos gerais do problema; e c) harmonizar as normas em conflito, calibrando o peso de cada qual e restringindo-as no grau mínimo indispensável, de modo a fazer prevalecer a solução mais adequada à luz de todo o sistema jurídico. Na espécie, tendo em perspectiva a etapa descrita na letra “a”, de um lado, se destacaria o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), juntamente com os princípios da liberdade profissional (CF, art. 5º, XIII) e da ampla acessibilidade aos cargos públicos (CF, art. 37, I). De outro lado, estaria o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, “caput”). Considerada a identificação das normas em conflito, haveria que se proceder, então, à sua harmonização, levando-se em conta o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, ou seja, um ponto de equilíbrio entre o direito de acesso aos cargos públicos, de um lado, e as limitações decorrentes de requisitos para o exercício da função, de outro. Nessa senda, seria necessária a determinação objetiva do que se reputasse idoneidade moral relativamente ao ingresso no serviço público.

RE 560900/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 11.5.2016. (RE-560900)

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 2

O relator propôs, então, os critérios a seguir dispostos. A primeira regra geral, apta a estabelecer o parâmetro pelo qual se pudesse recusar a alguém a inscrição em concurso público, deveria ser a necessidade de condenação por órgão colegiado ou de condenação definitiva, numa analogia ao quanto disposto na LC 135/2010, chamada Lei da “Ficha Limpa”. Seria perfeitamente razoável a utilização desse critério, já utilizado mesmo fora da seara penal para o registro de candidatura eleitoral. A segunda regra geral haveria de ser a necessidade de relação de incompatibilidade entre a natureza do crime e as atribuições do cargo. Nem toda condenação penal deveria ter por consequência direta e imediata impedir alguém de se candidatar a concurso público. O relator ponderou, entretanto, que haveria que se proceder a uma atenuação dos referidos critérios. Assim, para concorrer a determinados cargos públicos, pela natureza desses, seria possível exigir qualificações mais restritas e rígidas ao candidato, isso por meio de lei. Tal se daria com as carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça — Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública — e da segurança pública. Desse modo, tendo em conta os critérios expostos, seria atendido o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Referidos critérios se mostrariam: a) adequados, pois a restrição imposta se mostraria idônea para proteger a moralidade administrativa; b) não excessivos, uma vez que, após a condenação em segundo grau, a probabilidade de manutenção da condenação seria muito grande e a exigência de relação entre a infração e as atribuições do cargo mitigaria a restrição; e c) proporcionais em sentido

estrito, na medida em que a atenuação do princípio da presunção de inocência seria compensada pela contrapartida em boa administração e idoneidade dos servidores públicos. Por fim, com o intuito de preservar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, por se tratar de mudança de jurisprudência, a orientação eventualmente firmada nos termos acima não deveria ser aplicada a certames já realizados e que não tivessem sido objeto de impugnação até a data do julgamento do recurso extraordinário em comento.

RE 560900/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 11.5.2016. (RE-560900)

Presunção de inocência e eliminação de concurso público - 3

O Ministro Edson Fachin também negou provimento ao recurso, mas por fundamento diverso. No seu entendimento, a controvérsia em análise não abrangeria o debate sobre a necessidade de trânsito em julgado de sentença condenatória ou o princípio da presunção de inocência e sua eventual relativização, mas, sim, uma atenção ao princípio da moralidade, que deveria ser satisfeita pela via legislativa. Não seria suficiente o edital do concurso que previsse condições especiais e diferenciadas para o ingresso em determinada carreira, na medida em que necessária a presença de comando legislativo prévio (CF, art. 37, II). A partir da existência prévia de lei, a autoridade administrativa, no caso concreto e diante de concurso público específico, poderia densificar os critérios legislativos estabelecidos, o que seria procedido por meio de decisão motivada, assegurada a ampla defesa e o contraditório, exatamente para evitar que a discricionariedade se tornasse arbitrariedade. Assim, a regra para os concursos públicos seria a da impossibilidade de exclusão de candidato pela existência de inquérito policial ou processo penal em andamento. Seria facultado, contudo, estabelecer, por lei, requisitos mais severos para aferir a idoneidade moral de candidato a cargo público, cuja essencialidade, relevância ou especialidade demonstrasse a exigência majorada de adequação moral. Seria necessária, outrossim, a demonstração de incompatibilidade entre o delito previsto e o cargo descrito na legislação, sendo vedada a valoração negativa de inquérito ou processo criminal em andamento, salvo situações excepcionabilíssimas de indiscutível gravidade expostas em lei. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

RE 560900/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 11.5.2016. (RE-560900)

Regime de cumprimento de pena e execução penal - 4

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, deu parcial provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido em condenação penal — v. Informativo 810. Na espécie, o acórdão recorrido fixara a prisão em regime domiciliar a condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em razão da não existência de estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atendesse todos os requisitos da LEP. A Corte determinou que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, se observasse: a) a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; b) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; e c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo após progressão ao regime aberto. Assentou, assim, em sede de repercussão geral, o entendimento de que: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autorizaria a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderiam avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. Seriam aceitáveis estabelecimentos que não se qualificassem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, “b” e “c”); c) havendo “déficit” de vagas, deveria ser determinada: 1) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; 2) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que saísse antecipadamente ou fosse posto em prisão domiciliar por falta de vagas; 3) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto. Outrossim, até que fossem estruturadas as medidas alternativas propostas, poderia ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. O Tribunal ressaltou, ainda, que o CNJ deveria apresentar: a) em 180 dias, contados da conclusão do julgamento: 1) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; 2) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; e b) em um ano, relatório com projetos para: 1) expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados; e 2) aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.5.2016. (RE-641320)

Regime de cumprimento de pena e execução penal - 5

A Corte destacou que o sistema progressivo de cumprimento de penas não estaria funcionando a contento. Haveria falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto, este último sendo desprezado por várias unidades da Federação. Assim, a lei prevê 3 degraus da progressão, mas o último grau simplesmente não existiria em mais da metade do País. Por outro lado, na prática, os modelos de estabelecimentos de cumprimento de pena, necessariamente adequados aos regimes semiaberto e aberto (CP, art. 33, §1º, “b” e “c”), teriam sido abandonados. Desse modo, os presos dos referidos regimes estariam sendo mantidos nos mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado e provisórios. Contudo, a possibilidade de manutenção de condenado em regime mais gravoso, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado ao seu regime, seria uma

questão ligada a duas garantias constitucionais em matéria penal da mais alta relevância: a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e a legalidade (CF, art. 5º, XXXIX). O sistema brasileiro teria sido formatado tendo o regime de cumprimento da pena como ferramenta central da individualização da sanção, importante na fase de aplicação (fixação do regime inicial) e capital na fase de execução (progressão de regime). Assim, a inobservância do direito à progressão de regime, mediante manutenção do condenado em regime mais gravoso, ofenderia o direito à individualização da pena. A violação ao princípio da legalidade seria ainda mais evidente. Conforme art. 5º, XXXIX, da CF, as penas devem ser previamente cominadas em lei. A legislação brasileira prevê o sistema progressivo de cumprimento de penas. Logo, assistiria ao condenado o direito a ser inserido em um regime inicial compatível com o título condenatório e a progredir de regime de acordo com seus méritos. A manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, com violação a direitos dele. Em outra perspectiva, haveria que ser rechaçada qualquer possibilidade de ponderar os direitos dos condenados à individualização da pena e à execução da pena de acordo com a lei e com os interesses da sociedade na manutenção da segurança pública. Não se poderia negar o dever do Estado de proteger os bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção à integridade da pessoa e ao seu patrimônio contra agressões injustas estaria na raiz da própria ideia de Estado Constitucional. Em suma, o Estado teria o dever de proteger os direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança (CF, art. 5º). No entanto, a execução de penas corporais em nome da segurança pública só se justificaria com a observância de estrita legalidade. Regras claras e prévias seriam indispensáveis. Permitir que o Estado executasse a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados (CF, art. 1º, III). Por mais grave que fosse o crime, a condenação não retiraria a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornariam simples objetos de direito (CF, art. 5º, XLIX).

RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.5.2016. (RE-641320)

Regime de cumprimento de pena e execução penal - 6

O Plenário asseverou que, atualmente, haveria duas alternativas de tratamento do sentenciado que progredisse de regime quando não houvesse vagas suficientes. Ou seria mantido no regime mais gravoso ao que teria direito (fechado), ou seria colocado em regime menos gravoso (prisão domiciliar). Contudo, já não bastaria apenas afirmar o direito ao regime previsto na lei ou ao regime domiciliar. Apesar de ser imprescindível cobrar dos poderes públicos soluções definitivas para a falta de vagas — pela melhoria da administração das vagas existentes ou pelo aumento do número de vagas —, não haveria, porém, solução imediata possível. Desse modo, seria necessário verificar o que fazer com os sentenciados se a situação de falta de vagas estivesse configurada. A prisão domiciliar seria uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. Todavia, não deveria ser descartada sua utilização, até que fossem estruturadas outras medidas, como as anteriormente mencionadas. Desse modo, seria preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não fossem tão gravosas como o encarceramento, não estivessem tão aquém do “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59). As medidas em questão não pretenderiam esgotar as alternativas a serem adotadas pelos juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e de cada estabelecimento prisional poderiam recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções. Assim, seria conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas. O fundamental seria afastar o excesso da execução — manutenção do sentenciado em regime mais gravoso — e dar aos juízes das execuções penais a oportunidade de desenvolver soluções que minimizassem a insuficiência da execução, como se daria com o cumprimento da sentença em prisão domiciliar ou outra modalidade sem o rigor necessário. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso por entender que o acórdão recorrido teria observado a jurisprudência do STF na matéria, devendo ser considerados os parâmetros objetivos e subjetivos do recurso em comento.

RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.5.2016. (RE-641320)

ADI estadual e subsídio - 4

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute: a) a viabilidade de órgão especial de tribunal de justiça, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificar a existência de ofensa à Constituição Federal; e b) a possibilidade de o subsídio de determinados agentes públicos ser acompanhado do pagamento de outra espécie remuneratória — v. Informativo 813. Na espécie, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul formalizara perante o tribunal de justiça local ação direta de inconstitucionalidade em face dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei 1.929/2008 do Município de Alecrim [“Art. 4º. Será pago ao Prefeito Municipal, a título de indenização, o valor mensal de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais). (...) Art. 6º. Ao ensejo do gozo de férias anuais, o Prefeito Municipal perceberá o subsídio acrescido de um terço. § 1º. O Vice-Prefeito terá direito à mesma vantagem se tiver atividade permanente na Administração. § 2º. O gozo de férias correspondentes ao último ano do mandato poderá ser antecipado para o segundo semestre daquele exercício. Art. 7º. Além do subsídio mensal, o Prefeito e o Vice-Prefeito perceberão, em dezembro de cada ano, na mesma data em que for pago o décimo terceiro dos servidores do Município, uma quantia igual aos respectivos vigentes naquele mês. Parágrafo Único. Quando houver pagamento da metade da remuneração de um mês aos servidores, a título de adiantamento do décimo terceiro salário, na forma da Lei Municipal, igual tratamento será dado ao Prefeito e ao Vice-Prefeito”]. O pedido formulado na referida ação direta fora julgado procedente, assentada a inconstitucionalidade da lei municipal impugnada, na parte em

que assegurado ao chefe do Poder Executivo local o pagamento do valor mensal de R\$ 2.200,00, a título de indenização, e ao prefeito e ao vice-prefeito o direito ao adicional de férias e ao décimo terceiro salário. Em voto-vista, o Ministro Teori Zavascki deu parcial provimento ao recurso. Acompanhou, assim, a divergência iniciada pelo Ministro Roberto Barroso, que assentara o entendimento segundo o qual o regime de subsídio, embora incompatível com o pagamento de outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, não tolheria a possibilidade de pagamento, a prefeitos e vice-prefeitos, do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. Após reiterar os fundamentos exarados no voto proferido na ADI 4.941/AL — acima noticiada — ressaltou que, em relação à parcela prevista no art. 4º da Lei Municipal 1.929/2008, não haveria dúvidas sobre sua incompatibilidade com o modelo de subsídios. Para que se tipificasse um gasto como indenizatório, não bastaria que a norma assim o considerasse. Seria indispensável que a dicção formal da norma guardasse compatibilidade com a real natureza desse dispêndio. E indenização seria conceito jurídico com alcance bem determinado na sua formulação. Contudo, seria diferente a discussão sobre as verbas de gratificação natalina e terço de férias, devendo realmente ser reconhecida a constitucionalidade de seu pagamento. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

RE 650898/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 12.5.2016. (RE-650898)

PRIMEIRA TURMA

Ente Federativo: princípio da intranscendência e inscrição em cadastros federais de inadimplência

É necessária a observância da garantia do devido processo legal, em especial, do contraditório e da ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma julgou procedente pedido formulado em ação civil originária para afastar o registro do Estado do Amapá no Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), relativo a convênios firmados entre ele e a União. Na espécie, assinalou a ausência de oitiva do interessado e de instauração de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União. Acrescentou, entretanto, que a questão referente à necessidade de prévio julgamento de tomada de contas especial para fins de inscrição em cadastro de inadimplentes deverá ser enfrentada pelo Plenário, em recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral (RE 607.420/PI). Por outro lado, o Colegiado asseverou que a inscrição do nome do Estado-Membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência. Acrescentou que vigora, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da CF. A relação jurídica envolve a União e o ente federal, e não a União e certo governador ou outro agente. O governo se alterna periodicamente nos termos da soberania popular, mas o Estado é permanente. A mudança de comando político não exonera o Estado das obrigações assumidas.

ACO 732/AP, rel. Min. Marco Aurélio, 10.5.2016. (ACO-732)

Magistratura e limites de despesas médicas e odontológicas conferidas por lei estadual

A Primeira Turma, por maioria, concedeu mandado de segurança para assentar a insubsistência de ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determinara a cessação do ressarcimento de despesas médicas, cirúrgicas e odontológicas de magistrados, benefício previsto em lei estadual (Código de Organização Judiciária do Estado do Mato Grosso). O Ministro Marco Aurélio (relator), de início, reconheceu a legitimidade ativa do ente federado, tendo em conta o afastamento da lei estadual pelo CNJ. Em seguida, afastou eventual alegação de decadência do “mandamus”, porque ausente a cientificação do Estado-Membro do ato impugnado, haja vista não ter sido parte no procedimento administrativo realizado pelo CNJ. Quanto ao mérito, assentou que a Lei Complementar 35/1979 (Loman), ao vedar a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias nela não previstas, não atinge as verbas de natureza indenizatória consagradas em legislação estadual, no caso, o Código de Organização Judiciária do Estado do Mato Grosso. Assim, nos termos perquiridos no mandado de segurança, a lei estadual não conflita com a Loman e com a Constituição Federal. O Ministro Edson Fachin, ao acompanhar a conclusão do relator, ressaltou o entendimento de que a decisão do CNJ de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual desborda da finalidade e da competência específica do órgão. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, que denegavam a segurança. O Ministro Roberto Barroso reputava que a possibilidade de ressarcimento irrestrito de despesas médicas e o pagamento de passagens aéreas para a realização de tratamentos médicos contrariariam não só o art. 65, §2º, da Loman, que veda a concessão de vantagem nela não prevista, mas também o art. 195, §5º, da CF, que não permite a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social (saúde, previdência e assistência social) sem a respectiva fonte de custeio. Acrescentava que o Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas funções, tem legitimidade para deixar de aplicar uma norma em face da supremacia da Constituição.

MS 27463/MT, rel. Min. Marco Aurélio, 10.5.2016. (MS-27463)

SEGUNDA TURMA

Princípio da insignificância e violência doméstica

Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha).

RHC 133043/MT, rel. Min. Cármen Lúcia, 10.5.2016. (RHC-133043)

Lei 13.257/2016 e pedido superveniente

A Segunda Turma rejeitou embargos de declaração em agravo regimental em “habeas corpus” no qual pretendido o reexame da causa, porém, concedeu a ordem de ofício para que o tribunal de origem competente verifique se a embargante faz jus à novel prisão domiciliar nos termos da Lei 13.257/2016. Na espécie, a embargante pleiteava o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, para fins de revogação da sua custódia preventiva ou a concessão da ordem de ofício para substituir a prisão preventiva por domiciliar em atenção ao inciso V do art. 318 do CPP, recentemente incluído pela Lei 13.257/2016 [“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: ... V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”]. A Turma asseverou que tal pedido superveniente deveria ser analisado pelo juízo de origem, uma vez que não cabe ao STF apreciá-lo de forma originária, sob pena de incorrer em supressão de instância, além de grave violação às regras constitucionais de competência.

HC 132462 AgR-ED/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 10.5.2016. (HC-132462)

Conduta social e dosimetria

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma deu provimento a recurso ordinário para determinar ao juízo de execução competente que redimensione a pena-base de condenado a quatro anos e onze meses de reclusão em regime inicial semiaberto, pela prática do delito de furto qualificado. Cuidava-se de “habeas corpus” no qual se alegava afronta ao princípio do “ne bis in idem”, uma vez que o tribunal de origem não poderia ter valorado a conduta social com elementos próprios e típicos dos maus antecedentes e da reincidência — v. Informativo 803. O Colegiado afirmou que a decisão impugnada teria considerado negativamente circunstâncias judiciais diversas com fundamento na mesma base empírica, qual seja, os registros criminais, a conferir-lhes conceitos jurídicos assemelhados. Apontou que, antes da reforma da parte geral do CP/1984, entendia-se que a análise dos antecedentes abrangeria todo o passado do agente, a incluir, além dos aludidos registros, o comportamento em sociedade. Com o advento da Lei 7.209/1984, a conduta social teria passado a ter configuração própria. Introduzira-se um vetor apartado com vistas a avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundiriam com os seus antecedentes criminais. Tratar-se-ia de circunstâncias diversas e, por isso mesmo, a exasperação da pena-base mediante a invocação delas exigiria do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos. Concluiu que teria havido indevida desvalorização plural de circunstâncias — as quais possuiriam balizas próprias — com justificativa na mesma base fática.

RHC 130132, rel. Min. Teori Zavascki, 10.5.2016. (RHC-130132)

ICMS: venda financiada e hipótese de incidência - 3

A jurisprudência do STF firmou entendimento no sentido de reconhecer, também na instância extraordinária, a possibilidade da homologação do pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, quando postulado por procurador habilitado com poderes específicos, desde que anterior ao julgamento final do recurso extraordinário. Com base nessa orientação, ao resolver questão de ordem, a Segunda Turma homologou pedido de renúncia ao direito sobre o qual se fundava a ação. Na espécie, discutia-se a incidência ou não de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os acréscimos financeiros decorrentes de operações de compra de bens com cartões de crédito emitidos pela própria fornecedora das mercadorias, sem a intermediação de instituição financeira, em período anterior a Constituição de 1988 — v. Informativos 787 e 806. A Turma destacou que os honorários advocatícios foram restabelecidos na forma fixada pela sentença de primeiro grau.

RE 514639 QO/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 10.5.2016. (RE-514639)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	11.5.2016	12.5.2016	285
1ª Turma	10.5.2016	—	109
2ª Turma	10.5.2016	—	59

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 9 a 13 de maio de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 949.297-CE

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LEI 7.689/88. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO. ADI 15. SÚMULA 239 DO STF.

1. A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.

2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

Decisões Publicadas: 1

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Autoridade - Prerrogativa de Foro - Indiciamento - Natureza Jurídica - Prévia Autorização do Relator - Possibilidade (Transcrições)

HC 133.835-MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. GOVERNADOR DE ESTADO. INDICIAMENTO. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES. NATUREZA JURÍDICA. ATO ESTATAL NECESSARIAMENTE FUNDAMENTADO QUE SE INCLUI NA ESFERA DE PRIVATIVA COMPETÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA (LEI Nº 12.830/2013, ART. 2º, § 6º). MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO. JURISPRUDÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL INSTAURADA CONTRA PESSOA DETENTORA DE PRERROGATIVA DE FORO “RATIONE MUNERIS”. INEXISTÊNCIA, MESMO EM TAL HIPÓTESE, DE IMUNIDADE OU DE OBSTÁCULO A QUE SE EFETIVE, LEGITIMAMENTE, ESSE ATO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, DESDE QUE PRECEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DO RELATOR DO INQUÉRITO ORIGINÁRIO NO TRIBUNAL COMPETENTE (O STF, NO CASO). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE AUTORIZAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA DO MINISTRO RELATOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE ACOLHEU EXPRESSA SOLICITAÇÃO FEITA PELA PRÓPRIA AUTORIDADE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO. PUBLICIDADE E PROCESSO JUDICIAL: FATOR DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO. “DISCLOSURE” DO NOME DO PACIENTE. LEGITIMIDADE. SISTEMA DEMOCRÁTICO E VISIBILIDADE DO PODER: ANTÍTESE CONSTITUCIONAL AO REGIME DE SIGILO. “HABEAS CORPUS” QUE IMPUGNA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. NECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA RECURSAL NO STF. AUSÊNCIA. INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS”. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSALVA PESSOAL DA POSIÇÃO DO MIN. CELSO DE MELLO. FAVORÁVEL AO CONHECIMENTO DO “WRIT” CONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA, NO ENTANTO, DO POSTULADO DA COLEGIALIDADE. “HABEAS CORPUS” NÃO CONHECIDO.

(Autos conclusos em 08/04/2016, às 13h32)

1. O PEDIDO

Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida cautelar, impetrado em favor de Fernando Damata Pimental, Governador do Estado de Minas Gerais, no qual se impugna decisão do eminente Ministro Relator do [Inq 1.059/DF](#), proferida nos autos da [Pet 11.174/DF](#).

A ilustre autoridade apontada como coatora, na decisão em referência, no ponto que constitui objeto de questionamento nesta impetração, autorizou a Senhora Delegada de Polícia Federal “a promover o indiciamento de Fernando Damata Pimental”, permitindo a realização de tal medida, “de forma indireta”, se o ora paciente optasse por “não comparecer ao ato para o qual foi convidado”.

Observo que o Ministério Público Federal, em promoção da lavra da eminente Vice-Procuradora-Geral da República Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO, ao pronunciar-se sobre a questão do indiciamento policial de pessoas com prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, assim se manifestou:

“3. A Lei n. 8.038/90 não prevê a possibilidade de indiciamento pela Polícia Federal de autoridade com prerrogativa de função perante esta

Corte. Ademais, não prevê que o Ministério Público Federal autorize a realização desse tipo de procedimento inquisitorial.” (grifei)

O ilustre impetrante, ao impugnar a decisão judicial que autorizou referido indiciamento – e informando que esse ato deverá ocorrer em 08/04/2016, às 09h00 (documento eletrônico nº 03) –, sustenta, em face do sistema acusatório que rege o processo penal em nosso País, “(...) que não pode o juiz, ou o Relator nos Tribunais, na fase de investigação criminal, imiscuir-se em questões de interesse exclusivamente persecutório, como ocorre na hipótese concreta do indiciamento, que traduz claramente um juízo positivo sobre a responsabilidade penal do investigado, construído a partir da produção e do exame detido do material informativo colhido nessa fase da persecução” (grifei).

Em razão desse entendimento, o ilustre impetrante conclui “(...) que não se pode admitir que o Relator do inquérito esteja habilitado a autorizar o indiciamento ao fim da investigação, seja por ato pessoal, seja, menos ainda, por transferência ou por delegação à autoridade policial”

2. INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS”. PRECEDENTES DO STF. RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR

Sendo esse o contexto, examino, preliminarmente, a admissibilidade, na espécie, da presente ação de “habeas corpus”.

E, ao fazê-lo, verifico que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal têm advertido que, em situações como a ora em exame, não se justifica a impetração originária nesta Corte, eis que indispensável o prévio esgotamento, perante o Tribunal Superior, de sua jurisdição na matéria, o que se viabiliza mediante a interposição do pertinente recurso de agravo para o órgão colegiado da Corte judiciária impetrada, com apoio e fundamento no art. 39 da Lei nº 8.038/90, não derogado pelo novíssimo Código de Processo Civil (v. art. 1.072, inciso IV).

É por tal razão que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da incognoscibilidade do remédio constitucional do “habeas corpus”, quando impetrado, como sucede na espécie, contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União (HC 116.875/AC, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – HC 117.346/SP, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.684-Agr/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 122.381-Agr/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 114.737/RN, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

““HABEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

III – “Writ” não conhecido.”

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Vê-se, portanto, que este Supremo Tribunal Federal não tem conhecido de “habeas corpus”, quando impetrado, diretamente, contra decisão monocrática de Ministro do E. STJ, por entender “que a não interposição de agravo regimental no STJ – e, portanto, a ausência da análise da decisão monocrática pelo colegiado – impede o conhecimento do ‘habeas corpus’ por esta Corte” (HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

Cabe assinalar, por relevante, que a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, em recentíssimo julgamento concernente a pessoa sob investigação no mesmo procedimento estatal instaurado contra o ora paciente (Inq 1.059/DF), não conheceu da ação de “habeas corpus” ajuizada em favor de Benedito Rodrigues de Oliveira Neto, pelo fato de insurgir-se, diretamente, sem prévia exaustão da via recursal interna no Superior Tribunal de Justiça, contra decisão emanada do eminente Ministro HERMAN BENJAMIN:

“AGRAVO REGIMENTAL EM ‘HABEAS CORPUS’. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA ATENDER AO PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL E PARA EXAURIR A INSTÂNCIA RECORRIDA, PRESSUPOSTO PARA INAUGURAR A COMPETÊNCIA DO STF.

1. O ‘habeas corpus’ ataca diretamente decisão monocrática de Ministro do STJ. (...) contra ela é cabível o agravo previsto no art. 39 da mesma Lei. (...) Em casos tais, o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de ‘habeas corpus’, de competência de outro tribunal.

2. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de ‘habeas corpus’ substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juíz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF (cf. HC 118.189, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 97.009, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; HC 108.718-Agr, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 24/9/2013, entre outros).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC 130.719-Agr/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Embora respeitosamente dissentindo dessa diretriz jurisprudencial, por entender possível a impetração de “habeas corpus” contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior da União, cabe-me observar, em respeito ao princípio da colegialidade, essa orientação restritiva que se consolidou em torno da utilização do remédio constitucional em questão, motivo pelo qual, em atenção à posição dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impor-se-á, na espécie, o não conhecimento da presente ação de “habeas corpus”.

3. O INDICIAMENTO. PRESSUPOSTOS DE LEGITIMAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA AUTORIDADE POLICIAL

De qualquer maneira, no entanto, mesmo que fosse possível superar essa restrição jurisprudencial, ainda assim não vislumbraria densidade jurídica na pretensão deduzida nesta impetração.

O indiciamento, como se sabe, constitui ato administrativo, de índole persecutório-penal, de competência privativa da autoridade policial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 72, item n. 40-A, 14ª ed., 2015, Forense), a quem incumbe, mediante deliberação fundamentada, promover a análise técnico-jurídica do fato delituoso, indicando-lhe a autoria, a materialidade e demais elementos circunstanciais, tal como determina a Lei nº 12.830/2013 (art. 2º, § 6º).

Vê-se do diploma legislativo ora mencionado (cuja inconstitucionalidade está sendo arguida perante esta Suprema Corte na ADI 5.073/DF, Rel. Min. LUIZ FUX) que o indiciamento de alguém, por suposta prática delituosa, somente se justificará, se e quando houver indícios mínimos, que, apoiados em base empírica idônea, possibilitem atribuir-se ao mero suspeito a autoria do fato criminoso.

É inquestionável que o ato de indiciamento, embora não pressupondo a necessária existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal.

É por essa razão que o saudoso JULIO FABBRINI MIRABETE (“Código de Processo Penal Interpretado”, p. 105, item n. 6.5, 11ª ed., 2006, Atlas), ao versar o tema do indiciamento, formula, acertadamente, a seguinte advertência:

“Indiciamento é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática da infração penal que está sendo apurada. Embora a lei não se

refira expressamente a 'indiciamento', menciona por várias vezes o 'indiciado' (arts. 6º, VIII, IX, 14, 15 etc.). **Diante da colheita dos elementos que indicam ser uma pessoa autora do crime, a autoridade deve providenciar seu indiciamento, não constituindo o fato constrangimento ilegal (...). Ao contrário, se não houver indícios razoáveis da autoria, mas mera suspeita isolada, não se justifica o indiciamento.**" (grifei)

Essa **mesma** percepção do tema **é revelada** por FERNANDO CAPEZ ("Curso de Processo Penal", p. 140, item n. 10.16, 20ª ed., 2013, Saraiva), cujo magistério, **a propósito** da efetivação do ato de indiciamento, **exige** que este resulte "(...) da concreta convergência de sinais que atribuem a provável autoria de crime a determinado, ou a determinados, suspeitos. Com o indiciamento, todas as investigações passam a se concentrar sobre a pessoa do indiciado" (grifei).

Também perfilha igual entendimento, em magistério extremamente preciso sobre o tema ora em análise, o saudoso e eminente Professor SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO ("O indiciamento como ato da Polícia Judiciária", "in" **RT** 577/313-316):

"O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato.

O suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem de ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito.

A mera suspeita não vai além da conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si só, não são mais que sombras; não possuem estrutura para dar corpo à prova da autoria." (grifei)

Cabe referir, ainda, a expressiva lição de SYLVIA HELENA F. STEINER ("O Indiciamento em Inquérito Policial como Ato de Constrangimento – Legal ou Ilegal", "in" Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 24/305-308, 307) **a respeito** dos pressupostos **que condicionam a válida efetivação do ato de indiciamento:**

"(...) levando-se em conta que a Constituição Federal centra o rol de direitos e garantias individuais no princípio da dignidade do ser humano, não temos dúvidas em apontar a ilegalidade do ato de indiciamento antes da definição da materialidade delitiva e antes que suficientes os indícios de autoria." (grifei)

Em suma: o indiciamento **não pode nem deve constituir um ato de arbítrio** do Estado, **especialmente** se se considerarem **as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito** da investigação penal, **dessa** medida de Polícia Judiciária, **qualquer** que seja a condição social **ou** funcional do suspeito.

Ao examinar a matéria em referência **nesta** Suprema Corte, **tive o ensejo de reconhecer a indispensabilidade dos requisitos que venho de mencionar, fazendo-o** em decisão cujo teor restou assim ementado:

"INQUÉRITO POLICIAL. (...) A QUESTÃO DO INDICIAMENTO. NECESSIDADE DE QUE EXISTAM, PARA A EFETIVAÇÃO DESSE ATO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE DO FATO DELITUOSO. INOCORRÊNCIA, NO CASO (...), DE TAIS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. PEDIDO DE INDICIAMENTO INDEFERIDO. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA. JURISPRUDÊNCIA. (...)"

(Inq 2.041/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Torna-se importante destacar, neste ponto, que a realização do ato de indiciamento, quando este for promovido **com observância** dos pressupostos essenciais à sua legitimação, **notadamente com respeito** às formalidades **previstas** em nosso ordenamento positivo (**Lei n° 12.830/2013, art. 2º, § 6º**), **não constitui, por si só,** situação configuradora de constrangimento ilegal **impugnável** mediante **"habeas corpus"** **nem reveladora** de comportamento policial abusivo, **tal como tem advertido** o magistério jurisprudencial dos Tribunais (**RT 562/365 – RT 590/362 – RT 603/365 – RT 649/267, v.g.**):

"I. – O mero indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal que possa ser atacado por 'habeas corpus'. Precedentes do STF.

II. – Não se tranca inquérito policial, se há suspeita de crime que justifique a investigação policial. Precedentes do STF."

(HC 76.672/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

"Inquérito policial. Trancamento.

– O mero indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido pela via do 'habeas corpus'.

Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 56.019/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

Não constitui demasia assinalar, de outro lado, **que eventual prática abusiva** do indiciamento **revelar-se-ia** situação **configuradora de injusto constrangimento, pois** "Coação ilegal existiria apenas na hipótese de o fato em apuração **não constituir** ilícito penal, **o que caracterizaria** abuso de poder de indiciar" (**RT 723/586-587 – grifei**):

"INQUÉRITO POLICIAL. Indiciamento. Ato penalmente relevante. Lesividade teórica. Indeferimento. Inexistência de fatos capazes de justificar o registro. Constrangimento ilegal caracterizado. Liminar confirmada. Concessão parcial de 'habeas corpus' para esse fim. Precedentes. Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial."

(HC 85.541/GO, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

Inquestionável reconhecer, em função do que se vem de expor, que assume significativo relevo o indiciamento no modelo **que rege, em nosso País, o sistema** de investigação penal pela Polícia Judiciária, **considerada** a circunstância – **juridicamente expressiva** – **de que o indiciamento, que não se reduz à** condição de ato estatal **meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo,** a formulação, **pela autoridade policial (e por esta apenas),** de um juízo de valor **fundado na existência de elementos indiciários idôneos que deem suporte** à suspeita de autoria **ou** de participação do agente na prática delituosa.

Isso significa, notadamente em face do que prescreve a Lei n° 12.830/2013 (art. 2º, § 6º), **e tal como corretamente adverte** GUILHERME DE SOUZA NUCCI ("Código de Processo Penal Comentado", p. 72/73, item n. 40-A, 14ª ed., 2015, Forense), **que "não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar à força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito"** (grifei).

Disso resulta que o Ministério Público, **independentemente de prévio indiciamento do suspeito, poderá** oferecer denúncia, **oportunidade em que lhe será lícito solicitar** à autoridade policial **a qualificação, a identificação e o registro de antecedentes penais** da pessoa que houver sido formalmente acusada pelo "Parquet", **na linha do magistério expandido** pelo ilustre Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*op. cit.*, p. 73, item n. 40-A) **e da lição** do eminente e saudoso Delegado MAURÍCIO HENRIQUE GUMARÃES PEREIRA ("Habeas Corpus" e Polícia Judiciária", p. 198/245, p. 227, item n. 8, "in" "Justiça Penal – 5: Tortura, Crime Militar, 'Habeas Corpus', 1997, RT).

De outro lado, é de observar-se que, assim como a ausência de indiciamento não impede o válido oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, **também a existência desse mesmo ato de indiciamento não vincula** o "Parquet" **quanto à formação** da "opinio delicti" **nem lhe impõe o dever jurídico de acusar a pessoa indiciada.**

É importante registrar, presente o contexto ora em exame, **que a autorização para o indiciamento** do ora paciente, **dada** pelo eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, **deu-se em virtude de expressa solicitação formulada pela própria autoridade policial incumbida** da condução do inquérito em curso perante o E. Superior Tribunal de Justiça (Inq 1.059/DF), **o que se mostra em conformidade** com a diretriz **que esta** Corte Suprema **firmou** no exame da matéria em causa (Pet 3.825-QO/MT, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, e Inq 2.411-QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), **estabelecendo, nesses precedentes (nos quais fiquei vencido, por entender possível** o indiciamento sem prévia autorização do Tribunal competente), **que a Polícia Judiciária** (Federal ou Civil, conforme o caso), **afastada** a possibilidade de agir de ofício, **somente** poderá instaurar inquérito policial **para investigar** a conduta penal de pessoas **que detenham** prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, **se se verificar**, em tal hipótese, a necessária e prévia **supervisão judicial** dos atos **inerentes** à atividade investigatória, **nestes compreendido o indiciamento formal** do suspeito da prática delituosa, **sob pena de invalidade** de tais medidas, **caso incorrente** prévio controle jurisdicional.

Constato que o eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, **autoridade apontada como coatora, após corretamente observar** que “*A prerrogativa de foro, medida constitucional de proteção do cargo, não permite criação de privilégios ou isenções não previstos expressamente em Lei*”, **autorizou a realização do indiciamento**, inclusive por via indireta, do ora paciente, **por reconhecer** que, **excetuadas as hipóteses previstas** na LOMAN (art. 33, parágrafo único), na LOMPU (art. 18, parágrafo único) e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estadual (art. 40, parágrafo único), **a outorga constitucional, ao suspeito**, de foro especial “*ratione muneris*” **não implica** a concessão, **a ele**, de imunidade ao indiciamento, **cuja prática – embora de competência privativa** da autoridade policial (Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º) –, **sujeita-se, no contexto ora em exame, à prévia** autorização judicial, **efetivamente ocorrida na espécie**.

Impende observar que o entendimento **que sustenta** a possibilidade jurídica de efetivar-se o indiciamento de autoridade **detentora** de prerrogativa de foro **mediante supervisão judicial do Tribunal competente (ou do Relator da causa) tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário (CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, “*Comentários ao Código de Processo Penal*”, vol. 1/308-309, item n. 88.3, 1ª ed, 2002, Edipro; DENILSON FEITOZA, “*Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*”, p. 174/176, item n. 5.5.2, 6ª ed., 2009, Impetus), **valendo destacar, por esclarecedora, a lição** de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“*Curso de Processo Penal*”, p. 111/112, item n. 12.7, 2013, Impetus):

“Em regra, qualquer pessoa pode ser indiciada. (...)”

Quanto às demais pessoas com foro por prerrogativa de função (v.g., senadores, deputados federais etc.), **não há dispositivo legal que vede o indiciamento**, razão pela qual **sempre prevaleceu o entendimento de que seria possível tanto a abertura das investigações quanto, no curso delas, o indiciamento formal por parte** da autoridade que presidiu o inquérito, **a qual, no entanto, deveria ter a cautela de remeter os autos ao tribunal** que tivesse a competência especial pela prerrogativa de função.

Ocorre que, em Questão de Ordem suscitada no Inq. 2.411, esse entendimento foi modificado pelo plenário do STF, que passou a entender que a autoridade policial **não pode indiciar parlamentares sem prévia autorização do ministro-relator do inquérito, ficando a abertura do próprio procedimento investigatório (inquérito penal originário) condicionada à autorização do Relator. Nos casos de competência originária dos Tribunais, a atividade de supervisão judicial deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento**, ou não, de denúncia pelo titular da ação. **Daí por que foi anulado o ato de indiciamento promovido pela autoridade policial em face de parlamentar federal sem prévia autorização do Ministro Relator.**

Portanto, a partir do momento em que determinado titular de foro por prerrogativa de função passe a figurar como suspeito em procedimento investigatório, impõe-se a autorização do Tribunal (por meio do Relator) para o prosseguimento das investigações. Assim, caso a autoridade policial que preside determinada investigação pretenda intimar autoridade que possui foro por prerrogativa de função, em razão de outro depoente ter afirmado que o mesmo teria cometido fato criminoso, **deve o feito ser encaminhado previamente ao respectivo Tribunal, por estar caracterizado procedimento de natureza investigatória contra titular de foro por prerrogativa de função. (...)”**

Se é essa a nova posição do Supremo quanto à necessidade de autorização de Ministro Relator do Supremo para a abertura de investigações ou para o indiciamento de parlamentares federais, “mutatis mutandis”, deve-se aplicar o mesmo raciocínio às demais hipóteses de competência especial por prerrogativa de função em inquéritos originários de competência de outros Tribunais, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça.” (grifei)

Vê-se, pois, que as lições que venho de referir, caso fosse possível superar-se a preliminar de incognoscibilidade, **desautorizariam o acolhimento** da pretensão ora deduzida nesta sede processual.

4. PUBLICIDADE E PROCESSO JUDICIAL. SISTEMA DEMOCRÁTICO E VISIBILIDADE DO PODER: ANTÍTESE CONSTITUCIONAL AO REGIME DE SIGILO

Registro, finalmente, que nada deve justificar, em princípio, a tramitação, em regime de sigilo, de qualquer procedimento que tenha curso em juízo, **pois, na matéria, deve prevalecer** a cláusula da publicidade.

Não custa rememorar, tal como sempre tenho assinalado nesta Suprema Corte, **que os estatutos do poder, numa República fundada** em bases democráticas, **não podem privilegiar o mistério**.

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos **cuja compreensão** é essencial à caracterização da ordem democrática **como um regime do poder visível, ou, na expressiva lição** de BOBBIO (“*O Futuro da Democracia*”, p. 86, 1986, Paz e Terra), **como “um modelo ideal do governo público em público”**.

A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado – que fora tão fortemente realçado **sob a égide autoritária** do regime político anterior – **com o mistério e com o sigilo**.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte **restaurou** velho dogma republicano e **expôs** o Estado, **em plenitude, ao princípio democrático da publicidade**, convertido, em sua expressão concreta, **em fator de legitimação** das decisões e dos atos governamentais.

Isso significa, portanto, que somente em caráter excepcional os procedimentos penais poderão ser submetidos ao (*impropriamente denominado*) regime de sigilo (“*rectius*”: de publicidade restrita), **não devendo** tal medida **converter-se, por isso mesmo, em prática processual ordinária, sob pena de deslegitimação** dos atos a serem realizados no âmbito da causa penal.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal **tem conferido visibilidade** a procedimentos penais originários **em que figuram** como indiciados, acusados **ou réus os próprios** membros do Poder Judiciário (**como sucedeu, p. ex., no Inq 2.033/DF e no Inq 2.424/DF**), **pois os magistrados, também eles, como convém** a uma República **impregnada de perfil democrático, não dispõem** de privilégios **nem** possuem gama **mais** extensa de direitos e garantias que os outorgados, **em sede de persecução penal**, aos cidadãos em geral.

Essa orientação **nada mais reflete senão a fidelidade desta Corte Suprema** às premissas **que dão** consistência doutrinária, **que imprimem** significação ética e **que conferem** substância política **ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível** com tratamentos diferenciados, **fundados** em ideações e práticas de poder **que exaltam, sem** razão e **sem** qualquer suporte constitucional legitimador, o privilégio pessoal e **que desconsideram, por isso mesmo, um valor fundamental à própria** configuração da ideia republicana **que se orienta** pelo vetor axiológico da igualdade.

Daí a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO (“*Constituição Federal Brasileira*”, p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), **que associa** à autoridade de seus comentários **a experiência** de membro **da primeira** Assembleia Constituinte da República e, **também, a de Senador da República e a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:**

“Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito (...)” (grifei)

Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar, em consequência, *a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar privilégios a determinadas pessoas em virtude de critério de índole política, funcional ou, até mesmo, particular.*

Desse modo, e fiel à minha convicção no tema em referência (Pet 4.848/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **não vejo motivo para que estes autos tramitem em “segredo de justiça”, pois inexistente expectativa de privacidade naquelas situações em que o objeto do litígio penal – amplamente divulgado tanto em edições jornalísticas quanto em publicações veiculadas na “Internet” – já foi exposto de modo público e ostensivo.**

Determino, portanto, a reavaliação deste “writ” constitucional, **em ordem a que não mais prevaleça o regime de sigilo**, de modo a que o nome civil do ora paciente seja indicado *por extenso e não* somente por suas iniciais (F.D.P.).

5. CONCLUSÃO

Sendo assim, e em face das razões expostas no item 2, não conheço da presente ação de “habeas corpus”, **restando prejudicado, em consequência, o exame** do pedido de medida liminar.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 18 de abril de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe de 25.4.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

9 a 13 de maio de 2016

Lei nº 13.284, de 10.5.2016 - Dispõe sobre as medidas relativas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e aos eventos relacionados, que serão realizados no Brasil; e altera a Lei nº 12.035, de 1º de outubro de 2009, que “institui o Ato Olímpico, no âmbito da administração pública federal”, e a Lei nº 12.780, de 9 de janeiro de 2013, que “dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paraolímpicos de 2016”. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 89, p. 1, em 11.5.2016.

Lei nº 13.285, de 10.5.2016 - Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 89, p. 4, em 11.5.2016.

Lei nº 13.286, de 10.5.2016 - Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 89, p. 4, em 11.5.2016.

Medida Provisória nº 727, de 12.5.2016 - Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e da outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição Extra nº 90-B, p. 6, em 12.5.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

9 a 13 de maio de 2016

Decreto nº 8.772, de 11.5.2016 - Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 90, p. 3, em 12.5.2016.

[Informativo 826](#)

SUMÁRIO

Plenário

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 6

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 7

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 8

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 4

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 5

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 6

Defensoria pública estadual e data limite para repasse de duodécimos

Defensoria pública e participação na sua proposta orçamentária

ADPF: associação e legitimidade ativa

Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário - 1

Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário - 2

Conflito de atribuições e superfaturamento em construção de conjuntos habitacionais - 2

Conflito de atribuições e Fundef - 4

Conflito de atribuições e Fundef - 4

1ª Turma

“Habeas corpus” e desclassificação

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 1

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 2

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 3

2ª Turma

Crime de desobediência eleitoral e não enquadramento

Uso de munição como pingente e atipicidade

Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Réu Preso - Devido Processo Legal - Inquirição de Testemunhas - Direito de Presença e Audiência - Inobservância - Nulidade Absoluta (HC 130328/SC)

PLENÁRIO

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 6

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade em que se pretendia a suspensão da eficácia do § 3º do art. 134 da CF, introduzido pela EC 74/2013, segundo o qual se aplica às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal o disposto no § 2º do mesmo artigo, este introduzido pela EC 45/2004, a assegurar às Defensorias Públicas estaduais autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF – v. Informativos 802 e 804. O Colegiado equacionou que a controvérsia diria respeito à aplicabilidade, às propostas de emenda constitucional, da cláusula de iniciativa legislativa reservada à Presidência da República (CF, art. 61, § 1º). Além disso, discutia-se eventual ofensa ao postulado da separação de Poderes (CF, art. 60, § 4º, III) em decorrência da edição de emenda constitucional sobre matéria disposta no art. 61, § 1º, II, da CF, sem que o processo constituinte reformador tenha sido deflagrado pelo titular da iniciativa fixada nesse dispositivo para as leis complementares e ordinárias. A respeito, o direito constitucional pátrio inscreve a emenda constitucional entre os atos elaborados por meio de processo legislativo (CF, art. 59). A jurisprudência da Corte reconhece, com apoio no princípio da simetria, a inconstitucionalidade de emendas a Constituições estaduais, por inobservância da reserva de iniciativa do Chefe do Executivo. Não há, por outro lado, precedente do Colegiado a assentar, no plano federal, a sujeição do poder constituinte derivado à cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Executivo prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, da CF, para o Poder Legislativo complementar e ordinário (poderes constituídos). A orientação de que o poder das assembleias legislativas de emendar constituições estaduais está sujeito à reserva de iniciativa do Executivo local existe desde antes do advento da CF/1988. O poder constituinte, originário ou derivado, delimita as matérias alçadas ao nível constitucional, e também aquelas expressamente atribuídas aos legisladores ordinário e complementar. Assim, norma de constituição estadual dotada de rigidez não imposta pela Constituição Federal é contrária à vontade desta. Portanto, não se reveste de validade constitucional a emenda a Constituição estadual que, subtraindo o regramento de determinada matéria do titular da reserva de iniciativa legislativa, eleva-a à condição de norma constitucional. Desse modo, emana da jurisprudência do STF a visão de que o poder constituinte estadual jamais é originário. É poder constituído, cercado por limites mais rígidos do que o poder constituinte federal. A regra da simetria é exemplo disso. Por essa razão, as assembleias legislativas se submetem a limites rígidos quanto ao poder de emenda às constituições estaduais. Entretanto, não há precedentes no sentido de que as regras de reserva de iniciativa contempladas no art. 61 da CF alcançam o processo de emenda à Constituição disciplinado em seu art. 60.

ADI 5296 MC/DF, rel. Min. Rosa Weber, 18.5.2016. (ADI-5296)

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 7

O Tribunal consignou que os limites formais ao poder constituinte derivado são os inscritos no art. 60 da CF, segundo o qual a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: a) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; ou c) de mais da metade das assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Já a iniciativa privativa de leis sobre determinadas matérias é assegurada, no plano federal, ao Presidente da República, ao STF, aos tribunais superiores e ao Procurador-Geral da República. Não existe, portanto, identidade entre o rol dos legitimados para a propositura de emenda à Constituição e o dos atores aos quais reservada a iniciativa legislativa sobre determinada matéria. É, pois, insubsistente condicionar a legitimação para propor emenda à Constituição, nos moldes do art. 60 da CF, à leitura conjunta desse dispositivo com o art. 61, § 1º, que prevê as hipóteses em que a iniciativa de leis ordinárias e complementares é privativa da Presidência da República. Do contrário, as matérias cuja iniciativa legislativa é reservada ao STF, aos tribunais superiores ou ao Procurador-Geral da República não poderiam ser objeto de emenda constitucional. De um lado, nenhum daqueles legitimados figura no rol do art. 60 da CF e, de outro, nenhum dos relacionados no mesmo dispositivo pode propor emenda sobre essas matérias. Além disso, existem diversas emendas constitucionais em vigor, cuja constitucionalidade poderia ser legitimamente desafiada, se prevalecesse a tese da aplicação, às propostas de

emenda, das cláusulas que reservam ao Executivo e ao Judiciário a iniciativa legislativa sobre certos temas. No caso da EC 74/2013, o preceito por ela introduzido diz respeito à Defensoria Pública como instituição, e não ao regime jurídico de seus integrantes. Ainda que, indiretamente, em momento posterior, alteração dessa natureza pudesse refletir no regime jurídico citado, a EC 74/2013 não tem como objeto o reconhecimento de vantagens funcionais, sequer equivale a norma dessa natureza. Nesse contexto, está ausente o “*fumus boni iuris*” necessário à concessão da cautelar.

ADI 5296 MC/DF, rel. Min. Rosa Weber, 18.5.2016. (ADI-5296)

EC: vício de iniciativa e autonomia da Defensoria Pública - 8

O Plenário acrescentou que, a se entender incidente a cláusula da reserva de iniciativa do Presidente da República sobre as propostas de emenda à Constituição, sua inobservância traduziria, também, afronta à separação de Poderes, independentemente do conteúdo material da emenda. O desequilíbrio se caracteriza pela ingerência de um poder constituído no terreno exclusivo de outro – o Executivo. Por outro lado, afastada a emenda constitucional do âmbito de incidência da cláusula de reserva de iniciativa legislativa, ainda se lhe impõem os limites materiais do art. 60, § 4º, da CF. Assim, é necessário analisar a EC 74/2013 à luz desse postulado. A respeito, o § 2º do art. 134 da CF, introduzido pela EC 45/2004, deve ser também verificado sob esse aspecto. No ponto, a legitimidade da EC 45/2004, no que assegura autonomia às Defensorias Públicas estaduais, está respaldada pela jurisprudência do STF, embora ainda não tenha sido objeto de análise específica. Entretanto, o art. 60, § 4º, da CF, não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. Esta, ressalvada a imutabilidade das cláusulas pétreas, consagra, mormente por meio das emendas constitucionais, abertura dinâmica ao redesenho das instituições, com vista a seu aperfeiçoamento, desde que observadas, no processo, as garantias constitucionais voltadas a impedir a deturpação do próprio mecanismo e a preservar a essência constitucional. No caso, sob esse enfoque, a concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados-Membros não parece incompatível com a ordem constitucional. Pelo contrário, essa medida é tendente ao aperfeiçoamento do próprio sistema democrático. Nesse contexto, a assistência jurídica aos hipossuficientes é direito fundamental, na linha do amplo acesso à justiça. Além disso, essa arquitetura institucional encontra respaldo em práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional, a exemplo do estabelecido na Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Ademais, o art. 127, § 2º, da CF assegura ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa. Todavia, nem sempre são legítimas alterações de outra ordem ou em outros segmentos. É indispensável o exame de cada caso, em face do art. 60, § 4º, III, da CF. Ademais, as atribuições da Defensoria Pública não têm vinculação direta com a essência da atividade executiva. Por fim, o Colegiado apontou a ausência de “*periculum in mora*”, tendo em vista o ajuizamento da ação decorrido mais de um ano da promulgação da EC 74/2013. Além disso, o apontado risco de lesão aos cofres públicos não teria relação direta com a emenda, isso porque a Constituição, ao atribuir autonomia, não trata de autonomia financeira, mas sim administrativa e funcional. Nesse sentido, iniciativa de proposta orçamentária – a ser submetida a posterior controle do Legislativo – não implica autonomia orçamentária. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que deferiram a medida acauteladora.

ADI 5296 MC/DF, rel. Min. Rosa Weber, 18.5.2016. (ADI-5296)

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 4

O Plenário concluiu o julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se discutia a autonomia de Defensorias Públicas estaduais – v. Informativo 802. Na ADI 5.286/AP, debatia-se a constitucionalidade de dispositivos da LC 86/2014 do Estado do Amapá, que atribuem ao chefe do Executivo estadual competências administrativas, como as de prover cargos e de aplicar penalidades no âmbito da Defensoria Pública local. O Colegiado, por maioria, conheceu parcialmente da ação e julgou o pedido procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade de expressões que submetem a Defensoria Pública a atos do governador, por ofensa aos artigos 24, XIII e § 1º; e 134, ambos da CF. Reputou que o conhecimento parcial da ação se impõe pelo fato de a via eleita se prestar, no caso, somente à apreciação da referida lei complementar, mas não à análise de atos normativos secundários, atos de efeitos

concretos ou, ainda, atos administrativos. No mérito, assinalou que a garantia constitucional do acesso à justiça exige a disponibilidade de instrumentos processuais idôneos à tutela dos bens jurídicos protegidos pelo direito positivo. Nesse sentido, a Constituição atribui ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral aos necessitados. Assim, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, representa verdadeira essencialidade do Estado de Direito. Quanto às Defensorias Públicas estaduais, a EC 45/2004 conferiu-lhes autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa própria para a elaboração de suas propostas orçamentárias. Além disso, o art. 24 da CF estabelece competências concorrentes entre União e Estados-Membros para legislar sobre certos temas, determinando a edição de norma de caráter genérico na primeira e de caráter específico na segunda hipótese. Conseqüentemente, as leis estaduais que, no exercício da competência legislativa concorrente, disponham sobre as Defensorias Públicas estaduais devem atender às disposições já constantes das definições de regras gerais realizadas pela LC 80/1994. Na situação dos autos, atribuiu-se ao governador a incumbência de nomear membros da carreira para diversos cargos elevados dentro da instituição, o que é incompatível com a referida lei complementar e com o texto constitucional. No que se refere à autonomia financeira, as Defensorias Públicas estaduais têm a prerrogativa de formular sua própria proposta orçamentária. Assim, a elas deve ser assegurada a iniciativa de lei para a fixação do subsídio de seus membros (CF, art. 96, II). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido improcedente.

ADI 5286/AP, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5286)

ADI 5287/PB, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5287)

ADPF 339/PI, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADPF-339)

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 5

Por sua vez, na ADI 5.287/PB, discutia-se a constitucionalidade de ato mediante o qual o governador, por meio da Lei 10.437/2015 do Estado da Paraíba, reduzira unilateralmente valores previstos na LOA destinados à Defensoria Pública, em relação ao que inicialmente proposto pela instituição quando da consolidação da proposta orçamentária enviada ao Legislativo. Nesse caso, o Plenário conheceu parcialmente do pleito e, por maioria, julgou-o procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei, sem pronúncia de nulidade, apenas quanto à parte em que fixada a dotação orçamentária à Defensoria Pública estadual, em razão da prévia redução unilateral. Ademais, assentou o entendimento de que é inconstitucional a redução unilateral pelo Poder Executivo dos orçamentos propostos pelos outros Poderes e por órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na fase de consolidação do projeto de lei orçamentária anual, quando tenham sido elaborados em obediência às leis de diretrizes orçamentárias e enviados conforme o art. 99, § 2º, da CF, cabendo-lhe apenas pleitear ao Poder Legislativo a redução pretendida, visto que a fase de apreciação legislativa é o momento constitucionalmente correto para o debate de possíveis alterações no projeto de lei orçamentária. Preliminarmente, por decisão majoritária, o Tribunal afastou questão atinente à eventual prejudicialidade do pedido, tendo em conta o exaurimento da eficácia da LOA para o exercício financeiro de 2015. Entendeu que a impugnação fora feita em tempo adequado, a ação fora incluída em pauta e o julgamento fora iniciado antes do aludido exaurimento de eficácia. Além disso, é necessário pacificar a controvérsia para fins de fixação de precedente, mesmo porque toda LOA possui eficácia exígua. Portanto, condicionar o enfrentamento do tema à eficácia da norma, nessas hipóteses, pode implicar o esvaziamento da possibilidade de controle de constitucionalidade. Vencidos, no tocante à preliminar, os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente), que julgavam o pedido prejudicado, tendo em conta a perda superveniente de objeto. No mérito, o Colegiado, inicialmente, reportou-se aos fundamentos do caso anterior. Acrescentou que as Defensorias Públicas têm a prerrogativa de elaborar e apresentar suas propostas orçamentárias, as quais devem, posteriormente, ser encaminhadas ao Executivo. Há apenas dois requisitos para tanto: a) a proposta orçamentária deve ser elaborada em consonância com o que previsto na respectiva LDO; e b) a proposta deve ser encaminhada em conformidade com a previsão do art. 99, § 2º, da CF. A apreciação das leis orçamentárias deve se dar perante o órgão legislativo correspondente, ao qual cabe deliberar sobre a proposta apresentada, fazendo-lhe as modificações que julgue necessárias. Ressaltou, no ponto, o art. 166 da CF. Na espécie, assinalou que, no momento da consolidação da proposta orçamentária a ser encaminhada à assembleia estadual, o governador reduzira unilateralmente os valores das propostas apresentadas pelo Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Tribunal de

Contas e Defensoria Pública, apesar de as propostas estarem em conformidade com a LDO, o que afronta a Constituição. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido.

ADI 5286/AP, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5286)

ADI 5287/PB, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5287)

ADPF 339/PI, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADPF-339)

Defensoria Pública: autonomia funcional, administrativa e orçamentária - 6

No que se refere à ADPF 339/PI, fora ajuizada em face de suposta omissão do governador do Estado do Piauí, consistente na ausência de repasse de duodécimos orçamentários à Defensoria Pública estadual, na forma da proposta originária. O Colegiado, por maioria, julgou procedente o pedido para, diante de lesão aos artigos 134, § 2º; e 168, ambos da CF, determinar ao governador que proceda ao repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês, da integralidade dos recursos orçamentários destinados à Defensoria Pública estadual pela LOA para o exercício financeiro de 2015, inclusive quanto às parcelas já vencidas, assim também em relação a eventuais créditos adicionais destinados à instituição. Sublinhou serem asseguradas às Defensorias Públicas a autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua proposta orçamentária, por força da Constituição. O repasse de recursos correspondentes, destinados à Defensoria Pública, ao Judiciário, ao Legislativo e ao Ministério Público, sob a forma de duodécimos, é imposição constitucional. O repasse de duodécimos destinados ao Poder Público, quando retidos pelo governo, constitui prática indevida de flagrante violação aos preceitos fundamentais da Constituição. Ademais, o princípio da subsidiariedade, ínsito ao cabimento da arguição, é atendido diante da inexistência, para a autora, de outro instrumento igualmente eficaz ao atendimento célere da tutela constitucional pretendida. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido improcedente.

ADI 5286/AP, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5286)

ADI 5287/PB, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADI-5287)

ADPF 339/PI, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADPF-339)

Defensoria Pública estadual e data limite para repasse de duodécimos

O Plenário iniciou julgamento de referendo em medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se discute eventual afronta às regras dos artigos 134, § 2º, e 168 da CF pela retenção do repasse de duodécimo referente à dotação orçamentária de Defensoria Pública estadual (“Art. 134 ... § 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º” e “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”). Na espécie, chefe de Poder Executivo estadual omitira-se em realizar o repasse da dotação orçamentária da Defensoria Pública estadual na forma de duodécimos até o dia vinte do mês correspondente. O Ministro Edson Fachin (relator) referendou a medida cautelar por ele concedida monocraticamente e julgou prejudicado o agravo regimental interposto. Considerou haver, no caso concreto, inadimplemento do dever imposto pela Constituição ao Poder Executivo estadual. Apontou haver abuso no exercício de competência financeira, por parte daquele que detém posição de primazia na execução orçamentária. Destacou que a retenção injusta de duodécimos referentes à dotação orçamentária representaria óbice ao pleno exercício de função inerente à Defensoria Pública estadual. Dessa forma, estaria em risco o direito de acesso à Justiça e o dever estatal de prestação de assistência jurídica integral e gratuita a todos que dela necessitarem. Em seguida, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia.

ADPF 384 Referendo-MC/MG, rel. Min. Edson Fachin, 18.5.2016. (ADPF-384)

Defensoria Pública e participação na sua proposta orçamentária

Por fixar os limites do orçamento anual da Defensoria Pública estadual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias enviada pelo governador à assembleia legislativa deve contar com a participação prévia daquela instituição pública. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, referendou a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 7º, § 2º, da Lei 18.532/2015 do Estado do Paraná [“Art. 7º. ... § 2º A Defensoria Pública do Paraná, compreendendo seus Órgãos, Fundos e Entidades, terá como limite para elaboração de sua proposta orçamentária de 2016 e fixação de despesas com Recursos Ordinários do Tesouro Estadual o montante de até R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais)”. Na espécie, embora a Defensoria Pública tenha tido um corte drástico em seu orçamento em relação ao ano anterior, a questão debatida é a ausência daquela instituição no processo de formulação da proposta de lei orçamentária. O Ministro Roberto Barroso (relator) ressaltou que, quando a ação fora protocolada, o Poder Legislativo estava em vias de votar a própria lei orçamentária. Em razão disso, a liminar fora concedida para que a Defensoria Pública apresentasse sua proposta diretamente à assembleia legislativa. O Plenário, ao referendar a medida liminar, assentou a necessidade de participação da Defensoria Pública. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a medida cautelar. Assentava a situação de penúria em que se encontram os Estados-Membros. Apontava que, regra geral, os poderes da República deteriam autonomia administrativa e financeira, exceção aberta pela Constituição quanto ao Ministério Público.

ADI 5381 Referendo-MC/PR, rel. Min. Roberto Barroso, 18.5.2016. (ADI-5381)

ADPF: associação e legitimidade ativa

As associações que representam fração de categoria profissional não são legitimadas para instaurar controle concentrado de constitucionalidade de norma que extrapole o universo de seus representados. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual se discutia a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages). Na espécie, a referida associação questionava dispositivo da LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). A Corte assentou a ilegitimidade ativa da mencionada associação. Manteve o entendimento firmado na decisão agravada de que, se o ato normativo impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não seria legítimo permitir-se que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugnasse a norma, pela via abstrata da ação direta. O Ministro Barroso acompanhou a conclusão do relator, porém, com fundamentação diversa. Assentou que as associações que representam fração de categoria profissional seriam legitimadas apenas para impugnar as normas que afetassem exclusivamente seus representados. Dessa forma, a sub-representação de grupos fracionários de categorias profissionais estaria evitada, ao mesmo tempo em que se respeitaria a restrição constitucional de legitimação ativa. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Apontava não ser possível o monopólio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) quanto à legitimidade para o processo objetivo de controle de constitucionalidade.

ADPF 254 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADPF-254)

Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário - 1

O Plenário, por decisão majoritária, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem assim de ausência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. O Colegiado entendeu que, ao suspender a exigibilidade de registro sanitário do medicamento, a lei impugnada discrepa da Constituição (art. 196) no tocante ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. O STF, em atendimento ao preceito constitucional, tem proferido decisões a garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federados, em responsabilidade

solidária, fornecê-los. O caso, entretanto, não se amolda a esses parâmetros. Sucede que, ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias. Isso porque a busca pela cura de enfermidades não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico. Na elaboração do ato impugnado, fora permitida a distribuição do remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária. Entretanto, a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12). O registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida. A lei em debate é casuística ao dispensar o registro do medicamento como requisito para sua comercialização, e esvazia, por via transversa, o conteúdo do direito fundamental à saúde.

ADI 5501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2016. (ADI-5501)

Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário - 2

O Tribunal vislumbrou, na publicação do diploma impugnado, ofensa à separação de Poderes. Ocorre que incumbe ao Estado, de modo geral, o dever de zelar pela saúde da população. Entretanto, fora criado órgão técnico, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde (Anvisa), à qual incumbe o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados. A atividade fiscalizatória (CF, art. 174) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos. Não cabe ao Congresso, portanto, viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento. Assim, é temerária a liberação da substância em discussão sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que concediam a medida liminar para dar interpretação conforme à Constituição ao preceito impugnado. Reputavam que o uso do medicamento, nos termos da lei, deveria ser autorizado a pacientes em estágio terminal.

ADI 5501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2016. (ADI-5501)

Conflito de atribuições e superfaturamento em construção de conjuntos habitacionais - 2

Compete ao PGR, na condição de órgão nacional do Ministério Público, dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais. Com base nesse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, não conheceu de conflito de atribuições suscitado pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do MPF, na hipótese em que investigado superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais em município paranaense – v. Informativo 707. Na espécie, os valores para o financiamento das obras teriam sido disponibilizados pela Caixa Econômica Federal (CEF), oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e colocadas no mercado de consumo por meio do Sistema Financeiro de Habitação. A Corte afirmou que o PGR exerceria a posição de chefe nacional do Ministério Público. Essa instituição – apesar da irradiação de suas atribuições sobre distintos órgãos – seria una, nacional e, de essência, indivisível. Quando a disciplina prevista nos parágrafos 1º e 3º do art. 128 da CF distribui a chefia dos respectivos ramos do Ministério Público – da União e dos Estados, respectivamente – outra coisa não seria pretendida senão a ordenação administrativa, organizacional e financeira de cada um dos órgãos, o que reafirmaria a ausência de hierarquia entre os órgãos federais e estaduais do Ministério Público nacional. Contudo, assentada a obrigação constitucional de o PGR dirimir conflitos de atribuições, não se relevaria, com isso, sua atuação como chefe do MPU, mas sim a identificação do PGR como órgão nacional do “parquet”. Com efeito, em diversas passagens da Constituição seria observada, de modo decisivo, a atribuição de poderes e deveres ao PGR, os quais, especialmente por suas abrangências, não se confundiriam com as atribuições dessa autoridade como chefe do MPU. Nesse sentido, entre outras hipóteses, o art. 103, VI, da CF, fixa a competência do PGR para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF; o art. 103, § 1º, da CF, determina que o PGR seja previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência daquela Corte; o art. 103-B da CF atribui ao PGR a escolha do membro do Ministério Público estadual

que integra o CNJ, dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual. O órgão nacional, portanto, encontrar-se-ia em posição conglobante dos Ministérios Públicos da União e dos Estados-Membros. Por outro lado, as competências do STF e do STJ deteriam caráter taxativo, e em nenhuma delas estaria previsto dirimir os conflitos de atribuições em questão. Por fim, não se extrairia dessa situação conflito federativo apto a atrair a competência do STF. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que conhecia do conflito e estabelecia a atribuição do MPF para proceder à investigação aventada.

ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux, 19.5.2016. (ACO-924)

Conflito de atribuições e Fundef - 4

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, não conheceu de conflito de atribuições suscitado pelo MPF em face do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte relativamente à investigação de supostas irregularidades concernentes à gestão de recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) – v. Informativos 604, 699 e 752. No caso, fora instaurado inquérito civil, a pedido do Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do Fundef, pelo “parquet” estadual da Comarca de João Câmara/RN, visando apurar a existência de irregularidades no Município de Bento Fernandes/RN no tocante às ordens de despesas à conta do Fundef. A Corte reiterou a fundamentação expendida no julgamento da ACO 924/PR (acima noticiada). Reajustou seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que conhecia do conflito e estabelecia a atribuição do MPF para proceder à investigação aventada.

ACO 1394/RN, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 19.5.2016. (ACO-1394)

Conflito de atribuições e Fundef - 4

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, não conheceu de conflitos de atribuições suscitados pelo MPF em face do Ministério Público do Estado de São Paulo (Pet 4706/DF) e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (Pet 4863/RN) relativamente a investigação de supostas irregularidades concernentes à gestão de recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério (Fundef) – v. Informativos 626 e 699. A Corte reiterou a fundamentação expendida no julgamento da ACO 924/PR (acima noticiada). Reajustaram os votos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski (Presidente) e Luiz Fux. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Ayres Britto e Joaquim Barbosa, que conheciam dos conflitos e estabeleciam a atribuição do MPF para proceder à investigação aventada.

Pet 4706/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 19.5.2016. (Pet-4706)

Pet 4863/RN, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 19.5.2016. (Pet-4863)

PRIMEIRA TURMA

“Habeas corpus” e desclassificação

É incabível a utilização de “habeas corpus” impetrado com a finalidade de obter a desclassificação de homicídio com dolo eventual (CP, art. 121, c/c art. 18, I) para homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302, § 2º), na hipótese em que discutida a existência de dolo eventual ou culpa consciente na conduta do motorista que se apresente em estado de embriaguez. Essa a orientação da Primeira Turma, que não conheceu de “habeas corpus” impetrado em face de acórdão do STJ, porquanto inviável a interposição de “habeas corpus” com

caráter substitutivo de recurso extraordinário. Destacou que a cognição do referido remédio constitucional, em matéria de verificação probatória, seria relativamente estreita. Além disso, reiterou o que decidido do RHC 116.950/ES (DJe de 14.2.2014) no sentido de que seria “admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. Mesmo em crimes de trânsito, definir se os fatos, as provas e as circunstâncias do caso autorizam a condenação do paciente por homicídio doloso ou se, em realidade, trata-se de hipótese de homicídio culposo ou mesmo de inocorrência de crime é questão que cabe ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri”. Vencidos os Ministros Luiz Fux (relator) e Marco Aurélio, que, ao invocar precedente firmado quando do julgamento do HC 107.801/SP (DJe de 13.10.2011), conheciam do “habeas corpus” e deferiam a ordem.

HC 131029/RJ, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 17.5.2016. (HC-131029)

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 1

A Primeira Turma, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação penal para condenar acusado da prática dos crimes de peculato-desvio e assunção de obrigação no último ano do mandato (CP, artigos 312 e 359-C) à pena de dois anos, oito meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial aberto, além da pena pecuniária de doze dias multa. Na espécie, o acusado teria desviado numerário referente a retenções feitas administrativamente nas remunerações de servidores públicos municipais que contraíram empréstimos consignados junto a determinada instituição financeira. Além disso, em razão da não transferência do referido numerário ao banco, o acusado autorizara a assunção de obrigação para com a referida instituição no montante de R\$ 8.385.486,73 no último ano do seu mandato. A defesa sustentava: a) a violação do princípio do promotor natural; b) a inexistência de fato típico; c) a impossibilidade de responsabilização objetiva do acusado; d) a configuração de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa; e) o caráter privado dos valores correspondentes dos créditos consignados, o que não ensejaria a configuração do crime de peculato; e f) a ausência de prova quanto ao crime de assunção de obrigação no último ano do mandato. Preliminarmente, a Turma rejeitou a alegação de violação ao princípio do promotor natural, reiterado o quanto decidido no HC 90.277/DF (DJe de 1º.8.2008) no sentido da inexistência do citado princípio no ordenamento jurídico brasileiro. No mérito, o Colegiado, relativamente à imputação do crime de peculato-desvio, assentou a materialidade do delito. A consumação desse crime ocorreria no momento que houvesse a efetiva destinação diversa do dinheiro ou valor de que tivesse posse o agente, independente da obtenção material de proveito próprio ou alheio. Assim, a consumação, no caso em comento, teria se dado com a não transferência dos valores retidos na fonte dos servidores municipais ao banco detentor do crédito, referentes a empréstimos consignados em folha de pagamento. Com isso, teria havido a alteração do destino da aplicação dos referidos valores. O município seria mero depositário das contribuições descontadas dos contracheques de seus servidores, as quais pertenceriam ao banco. Desse modo, os valores retidos não seriam do Município, não configurando receita pública. Tratar-se-ia de verba particular não integrante do patrimônio público.

AP 916/AP, rel. Min. Roberto Barroso, 17.5.2016. (AP-916)

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 2

Relativamente à autoria do delito, além do dolo na conduta verificada, a Turma consignou que o acusado, na qualidade de prefeito, teria deixado de repassar os valores retidos dos salários dos servidores municipais à instituição financeira, descumprindo os termos do convênio firmado entre esta última e o município. O réu, em seu interrogatório, teria afirmado que o não repasse dos valores ao banco se dera em função da necessidade de pagamento de funcionários do município, que se encontraria em momento de crise, e que, posteriormente, com o repasse de ICMS pelo governo estadual, faria a compensação das consignações. Assim, teria ficado provada a intenção, o dolo, de não repassar os valores para a instituição financeira, descumprindo, também, a legislação referente a operações de crédito com desconto em folha de pagamento (Lei 10.820/2003). Portanto, a partir do momento em que o acusado, consciente e voluntariamente, se apropria de verbas que detém em razão do cargo que ocupa e as desvia para finalidade distinta, pagando os salários dos servidores municipais, não haveria dúvidas quanto à prática do delito de peculato-desvio.

AP 916/AP, rel. Min. Roberto Barroso, 17.5.2016. (AP-916)

Empréstimos consignados e retenção por prefeito - 3

A Turma ressaltou a existência de depoimentos constantes dos autos a apontar que o município em questão estaria passando por dificuldades em razão da crise mundial, além de ter sido prejudicado no repasse proveniente do Fundo de Participação dos Municípios. Assim, segundo alegado pela defesa, o acusado não teria outra solução que não a de reter as verbas destinadas para o pagamento de seus servidores, as quais possuiriam natureza alimentar. No entanto, também constaria dos autos informação relativa ao aumento da folha de pagamento do município, com a contratação de pessoal, e à efetivação de repasses voluntários para instituições não governamentais. A existência desses fatos tornaria inviável o reconhecimento de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa a afastar o juízo de reprovação penal. Outrossim, também estaria comprovada nos autos a materialidade e a autoria do crime de assunção de obrigação no último ano de mandato. A conduta em comento estaria intimamente ligada ao crime de peculato-desvio, já que no último ano não fora repassado ao banco beneficiário os valores retidos dos servidores municipais e, conseqüentemente, fora deixada para a administração posterior o encargo de quitar esses débitos. Vencidos, em parte, os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, que vislumbravam a existência, na hipótese em comento, unicamente do delito previsto no art. 359-C do CP.

AP 916/AP, rel. Min. Roberto Barroso, 17.5.2016. (AP-916)

SEGUNDA TURMA

Crime de desobediência eleitoral e não enquadramento

Não comete crime de desobediência eleitoral o candidato que, proibido de ingressar em órgãos públicos com o intuito de realizar atos inerentes à campanha eleitoral, adentra prédios da Administração Pública para filmar e fotografar. Com base nessa orientação, a Segunda Turma julgou improcedente a acusação contra o denunciado, nos termos do art. 6º da Lei 8.038/1990, c/c o art. 386, III, do CPP (Lei 8.038/1990: “Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas” e CPP: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: ... III - não constituir o fato infração penal”). Na espécie, magistrado eleitoral determinara que os integrantes da coligação a que pertencia o denunciado não entrassem nos prédios onde funcionavam as repartições públicas municipais, com o intuito de realizar atos inerentes à campanha eleitoral, sob pena de responderem por crime de desobediência (Código Eleitoral, art. 347). Conforme depoimentos de testemunhas, o representante da coligação fora notificado dessa ordem judicial e a comunicara ao denunciado. Este, em seu interrogatório, sustentara ter conhecimento de denúncia de que o prefeito, adversário político da coligação, cooptava servidores da prefeitura para que participassem de seus comícios nos horários de expediente. Com a finalidade de checar essas informações, deslocara-se às repartições públicas para filmar e fotografar os servidores que estivessem a trabalhar. Após a diplomação do denunciado como deputado federal, a competência fora declinada ao STF. A Turma apontou que, ainda que o evento pudesse ter causado transtorno às atividades públicas, não se narrara pedido de voto ou outra manifestação que pudesse ser enquadrada como ato de campanha eleitoral. Destacou que a conduta em questão fora um ato de fiscalização da Administração Pública, ainda que praticado em persecução aos interesses eleitorais do grupo ao qual o denunciado era vinculado.

Inq 3909/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.5.2016. (Inq-3909)

Uso de munição como pingente e atipicidade

É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma. Com base nessa orientação, a Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer a decisão de tribunal

local que absolvera o paciente. Na espécie, o paciente portava – como pingente – munição de uso proibido sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Lei 10.826/20013, art. 16, “caput”). Condenado em primeira instância à pena de três anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, fora absolvido pelo tribunal local. Segundo a Corte estadual, a conduta imputada ao sentenciado não representava qualquer perigo de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, “caput”, da Lei 10.826/2003. A condenação fora restabelecida pelo STJ para afastar a atipicidade da conduta, objeto do presente “habeas”. A Turma apontou que, no caso concreto, o comportamento do paciente não oferecera perigo, abstrato ou concreto.

HC 133984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.5.2016. (HC-133984)

Execução de honorários sucumbenciais e fracionamento

Não é possível fracionar o crédito de honorários advocatícios em litisconsórcio ativo facultativo simples em execução contra a Fazenda Pública por frustrar o regime do precatório. Com base nessa tese, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental em recurso extraordinário no qual se sustentava tal possibilidade ao argumento de inexistência de ofensa ao art. 100, §§4º e 8º da CF e ao art. 87, I, do ADCT. O Colegiado afirmou que, na situação dos autos, a parte recorrente pretendia promover a execução dos honorários advocatícios, não apenas de forma autônoma do débito principal, mas também de forma fracionada, levando-se em conta o número de litisconsortes ativos. No entanto, como a verba honorária pertence a um mesmo titular, seu pagamento de forma fracionada, por requisição de pequeno valor (RPV), encontra óbice no art. 100, § 8º, da CF. Em acréscimo, o Ministro Teori Zavascki aduziu que a existência de litisconsórcio facultativo não pode ser utilizada para justificar a legitimidade do fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária no título executivo for global, ou seja, se buscar remunerar o trabalho em conjunto prestado aos litisconsortes. Assim, não caberia confundir o valor do crédito da verba honorária com o modo adotado 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. Nesse sentido, ressaltou que os honorários advocatícios gozam de autonomia em relação ao crédito principal, e com ele não se confunde.

RE 949383 AgR/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.5.2016. (RE-949383)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	18.5.2016	19.5.2016	12
1ª Turma	17.5.2016	–	59
2ª Turma	17.5.2016	–	102

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 16 a 20 de maio de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 957.650-AM

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS (SUFRAMA). COBRANÇA DA TAXA DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS, INSTITUÍDA PELO ART. 1º DA LEI 9.960/00. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É inconstitucional o art. 1º da Lei 9.960/00, que instituiu a Taxa de Serviços Administrativos (TSA), por não definir de forma específica o fato gerador da exação.
2. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

16 a 20 de maio de 2016

HC N. 126.292-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

*noticiado no Informativo 814

AG. REG. NO HC N. 133.855-RJ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA ATENDER AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E PARA EXAURIR A INSTÂNCIA RECORRIDA, PRESSUPOSTO PARA INAUGURAR A COMPETÊNCIA DO STF.

1. O *habeas corpus* ataca diretamente decisão monocrática de Ministro do STJ. Em casos tais, o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de *habeas corpus*, de competência de outro tribunal.

2. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de *habeas corpus* substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF.

3. Ademais, o conhecimento do pedido implicaria dupla supressão de instância, pois ensejaria a deliberação de matéria que sequer foi objeto de apreciação definitiva pelo Tribunal estadual.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

RHC N. 131.735-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO DE DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO PARA O JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO E HABEAS CORPUS: IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal, não se preceitua ilegalidade em razão de ter exercido a função de Corregedor Regional da Justiça Federal da Segunda Região em processo administrativo instaurado em desfavor do Recorrente e a jurisdição no julgamento das referidas medidas judiciais.
2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou a impossibilidade de criação pela interpretação de causas de impedimento e suspeição. Precedentes.
3. *Recurso ordinário a qual se nega provimento.*

SEGUNDO AG. REG. NO AI 763.854-RS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito Administrativo. Improbidade. Pagamento de "propina" à serventuário da Justiça. Artigo 93, inciso IX. Violação. Não ocorrência. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. Não procede a alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente.
2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a análise da legislação infraconstitucional. Incidência das Súmulas n.ºs 279 e 636/STF.
3. Agravo regimental não provido.

Acórdãos Publicados: 406

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Réu Preso - Devido Processo Legal - Inquirição de Testemunhas - Direito de Presença e Audiência - Inobservância - Nulidade Absoluta (Transcrições)

HC 130328/SC*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

VOTO VENCIDO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Peço vênia, Senhor Presidente, para, conhecendo deste pedido, **deferir-lo** nos exatos termos postulados pela Defensoria Pública da União.

Ao assim decidir, tenho em consideração precedente do Supremo Tribunal Federal em que esta Corte **reafirmou** antiga orientação jurisprudencial no sentido **de que assiste**, ao réu (notadamente àquele que se encontrar preso), o direito de comparecer, mediante requisição do Poder Judiciário (na hipótese de estar sujeito à custódia do Estado), **à audiência de instrução processual** em que serão inquiridas testemunhas em geral, especialmente aquelas **arroladas pelo Ministério Público**, sob pena de nulidade absoluta.

Esse precedente, julgado em 2006, **acha-se consubstanciado** em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS’ - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, ‘D’) E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, ‘D’ E ‘F’) - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO DE OFÍCIO.

- O acusado, embora preso, **tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar**, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, **que se realiza**, sempre, sob a égide do contraditório. **São irrelevantes**, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa **não têm** - nem podem ter - **precedência** sobre as **inafastáveis** exigências de cumprimento e respeito **ao que determina** a Constituição. **Doutrina. Jurisprudência.**

- O direito de audiência, de um lado, **e o direito de presença do réu**, de outro, **esteja ele preso** ou não, **traduzem** prerrogativas jurídicas essenciais **que derivam** da garantia constitucional do ‘due process of law’ **e que asseguram**, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, **ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu**. **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, ‘d’) **e Convenção Americana** de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’).

- Essa prerrogativa processual **reveste-se** de caráter fundamental, **pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios e de normas que **amparam qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo que se trate** de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. **Precedentes.**”

(**HC 86.634/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale lembrar, Senhores Ministros, que essa posição jurisprudencial **veio a ser reafirmada** em 2009, **quando do julgamento**, por esta Corte Suprema, de processo **em que suscitada** controvérsia **idêntica** à que ora se examina **nestes autos**, **restando assim ementado**, no ponto que concerne à presente discussão, o acórdão deste Tribunal:

“HABEAS CORPUS’ - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL EM QUE INQUIRIDAS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO - RÉU REQUISITADO, MAS NÃO APRESENTADO AO JUÍZO DEPRECADO - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, ‘D’) E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, ‘D’ E ‘F’) - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - PEDIDO DEFERIDO.”

(**HC 93.503/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Tenho sustentado, nesta Suprema Corte, Senhores Ministros, **com apoio em autorizado magistério doutrinário** (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/136, 10ª ed., 1987, Saraiva; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “Processo Penal - O Direito de Defesa”, p. 240, 1986, Forense; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Acusação, Defesa e Julgamento”, p. 261/262, item n. 17, e p. 276,

item n. 18.3, 2001, Millennium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Novas Tendências do Direito Processual", p. 10, item n. 7, 1990, Forense Universitária; ANTONIO SCARANSE FERNANDES, "Processo Penal Constitucional", p. 280/281, item n. 26.10, 3ª ed., 2003, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCL, "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro", p. 189, item n. 7.2, 2ª ed., 2004, RT; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Direito à Prova no Processo Penal", p. 154/155, item n. 9, 1997, RT; VICENTE GRECO FILHO, "Tutela Constitucional das Liberdades", p. 110, item n. 5, 1989, Saraiva; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Direito Processual Penal", vol. 1/431-432, item n. 3, 1974, Coimbra Editora, v.g.), **que o acusado**, embora preso, **tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena** de nulidade absoluta, os atos processuais, **notadamente** aqueles que se produzem na fase de **instrução** do processo penal, **que se realiza, sempre, sob a égide** do contraditório, **sendo irrelevantes**, para esse efeito, "(...) **as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País**", **eis que** "(...) alegações de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - **precedência** sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição" (RTJ 142/477-478, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Esse entendimento tem por suporte o reconhecimento - *fundado na natureza dialógica* do processo penal acusatório, **impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente** democrático (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "O Processo Penal na Atualidade", "in" "Processo Penal e Constituição Federal", p. 13/20, 1993, APAMAGIS/Ed. Acadêmica) - **de que o direito de audiência**, de um lado, **e o direito de presença do réu**, de outro, **esteja ele preso ou não**, **traduzem** prerrogativas jurídicas essenciais **que derivam** da garantia constitucional do "due process of law" **e que asseguram**, por isso mesmo, ao acusado, **o direito de comparecer** aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, **ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu**.

Vale referir, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **o douto magistério** de ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ ("Garantias Processuais nos Recursos Criminais", p. 132/133, item n. 5.1, 2002, Atlas):

"A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais, constitui, assim, a autodefesa (...).

Saliente-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de estender-se a todos os atos de que o imputado participe. (...).

Na verdade, desdobra-se a autodefesa em 'direito de audiência' e em 'direito de presença', é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (...), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontre preso, impossibilitado de livremente deslocar-se ao fórum." (grifei)

Incensurável, por isso mesmo, **sob tal perspectiva**, o julgamento desta Suprema Corte, **de que foi Relator** o eminente Ministro LEITÃO DE ABREU, **consubstanciado** em acórdão que está assim ementado (RTJ 79/110):

"Habeas Corpus. Nulidade processual. O direito de estar presente à instrução criminal, conferido ao réu, assenta na cláusula constitucional que garante ao acusado ampla defesa. A violação desse direito importa nulidade absoluta, e não simplesmente relativa, do processo.

.....

Nulidade do processo a partir dessa audiência.

Pedido deferido." (grifei)

Cumpre destacar, nesse mesmo sentido, inúmeras outras decisões emanadas **deste** Supremo Tribunal Federal **que consagraram** esse entendimento (RTJ 64/332 - RTJ 66/72 - RTJ 70/69 - RTJ 80/37 - RTJ 80/703), **cabendo registrar**, por relevante, **julgamento** em que esta Suprema Corte **reconheceu essencial a presença** do réu preso **na audiência** de inquirição de testemunhas arroladas pelo órgão da acusação estatal, **sob pena de ofensa** à garantia constitucional da plenitude de defesa:

"'Habeas corpus'. Nulidade processual. O direito de estar presente à instrução criminal, conferido ao réu e seu defensor, assenta no princípio do contraditório. Ao lado da defesa técnica, confiada a profissional habilitado, existe a denominada autodefesa, através da presença do acusado aos atos processuais. (...)."

(RTJ 46/653, Rel. Min. DJACI FALCÃO - grifei)

Essa percepção do tema em exame - **que reconhece a ocorrência de nulidade absoluta na preterição** de formalidade **tão essencial** ao exercício do direito de defesa - **reflete-se**, por igual, no magistério jurisprudencial **de outros** Tribunais (RT 522/369 - RT 537/337 - RT 562/346 - RT 568/287 - RT 569/309 - RT 718/415):

"O direito conferido ao réu de estar presente à instrução criminal assenta-se na cláusula constitucional que garante ao acusado ampla defesa. A violação desse direito importa nulidade absoluta, e não apenas relativa, do processo."

(RT 607/306, Rel. Des. BAPTISTA GARCIA - grifei)

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito de presença do réu na audiência de instrução penal, especialmente quando preso, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa (mais especificamente da prerrogativa de autodefesa), também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, "d" e "f"), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 3, "d"), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras prerrogativas eminentes, o direito de comparecer e de estar presente à instrução processual, independentemente de achar-se sujeito, ou não, à custódia do Estado.

Mais recentemente, esta colenda Turma, ao julgar e deferir o "writ" constitucional em caso virtualmente idêntico ao ora em exame, proferiu decisão que, consubstanciada em acórdão assim ementado, analisou, com extrema precisão, a controvérsia em causa:

"HABEAS CORPUS'. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO SEM A PRESENÇA DOS RÉUS PRESOS EM OUTRA COMARCA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A ausência dos réus presos em outra comarca à audiência para oitiva de vítima e testemunhas da acusação constitui nulidade absoluta, independentemente da aquiescência do Defensor e da matéria não ter sido tratada em alegações finais.

2. Ordem concedida."

(HC 111.728/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - grifei)

A reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em favor de qualquer réu, independentemente do caráter hediondo do delito a ele imputado, o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, especialmente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, confere efetiva proteção a uma prerrogativa fundamental que a Constituição da República assegura às pessoas em geral.

Em suma: tenho para mim que a magnitude do tema constitucional versado na presente impetração impõe que se conceda a presente ordem de "habeas corpus", para impedir que se desrespeite uma garantia fundamental instituída pela Constituição da República em favor de qualquer réu.

Nesse sentido, Senhores Ministros, é o meu voto.

**acórdão publicado no DJe de 16.5.2016*

Informativo 827

SUMÁRIO

Plenário

Constituição do Estado da Paraíba - 12

Lei de Segurança Nacional: dolo específico e desclassificação

Indeferimento de ingresso de "amicus curiae" e recorribilidade - 3

Repercussão Geral

Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 1
Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 2
Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 3

1ª Turma

Reclamação e uso de algemas por ordem de autoridade policial
“Habeas Corpus”: competência de juiz instrutor e foro privilegiado

2ª Turma

Visita a detento e impetração de “habeas corpus”

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Educação Infantil - Creche - Inexistência - Controle Judicial - Legitimidade (RE 956475/RJ)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Constituição do Estado da Paraíba - 12

O Plenário concluiu o julgamento de ação direta ajuizada de inconstitucionalidade em face de dispositivos da Constituição do Estado da Paraíba — v. Informativos 223, 350 e 564. No que se refere à questão remanescente de exame, assentou o prejuízo do pedido quanto ao art. 34, § 2º, do diploma impugnado. O Tribunal levou em conta a nova redação do art. 34 (“Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto no art. 40 da Constituição Federal”), que faz expressa referência ao art. 40 da CF e se mantém, portanto, dentro das balizas constitucionais. No ponto, o relator reajustou seu voto.

ADI 469/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 25.5.2016. (ADI-469)

Lei de Segurança Nacional: dolo específico e desclassificação

Por não se tratar de questão envolvendo segurança nacional, o Plenário deu provimento a recurso ordinário criminal para, afastada a tipificação do art. 12, parágrafo único, da Lei 7.170/1983: a) desclassificar a imputação para a contravenção penal do art. 18 do Decreto-Lei 3.688/1941; b) reconhecer a nulidade “ab initio” do processo, diante da incompetência constitucional da Justiça Federal (CF, art. 109, IV); e c) declarar extinta a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos artigos 107, IV, e 109, V, ambos do CP. No caso, o recorrente fora condenado, como incurso nas sanções do art. 12, parágrafo único, da Lei 7.170/1983, à pena de quatro anos e oito meses de reclusão, por guardar e transportar material militar privativo das Forças Armadas. Sustentava, entretanto, que a tipificação do delito exigiria a comprovação do dolo específico, qual seja, a motivação política. Defendia que sua intenção era roubar uma agência bancária, sem motivação política, de modo a não haver ameaça à segurança nacional. O Colegiado entendeu não haver motivação política ou intenção de lesar ou expor a perigo de lesão: a) a integridade territorial e a soberania nacional; b) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; e c) a pessoa dos chefes dos Poderes da União, a fazer incidir a Lei de Segurança Nacional. Além disso, à época dos fatos (1997) não estava em vigência o Estatuto do Desarmamento, de modo que a legislação aplicável era a Lei das Contravenções Penais.

RC 1472/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 25.5.2016. (RC-1472)

Indeferimento de ingresso de “amicus curiae” e recorribilidade - 3

O Plenário retomou o julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que indeferira o pedido de ingresso do agravante — procurador da fazenda nacional — nos autos de ação direta de inconstitucionalidade como “amicus curiae” — v. Informativo 665. Na assentada, o Ministro Edson Fachin não conheceu do recurso. Invocou, para tanto, o princípio da segurança jurídica, tendo em conta que o recorrente não possui, à luz do arcabouço normativo e da jurisprudência vigente, legitimidade para figurar como “amicus curiae” em ação direta de inconstitucionalidade. Ainda que fosse possível conhecer do recurso, seu interesse estaria manifestado na defesa de direitos individuais, incompatível com a figura em pauta. Ademais, isso não significa alterar o entendimento segundo o qual órgãos e entidades podem recorrer ao Tribunal mediante agravo, para ter a sua representatividade aferida. Ressalvou a possibilidade, à luz do novo CPC, de eventualmente a Corte rever seu entendimento sobre a admissão de pessoa natural nessa figura. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio retificou seu voto, para conhecer do recurso. Reputou que, de acordo com a Lei 9.868/1999, a irrecorribilidade diz respeito apenas a juízo de admissibilidade do terceiro interessado. Assim, caso haja a inadmissibilidade, admite-se acesso ao Colegiado, por meio de

agravo. Em seguida, deliberou-se suspender o julgamento para aguardar o voto de desempate da Ministra Cármen Lúcia. ADI 3396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.5.2016. (ADI-3396)

REPERCUSSÃO GERAL

Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de aproveitamento de créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) decorrentes de aquisições de produtos originários da Zona Franca de Manaus submetidos ao regime de isenção. Na espécie, o acórdão recorrido reconhecera a existência do direito ao creditamento a ser utilizado na industrialização de mercadorias que tivessem a saída tributada, compensando-se os referidos créditos com o próprio IPI, em observância ao regime da não cumulatividade. A União busca a reforma do acórdão citado, porquanto seria patente a violação ao art. 153, § 3º, II, da CF, ao alargar indevidamente o preceito, além de importar em negativa de vigência ao art. 150, § 6º, também da CF. A Ministra Rosa Weber (relatora) negou provimento ao recurso. A relatora, inicialmente, assentou a existência de particularidade suficiente a distinguir o caso em comento de julgados anteriores do STF relativamente à não cumulatividade do IPI e seus efeitos. Essa particularidade seria o fato de os produtos em questão serem oriundos de local específico: a Zona Franca de Manaus. Isso consubstanciaria critério de distinção relativamente ao que decidido no RE 353.657/PR (DJe de 7.3.2008) e no RE 398.365 RG/RS (DJe de 22.9.2015) no sentido de que “os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero”. Contudo, esses e outros precedentes não versariam sobre a peculiar Zona Franca de Manaus. Tal área seria detentora de regime jurídico temporário e especialíssimo — único no formato federativo nacional —, com o escopo de realizar imprescindível missão desenvolvimentista ao considerar as mercadorias brasileiras a ela destinadas como “exportadas para o estrangeiro”, gozando dos benefícios fiscais concedidos à exportação, entre eles a desoneração frente ao IPI. De igual modo, importações realizadas por empresas situadas na Zona Franca não se submeteriam ao IPI, bem como seriam isentas desse imposto todas as mercadorias lá produzidas, quer se destinassem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do território nacional.

RE 592891/SP, rel. Min. Rosa Weber, 25.5.2016. (RE-592891)

Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 2

A relatora asseverou que, com a recepção do Decreto-lei 288/1967 — que institui a Zona Franca de Manaus — pela Constituição Federal (ADCT, art. 40), o resultado fora sua inserção na Federação brasileira, asseguradas as suas peculiaridades e ampliado o lapso temporal em que aquelas garantias deveriam ser preservadas, o que denotaria a importância desse projeto para o pacto federativo então firmado. Nessa senda, a isenção como incentivo ao desenvolvimento da Zona Franca seria uma forma singular de desoneração tributária. Essa isenção em especial não poderia ser tratada, conforme os comandos da Constituição, como isenção comum, pois diria respeito a uma área de incentivos fiscais com posição diferenciada pelo próprio texto constitucional. Durante o período garantido pela Constituição, o sistema constitucional determinaria tratamento diferenciado para os incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus para que ela seguisse fomentando o desenvolvimento da região, bem como a preservação ambiental e a própria integração nacional. Essas considerações denotariam que o tratamento tributário diferenciado para aquela relevante área encontraria suas razões na necessidade de desigualar juridicamente uma situação fática desigual para realizar, assim, a igualdade. Esse seria o sentido para a Constituição Federal de 1988 se ocupar, no ADCT, com a manutenção dos peculiares incentivos fiscais direcionados para a sub-região de Manaus. Logo, essa isenção não receberia, por determinação constitucional, o mesmo tratamento das isenções em geral, não se enquadrando, por conseguinte, nos julgamentos referidos acima. Nessa linha, a isenção do IPI de determinado produto para todo o território nacional não receberia o mesmo tratamento da isenção do mesmo tributo direcionada para determinada região em especial, que, para além de incentivo regional conforme o art. 43, § 2º, III, da CF, se trataria de incentivo para o desenvolvimento do País como um todo. Desse modo, não atentar para a particularidade dos benefícios fiscais para Zona Franca de Manaus, desconsiderando a sutileza da isenção do IPI para a área em comento, seria esvaziar o próprio sentido dessa especial medida desonerativa e abandonar todas as razões que a justificariam.

RE 592891/SP, rel. Min. Rosa Weber, 25.5.2016. (RE-592891)

Zona Franca de Manaus e crédito de IPI - 3

A relatora destacou que construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º). Outrossim, é fundamento da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, observados os princípios constitucionais da soberania nacional, da defesa do meio ambiente e da redução das desigualdades regionais e sociais (CF, art. 170). Para tentar combater essas desigualdades fáticas — regionais e sociais — a Constituição dispõe sobre os incentivos regionais no seu art. 43 e prevê a importância de incentivos fiscais para promoção do equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País, conforme seu art. 151, I. Por outro lado, o federalismo, enquanto unidade nacional, determinaria a

equalização das assimetrias. A força do pacto federativo seria evidenciada no art. 60, § 4º, da CF, que inclui a federação como cláusula pétrea. O tratamento constitucional diferenciado para Zona Franca de Manaus seria manifestação do pacto federativo e, com isso, a isenção do IPI a ela direcionada — mantida pela Constituição — significaria isenção em prol do federalismo. Desse modo, a melhor interpretação da Constituição, enquanto sistema, seria sempre aquela capaz de conferir máxima eficácia concomitante a preceitos aparentemente conflitantes, sem sacrificar nenhum deles. Desse modo, subordinar o regime especial de isenção instituído por norma de estatura constitucional — preservadora da Zona Franca de Manaus — à regra de creditamento do art. 153, § 3º, II, da CF — que, de fato, pressupõe cobrança anterior — iria contra os artigos 3º, III, e 43, § 2º, III, da Constituição, e o art. 40 do ADCT. Por outro lado, o art. 150, § 6º, da CF — também invocado nas razões do recurso em comento — teria lugar nas hipóteses em que a incidência de determinado tributo fosse a regra aplicável. No entanto, não seria o caso dos autos, dado que a própria Constituição se adiantara em assegurar a isenção relativamente à Zona Franca de Manaus. Após os votos dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, que também negaram provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

RE 592891/SP, rel. Min. Rosa Weber, 25.5.2016. (RE-592891)

PRIMEIRA TURMA

Reclamação e uso de algemas por ordem de autoridade policial

A apresentação do custodiado algemado à imprensa pelas autoridades policiais não afronta o Enunciado 11 da Súmula Vinculante (“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”). Com base nessa orientação, a Primeira Turma julgou improcedente reclamação ajuizada por custodiado que, preso preventivamente por ordem judicial, fora apresentado algemado à imprensa por policiais civis estaduais. A Turma asseverou que a decisão judicial que determinara a segregação do reclamante não determinara o uso de algemas. Destacou que, embora evidenciado o emprego injustificado do referido artefato, seu manuseio decorreria de ato administrativo da autoridade policial, situação não abarcada pelo verbete, que se refere à prática de ato processual. As algemas teriam sido utilizadas um dia após a prisão, quando o reclamante já se encontrava na delegacia de polícia, tão somente no momento da exibição dos presos à imprensa. Assim, eventual responsabilização do Estado ou dos agentes envolvidos, decorrente dos fatos noticiados na inicial, deve ser buscada na via apropriada.

Rcl 7116/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 24.5.2016. (Rcl-7116)

“Habeas Corpus”: competência de juiz instrutor e foro privilegiado

Os juízes instrutores atuam como “longa manus” do magistrado relator e, nessa condição, procedem sob sua supervisão. Trata-se, portanto, de delegação limitada a atos de instrução, com poder decisório restrito ao alcance desses objetivos. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, indeferiu a ordem de “habeas corpus” em que pretendida a nulidade dos atos processuais. Na espécie, ministro de tribunal superior (desembargador à época dos fatos) e juiz instrutor teriam sido denunciados por praticar diversos delitos associados ao exercício da referida função. Segundo o impetrante, seria indevida a delegação de atos instrutórios a serem praticados nos autos da ação penal. Ademais, a aposentadoria do paciente afastaria a prerrogativa de foro, já que a maioria dos investigados não se encontra investida em cargo ou função pública que justifiquem a competência penal originária do STJ, razão pela qual a ação penal deveria ser desmembrada, com a submissão do paciente às instâncias ordinárias. A Turma ressaltou que não se registra hipótese de incompetência do STJ, questão detidamente analisada por aquela Corte. O procedimento alinha-se com o Enunciado 704 da Súmula do STF (“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”). Registrou a validade e a regularidade da atuação do juiz instrutor no STJ, a referendar o disposto no art. 3º da Lei 8.038/1990 [“Art. 3º - Compete ao relator: ... III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato”]. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Frisava que as competências do STJ e do STF seriam de direito estrito, definidas na Constituição. Assentava que, com a aposentadoria do paciente – desembargador –, cessaria a competência excepcional do STJ. Assim, o seu recurso de apelação deveria ter permanecido no tribunal de justiça estadual.

HC 131164/TO, rel. Min. Edson Fachin, 24.5.2016. (HC-131164)

SEGUNDA TURMA

Visita a detento e impetração de “habeas corpus”

A Segunda Turma não conheceu de “habeas corpus” no qual pleiteada a realização de visita direta a interno em estabelecimento penal e não nas dependências de parlatório. No caso, fora vedada a manutenção de contato direto entre detento recluso em penitenciária de segurança máxima e sua mãe, ambos pacientes no “writ” em comento. Não sendo possível a realização dos movimentos exigidos no procedimento de revista íntima em razão de doença — artrose no joelho direito — de que seria portadora a visitante, o juiz de execução penal, com fundamento em norma regimental, recomendara a utilização de parlatório. A Turma, ao assentar a inadequação da via eleita, reiterou os fundamentos expendidos quando do julgamento do RHC 121.046/SP (DJe de 26.5.2015) e do HC 127.685/SP (DJe de 20.8.2015) no sentido de que, por não haver efetiva restrição ao “status libertatis” do paciente, o “habeas corpus” seria meio inidôneo para discutir direito de visita a preso. Ademais, na espécie, nem sequer teria havido negativa de autorização para a visita, mas sim a mera restrição a que fosse realizada nas dependências do parlatório, diante da impossibilidade de a paciente, em razão de suas condições médicas particulares, ser submetida à prévia revista mecânica. Por fim, seria de se ressaltar que o recluso em questão fora condenado à pena de 14 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão pela prática de roubos qualificados e tráfico de drogas, em penitenciária de segurança máxima. Vencido o Ministro Gilmar Mendes, que admitia o “habeas corpus”.

HC 133305/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 24.5.2016. (HC-133305)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	25.5.2016	—	4
1ª Turma	24.5.2016	—	194
2ª Turma	24.5.2016	—	71

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 23 a 27 de maio de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 848.353-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). EMENDA CONSTITUCIONAL 17/1997. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL (CF/88, ART. 195, § 6º). PRECEDENTES.

1. A contribuição ao PIS só pode ser exigida, na forma estabelecida pelo art. 2º da EC 17/1997, após decorridos noventa dias da data da publicação da referida emenda constitucional.
2. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 852.475-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescricibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.
2. Repercussão geral reconhecida.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 913.264-DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. MARCO PRESCRICIONAL. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.

1. As balizas prescricionais referentes à interposição de ação para exigir contribuição sindical rural no âmbito da Justiça do Trabalho é controvérsia que não ostenta repercussão geral, uma vez que não há matéria constitucional a ser analisada.
2. Repercussão geral rejeitada.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 940.225-RJ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DECISÃO QUE EXTINGUE EXECUÇÃO DE VALOR IGUAL OU INFERIOR A 50 OBRIGAÇÕES REAJUSTÁVEIS DO TESOIRO NACIONAL (ORTN). CABIMENTO DE APELAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Assentada a constitucionalidade do art. 34 da Lei 6.830/1980 (ARE 637.975-RG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 1º/9/2011, Tema 408), a controvérsia relativa ao cabimento de apelação contra decisão que extingue execução fiscal de pequeno valor, fundada na interpretação do dispositivo legal retrocitado, é de natureza infraconstitucional.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 963.889-RJ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXECUÇÃO DE VALOR IGUAL OU INFERIOR A 50 OBRIGAÇÕES REAJUSTÁVEIS DO TESOURO NACIONAL (ORTN). DECISÃO QUE JULGA EMBARGOS INFRINGENTES (ART. 34 DA LEI 6.830/1980). CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao cabimento de mandado de segurança contra decisão que julga embargos infringentes opostos em execução fiscal de pequeno valor, fundada na interpretação da Lei 6.830/1980.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

Decisões Publicadas: 5

CLIPPING DO DJE

23 a 27 de maio de 2016

AG. REG. NO ARE N. 867.391-SP

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO NOS TERMOS DO ART. 21, § 1º, DO RISTF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 25.11.2013.

1. O caso ora em discussão - alegação de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em processo criminal em que apurada a prática do crime de disparo de arma de fogo - é de típico julgamento monocrático do recurso, a incidir as disposições constantes no art. 21, § 1º, do RISTF. Precedentes.
2. Obstada a análise da suposta afronta aos incisos LIV e LV, do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta.
3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.
4. Agravo regimental conhecido e não provido.

AG. REG. NO ARE N. 927.830-SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. SÚMULA 284. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não merece provimento o agravo que não impugna todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário.
2. As razões recursais estão dissociadas dos fundamentos utilizados pela decisão agravada para não conhecer do ARE. Incidência da Súmula 284.
3. O relator pode decidir monocraticamente pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula desta Corte, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. Precedente.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO ARE N. 940.217-SP

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PROCESSO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NULIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Se, de um lado, é possível haver situação concreta em que transgredido o devido processo legal a ponto de enquadrar o recurso extraordinário no permissivo que lhe é próprio, de outro, descabe confundir a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com a entrega de forma contrária a interesses.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

AG. REG. NA Rcl N. 17.351-DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/90. DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA INTIMAÇÃO DE ADVOGADO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA VINCULANTE 5.

1. Não implica má aplicação da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”) decisão que, em sede de embargos de declaração, reforma o mérito de julgado anterior à edição da referida súmula, para, com base em outros elementos dos autos, afastar a afirmação de nulidade de ato de intimação de advogado em processo administrativo disciplinar.
2. Prejudicado o fundamento da obrigatoriedade da presença do advogado em todos os atos do processo, a efetividade e a ocorrência de eventual prejuízo em razão do meio adotado para intimação de procurador regularmente constituído para atuação em demanda administrativa somente podem ser aferidas com revisão das circunstâncias fáticas e da legislação infraconstitucional, questões que escapam ao conteúdo da referida Súmula Vinculante e, portanto, à própria via da reclamação constitucional.
3. Agravo regimental desprovido.

EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 767.699-SP

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 280/STF. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS RELACIONADOS NO ART. 535 DO CPC/1973. PRETENSÃO MERAMENTE INFRINGENTE. CARÁTER PROTETATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. Não há obscuridade, contradição ou omissão no acórdão questionado, o que afasta a presença dos pressupostos de embargabilidade, conforme o art. 535 do CPC/1973.
2. A via recursal adotada não se mostra adequada para a renovação de julgamento que ocorreu regularmente.
3. Caráter manifestamente protetatório dos embargos, que autoriza a imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.
4. Embargos de declaração desprovidos, com aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC/1973.

HC N. 106.152-MS

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA. CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.
2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal.
3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar.
4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal.
5. Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção.
6. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício.

**noticiado no Informativo 819*

SEGUNDO AG. REG. NA ACO N. 2.243-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravos regimentais em ação cível originária. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, VI, a, da CF/88. Possibilidade de reconhecimento a sociedade de economia mista, atendidos os pressupostos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Competência para apreciação da causa. Artigo 102, I, f, da CF/88. Interpretação restritiva. Exclusão de município do polo passivo. Direito a repetição do indébito e ao reenquadramento do sistema de PIS/COFINS. Matérias de ordem infraconstitucional inaptas a abalar o pacto federativo. Agravos regimentais não providos.

1. Nos autos do RE nº 253.472/SP, esta Corte firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público, desde que observados os seguintes parâmetros: (i) a imunidade tributária recíproca, quando reconhecida, se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado; (ii) atividades de exploração econômica destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares devem ser submetidas à tributação, por se apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.
2. É possível a concessão de imunidade tributária recíproca à Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), pois, em que pese ostentar, como sociedade de economia mista, natureza de ente privado: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; e (ii) o faz de modo exclusivo; (iii) o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa é de 99,96%; (iv) trata-se de empresa de capital fechado. São, ademais, tais premissas que, juntamente com o dispositivo do **decisum**, formam a coisa julgada, não havendo, destarte, que se falar que a mera possibilidade de alteração no quadro societário da empresa seria impedimento à prolação de decisão concessiva da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista.
3. Em face da literalidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Carta Maior, não compete a esta Corte, em sede originária, processar e julgar causas na qual antagonizem sociedade de economia mista estadual e município, ainda que se trate de demanda versante sobre imunidade tributária recíproca em cujo polo passivo se situe também a União.
4. Questões referentes à repetição do indébito tributário e à mudança no regime de recolhimento do PIS e COFINS não guardam feição constitucional e não são aptas a atrair a competência do STF, ante a ausência de potencial para abalar o pacto federativo.
5. Agravos regimentais não providos.

ACO N. 1.978-AL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

CONVÊNIO – CONTRAPARTIDA – INEXISTÊNCIA – CADASTRO DE INADIMPLENTES – ISENÇÃO – IMPROPRIEDADE. Adotando o Estado providências, com o ajuizamento de ação contra o responsável pelo descumprimento do Convênio, descabe o lançamento no cadastro de inadimplência federal SIAFI e CAUC.

PROCESSO ADMINISTRATIVO – UNIÃO *VERSUS* ESTADO – CADASTRO DE INADIMPLENTES – DIREITO DE DEFESA. Considerada irregularidade verificada na observância de convênio, há de ter-se a instauração de processo administrativo, abrindo-se margem ao Estado interessado, antes do lançamento no cadastro de inadimplentes, de manifestar-se.

PROCESSO ADMINISTRATIVO – INTIMAÇÃO – CORRESPONDÊNCIAS – TROCA – INSUFICIÊNCIA. Ante as consequências da conclusão sobre a inadimplência do Estado, cumpre intimá-lo formalmente, o que pode ocorrer mediante postado com aviso de recebimento, sendo insuficiente a troca de memorandos e correspondência sobre o desenrolar da observância do convênio.

PROCESSO ADMINISTRATIVO – CONVÊNIO – INADIMPLÊNCIA – AÇÃO DE IMPROBIDADE – IRRELEVÂNCIA. O ajuizamento de ação de improbidade contra gestor anterior não obstaculiza as consequências da relação jurídica entre a União e o Estado, considerado o inadimplemento relativo a convênio.

CONVÊNIO – RELAÇÃO JURÍDICA – UNIÃO E ESTADO – PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA – INADEQUAÇÃO. O fato de a relação jurídica envolver a União e a unidade da Federação – o Estado – afasta a observância do princípio da intranscendência.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA. Verificada a sucumbência, impõe-se a fixação de honorários advocatícios.

AG. REG. NO ARE N. 940.307-RS

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. URP. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, XXXV, XXXVI, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. RECURSO MANEJADO EM 17.02.2016.

1. Inexiste violação do art. 93, IX, da Lei Maior. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.
2. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta.
3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.
4. Agravo regimental conhecido e não provido.

EMB. DECL. NA AP N. 956-AL
RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Embargos de declaração. Recurso oposto contra decisão monocrática. Não cabimento. Conversão em agravo regimental. Possibilidade. Preenchimento dos pressupostos necessários para a análise dos declaratórios como agravo regimental. Impugnação, nas razões dos embargos, dos fundamentos da decisão que se pretende infirmar. Precedentes. Ação penal. Desmembramento em relação a não detentores de prerrogativa de foro. Regra assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desnecessidade de fundamentação adicional. Motivação específica exigível apenas para a permanência do feito, em caráter excepcional, no Supremo Tribunal Federal. Aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Recurso não provido.

1. Os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, embora inadmissíveis, conforme uníssona jurisprudência da Suprema Corte, podem ser convertidos em agravo regimental, tendo em vista o princípio da fungibilidade recursal.
2. As razões dos embargos apresentados preenchem o pressuposto necessário à análise do agravo regimental, qual seja, a impugnação dos fundamentos da decisão que se pretende infirmar, de modo a possibilitar sua conversão.
3. O Supremo Tribunal Federal assentou que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função. Precedentes.
4. Apenas em situações excepcionais, é admissível a instauração do **simultaneus processus** perante o Supremo Tribunal Federal, por força de conexão ou continência.
5. A aplicação da regra do desmembramento, fixada por iterativa jurisprudência da Corte, prescinde de fundamentação adicional.
6. Somente a permanência do feito, em caráter excepcional, no STF exige motivação específica.
7. Trata-se de escorreita aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), não cabendo ao réu eleger o foro em que será julgado.
8. Agravo regimental não provido.

Acórdãos Publicados: 239

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Educação Infantil - Creche - Inexistência - Controle Judicial - Legitimidade (Transcrições)

RE 956475/RJ*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, art. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

– **A educação infantil** representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida** às crianças, **a estas assegura**, para efeito de seu desenvolvimento integral, **e como primeira etapa** do processo de educação básica, **o atendimento em creche e, também**, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

– **Essa prerrogativa jurídica**, em consequência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), **o efetivo** acesso **e** atendimento **em creches** e unidades de pré-escola, **sob pena de** configurar-se **inaceitável omissão governamental**, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, **pelo Poder Público**, de prestação estatal **que lhe impõe o próprio texto** da Constituição Federal.

– **A educação infantil**, **por qualificar-se como direito fundamental de toda criança**, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública, **nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental**.

– **Os Municípios** – que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental **e na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) – **não poderão demitir-se do mandato constitucional**, juridicamente vinculante, **que lhes foi outorgado** pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, **e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa** dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade**, a eficácia desse direito básico de índole social.

– Embora inquestionável que resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, a **prerrogativa** de formular e de executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas** pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, *com a sua omissão*, a **eficácia e a integridade** de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à “reserva do possível”**: **Doutrina**.

DECISÃO: O presente recurso extraordinário **foi interposto** contra acórdão que, **confirmado** em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **está assim ementado:**

“Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Pretensão de matrícula em creche da rede pública municipal. Menor que figura em lista de excedentes. Alegação de ofensa ao regramento constitucional e do Estatuto do Menor. Segurança deferida. Apelação do Município.

Decadência. Inocorrência. Aplicação do disposto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009. Demanda ajuizada quando não ultimado o prazo decadencial de 120 dias contados a partir da ciência da autora quanto à recusa manifestada pelo Município. Prejudicial que se afasta.

Violação ao princípio da adstrição. Possibilidade de matrícula da menor em estabelecimento próximo ao endereço profissional de sua representante legal. Medida estabelecida em decisão interlocutória que restou irrecorrida. Inexistência de prejuízo ao ente público. Tese que se rejeita.

Mérito. Creche. Pré-escolas. Opção do legislador constitucional originário, obrigando os entes políticos a adoção destas medidas. Ofensa a direito líquido e certo que se reconhece e se desprestigia. Inteligência dos arts. 205, 208, IV e 211, § 2º, todos da CF/88. Legislação infraconstitucional voltada no mesmo sentido. Art. 4º do ECA. Precedente do STJ.

Exercício deste direito, contudo, que deve ser subordinado ao princípio da isonomia. Direito social vindicado que, em seu exercício, não podendo se constituir em privilégio imotivado a uns em detrimento de outros. Obrigação do Município em promover a inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a Impetrante que se reconhece como pré-condição indispensável para a efetividade do comando judicial, pena de ofensa a princípio constitucional. Sentença que se modifica, ‘ex officio’, nesta parte.

Reexame necessário. Isenção ao pagamento das custas processuais que restou corretamente reconhecida.

Taxa judiciária. Inteligência da Súmula nº 145 desta E. Corte. Ausência de condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Inteligência da Súmula nº 512 do E. STF.

Apelo voluntário que se rejeita. Sentença modificada, parcialmente, de ofício. Manutenção do restante da mesma em sede de reexame necessário.” (grifei)

A recorrente – **que é menor absolutamente incapaz, ora representada** por sua mãe – **sustenta** que o acórdão impugnado **teria transgredido** os preceitos **inscritos** nos arts. 205, 208, IV, 211, § 2º e 227, **todos** da Constituição da República.

O exame desta causa **convence-me da inteira correção** dos fundamentos, **que informam e dão consistência** ao recurso extraordinário em questão.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, **que o direito à educação** – *que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”)* – **qualifica-se** como um dos direitos sociais mais expressivos, **subsumindo-se** à noção dos direitos de **segunda** geração (ou dimensão) (**RTJ** 164/158-161), **cujo adimplemento** impõe ao Poder Público a **satisfação de um dever de prestação positiva, consistente** num “*facere*” **ou** em um “*praestare*”, **pois** o Estado dele **só se desincumbirá** criando condições objetivas **que propiciem**, aos titulares desse **mesmo** direito, o **acesso pleno** ao sistema educacional, **inclusive ao atendimento**, em creche e pré-escola, “*às crianças até 5 (cinco) anos de idade*” (**CF**, art. 208, IV, **na redação** dada pela EC nº 53/2006).

O eminente e saudoso PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), **ao analisar** esse tema, **expende, sobre ele, magistério irrepreensível:**

“O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” (grifei)

Para CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), **que também exterioriza** a sua preocupação acadêmica sobre o tema, **o direito à educação** – que se mostra redutível à **noção dos direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão)** – **exprime, de um lado, no plano** do sistema jurídico-normativo, a **exigência** de solidariedade social, **e pressupõe, de outro, a asserção** de que a dignidade humana, **enquanto** valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, **só se afirmará** com a **expansão das liberdades públicas, quaisquer** que sejam as dimensões em que estas se projetem:

“(…) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (…).” (grifei)

O alto significado social **e o irrecusável** valor constitucional **de que se reveste** o direito à educação infantil – **ainda** mais se considerado em face **do dever** que incumbe ao Poder Público **de torná-lo real, mediante concreta efetivação** da garantia de atendimento, **em creche e pré-escola, às crianças** de até cinco anos de idade (**CF**, art. 208, IV) – **não podem ser menosprezados** pelo Estado, **“obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência”** (WILSON DONIZETI LIBERATI, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, “in” “Direito à Educação: Uma Questão de Justiça”, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), **sob pena** de grave e injusta frustração **de um inafastável** compromisso constitucional, **que tem, no aparelho estatal, o seu precipuo destinatário.**

Cabe referir, novamente, neste ponto, **outra observação** de PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte” “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), **quando adverte** – considerada a **ilusão** que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais **muitas vezes** encerra – **sobre a necessidade** de se conferir **efetiva** concretização a esse direito essencial, cuja eficácia **não pode** ser comprometida **pela inação** do Poder Público:

“O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (…).” (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, **em tema** de educação infantil, **especialmente se reconhecido** que a Lei Fundamental da República **delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis** – **notadamente** aquelas que visem a fazer cessar, **em favor** da infância carente, **a injusta situação** de exclusão social **e de desigual acesso** às oportunidades

de atendimento em creche e pré-escola –, **traduz** meta cuja não realização qualificar-se-á como **censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público**.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF** n° 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, **considerada a dimensão política** da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais, **que se identificam** – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – **com as liberdades positivas, reais ou concretas** (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu**, em tema de inconstitucionalidade por omissão, **por mais de uma vez** (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

– **O desrespeito** à Constituição **tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental**. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (ação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– **Se o Estado deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **em ordem** a torná-los efetivos, operantes e executáveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também** ofende direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** n° 345/2004) – **que não se inclui**, ordinariamente, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário – **e nas** desta Suprema Corte, em especial – **a atribuição de formular e de implementar** políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio**, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, **embora excepcionalmente**, ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (usualmente onerosas) de determinados direitos **cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe-lhe e dele exige** prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada, objetivamente, a alegação** de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito** de fraudar, **de frustrar e de inviabilizar** o estabelecimento e a preservação, **em favor da pessoa e dos cidadãos**, de condições materiais **mínimas** de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** n° 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo motivo objetivamente aferível** – **não pode** ser invocada, **pelo Estado, com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando **dessa conduta governamental negativa puder resultar** nulificação ou, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**.

Dá a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – **após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana** – **põe em destaque a imprescindibilidade** de sua implementação, **em ordem a promover** o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, **notadamente** das classes **menos favorecidas, assinalando**, com particular ênfase, **a propósito** de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos **ao adimplemento** dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei).

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, **que se subsume** ao conceito de liberdade real ou concreta, **a educação infantil** – que compreende **todas** as prerrogativas, individuais ou coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 208, IV) – **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, **especialmente o Município** (CF, art. 211, § 2º), **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, **paradoxalmente, com base em simples alegação** de mera conveniência e/ou oportunidade, **a nulificação** mesma dessa prerrogativa essencial, **como adverte**, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra **monográfica** dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Subprocuradora Geral da República (“**Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), **cujo magistério**, a propósito da limitada discricionariedade governamental **em tema de concretização** das políticas públicas constitucionais, **assinala:**

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, **que os Municípios** – que atuarão **prioritariamente** no ensino fundamental e **na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) – **não poderão demitir-se** do mandato constitucional, **juridicamente vinculante**, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e **que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se de atendimento **das crianças** em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio** em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, **a eficácia desse direito básico** de índole social.

As razões ora expostas convencem-me, portanto, da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pela recorrente, **seja** em face das considerações **que expendeu** no recurso extraordinário, **seja, ainda, em virtude** dos próprios fundamentos **que dão suporte** a diversas decisões **sobre** o tema em análise, **já proferidas** no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 464.143-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 592.937-AgR/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 909.986/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RE 919.489/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.):

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ‘ASTREINTES’ CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO ‘JURA NOVIT CURIA’ – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cumprir destacar, neste ponto, por oportuno, **ante a inquestionável procedência** de suas observações, **a decisão** proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), **no sentido de que**, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, **consubstancia dever do Estado** a educação, **garantindo o atendimento** em creche e pré-escola às crianças (...). **O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se** para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, **não cabendo tergiversar** mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei).

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida **aos direitos da criança e do adolescente** (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), **que a ineficiência** administrativa, o **descaso** governamental com direitos básicos do cidadão, **a incapacidade** de gerir os recursos públicos, **a incompetência** na adequada implementação da programação orçamentária **em tema** de educação pública, **a falta de visão** política na justa percepção, **pelo administrador**, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, **a inoperância** funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes **não podem nem devem representar obstáculos à execução**, pelo Poder Público, **notadamente pelo Município** (CF, art. 211, § 2º), **da norma** inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, **que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena** de a ilegitimidade **dessa inaceitável omissão** governamental **importar** em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e **que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação**, cuja amplitude conceitual **abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e** de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, **na redação** dada pela EC nº 53/2006).

Vale acentuar, finalmente, no tocante à alegada violação ao princípio da isonomia, **em que se fundamentou** o acórdão ora recorrido, que o Ministério Público Federal, **ao opinar** sobre essa questão, **corretamente destacou**, em seu douto parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA, **passagem a seguir reproduzida, que bem revela a legitimidade** da pretensão recursal ora em exame:

“O argumento da isonomia não se presta ao caso por redundar em afastar, de forma completa, a eficácia e a busca da efetividade do direito previsto constitucionalmente. Como não há discricionariedade do administrador, a omissão nesses casos já não se encerra no âmbito de discricionariedade, mas passa a representar violação dos mencionados direitos subjetivos. Disso decorre a ilegitimidade do condicionamento do direito à observância de lista de excedente, que nem sequer poderia existir.” (grifei)

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC/15, art. 932, VIII, **c/c o RISTF**, art. 21 § 1º), **em ordem a restabelecer** a sentença **proferida** pelo ilustre magistrado estadual **de primeira instância**.

Publique-se.

Brasília, 12 de maio de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe de 17.5.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

23 a 27 de maio de 2016

Medida Provisória nº 728, de 23.5.2016 - Revoga dispositivos da Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, restabelece dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e cria as Secretarias Especiais dos Direitos da Pessoa com Deficiência e do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição Extra nº 97, p. 1, em 23.5.2016.

Lei nº 13.290, de 23.5.2016 - Torna obrigatório o uso, nas rodovias, de farol baixo aceso durante o dia e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 98, p. 2, em 24.5.2016.

Lei nº 13.291, de 25.5.2016 - Altera os dispositivos que menciona da Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 100, p. 1, em 27.5.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

23 a 27 de maio de 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) - Resolução nº 579/STF, de 25.5.2016 - Altera a Resolução 338/2007, que dispõe sobre a classificação, acesso, manuseio, reprodução, transporte e guarda de documentos e processos de natureza sigilosa no âmbito do STF. Publicada no DJe/STF, nº 110, p. 1, em 31.5.2016.

Informativo 828

SUMÁRIO

Plenário

Tráfico privilegiado e crime hediondo - 3

ADI e “vaquejada” - 4

ADI e “vaquejada” - 5

Repercussão Geral

Efeitos de decisão transitada em julgado: instituição do RJU e competência - 8

Parágrafo único do art. 741 do CPC/1973 e FGTS

1ª Turma

PAD: comissão processante, demissão e improbidade administrativa

2ª Turma

Rcl: reserva de Plenário, isonomia e reajuste de vencimentos - 1

Rcl: reserva de Plenário, isonomia e reajuste de vencimentos - 2

“Habeas Corpus”: saída temporária de preso e contagem de prazo

Clipping do DJe

Transcrições

Presunção de inocência e eliminação de concurso público (RE 560900/DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Tráfico privilegiado e crime hediondo - 3

O Plenário retomou o julgamento de “habeas corpus” em que se discute a possibilidade de afastamento da incidência da Lei 8.072/1990 em caso de tráfico de drogas privilegiado (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º), a fim de que seja permitido o livramento condicional e a progressão de regime nos moldes da Lei 7.210/1984 (LEP). No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez — v. Informativo 791. Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a ordem, para assentar que aos incursos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 (progressão de regime). Asseverou que condutas com menor lesividade envolvendo drogas não devem ser, sempre e necessariamente, submetidas ao tratamento constitucional dos crimes hediondos. Nesse sentido, a Constituição dá ao legislador espaço para retirar do âmbito da hediondez algumas condutas de transação ilícita de drogas. No art. 44 da Lei 11.343/2006, faz-se referência aos tipos penais inafiançáveis e insuscetíveis de “sursis”, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, cujas penas não podem ser convertidas em restritivas de direitos. Excluíra-se o art. 33, §§ 3º e 4º. Portanto, pode-se dizer que o legislador afastara o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos. Além disso, o envolvimento dos praticantes de tráfico privilegiado com o crime em geral é episódico. Não se trata de pequenos traficantes, mas de sujeitos que tomam parte no delito por uma ocasião ou oportunidade. O caso em análise, embora cuide do transporte de quase uma tonelada de entorpecente, envolve agente com profissão lícita, sem antecedentes criminais, recrutado “ad hoc” por membros ativos de associação criminosa. Ademais, há previsões legais que dão ao condenado por tráfico sanções mais severas. Para o tráfico privilegiado, tampouco, são aplicáveis. No que se refere ao livramento condicional, o parágrafo único do art. 44 é expresso ao estabelecer que o regime mais severo é aplicável aos crimes mencionados no “caput”. No que tange à progressão de regime, a Lei 8.072/1990 estabelece um regramento mais rigoroso, aplicável ao tráfico de drogas. Entretanto, essa conduta deve se amoldar ao art. 5º, XLIII, da CF, o que não é a situação concreta. Por sua vez, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio denegaram a ordem. O Ministro Dias Toffoli corroborou o fato de que as circunstâncias do crime revelam a existência de organização criminosa. Além disso, ao se afastar a hediondez do tráfico privilegiado, estimula-se essas organizações a recrutarem mais pessoas com esse mesmo perfil, que podem adentrar, então, na criminalidade. O Ministro Marco Aurélio consignou a impossibilidade de se estabelecer, na Lei 8.072/1990, excepcionalidade não contemplada pelo legislador, cuja opção fora pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Isso já é suficiente para abarcar as situações dos pequenos traficantes ou dos traficantes eventuais, como na espécie. Em qualquer hipótese de tráfico, portanto, existem as consequências previstas na Lei dos Crimes Hediondos. O paciente, pessoa de confiança de organização criminosa, fora surpreendido com elevada quantidade de droga, parâmetros que não podem afastar a hediondez do delito. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin.

HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1º.6.2016. (HC-118533)

ADI e “vaquejada” - 4

O Plenário retomou o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a atividade de “vaquejada” — v. Informativo 794. Em voto-vista, o Ministro Roberto Barroso, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Celso de Mello, julgou o pedido procedente. Consignou que não se pode negar à atividade a característica de manifestação cultural. Entretanto, isso não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais, como a proteção dos animais contra práticas cruéis. Quanto a esse aspecto, a tutela dos animais deve ser considerada norma autônoma, de modo que não se justifica unicamente do ponto de vista ecológico ou preservacionista. Possui valor eminentemente moral, ou seja, o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio ambiental. No caso, delimitou que a “vaquejada” envolve o uso de animais para fins de entretenimento, apenas. Assim, pode haver outras questões a respeito de direitos dos animais, mais complexas (uso deles para alimentação, religião, entre outros), mas que não estão em debate. A “vaquejada”, especificamente, apresenta diversas formas de crueldade contra os animais e,

todavia, não é passível de regulamentação capaz de evitar esse sofrimento intencionalmente infligido e inerente à sua prática. Concluiu que manifestações culturais, com características de entretenimento, que submetem animais a crueldade, são incompatíveis com a Constituição, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis sem que a própria atividade seja descaracterizada. A Ministra Rosa Weber frisou que, muito embora o Estado garanta e incentive manifestações culturais, ele também não tolera crueldade contra animais. Assim, são vedadas manifestações culturais em que haja práticas cruéis contra animais. Entendeu que a violência contra o animal é ínsita à vaquejada, de modo que a prática não é protegida pela Constituição. O Ministro Celso de Mello sublinhou que o respeito pela fauna em geral atua como condição inafastável de preservação do meio ambiente. Além disso, tem igual relevância a subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna tem impacto altamente negativo para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos. Enfatizou que a “vaquejada” é dotada de crueldade inerente à sua prática. Não se pode qualificá-la como atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica, pois é crime (Lei 9.605/1998, art. 32).

ADI 4983/CE, rel. Min. Marco Aurélio, 2.6.2016. (ADI-4983)

ADI e “vaquejada” - 5

Em divergência, os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux julgaram o pedido improcedente. O Ministro Teori Zavascki invocou o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) para deduzir que a discussão nos autos não diz respeito à prática da “vaquejada”, mas à lei que a regulamenta no Estado do Ceará. Nesse sentido, a “vaquejada” poderia ser um ato cruel, ou não, ao animal, a depender da forma como é praticada. Assim, se essa manifestação cultural não for cruel, não pode ser proibida. Reputou que a lei em comento, desnaturando, ou não, a “vaquejada”, procurara evitar as formas cruéis de sua realização. Assim, se não houvesse norma regulamentadora, essa tradição recairia inexoravelmente em crueldade contra os animais. O Ministro Luiz Fux ponderou as regras constitucionais que garantem a todos o exercício dos direitos culturais, de um lado; e, de outro, as que protegem a fauna e a flora. Entendeu que o legislador, no caso, também fizera essa ponderação e estabeleceu alguns cuidados necessários para a prática correta da “vaquejada”, de modo que cabe ao Judiciário ser deferente ao Legislativo. Lembrou, ainda que a carne vermelha, no Brasil, é produzida de forma cruel e que a Constituição, não obstante, garante o direito à alimentação, um direito social. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli.

ADI 4983/CE, rel. Min. Marco Aurélio, 2.6.2016. (ADI-4983)

REPERCUSSÃO GERAL

Efeitos de decisão transitada em julgado: instituição do RJU e competência - 8

O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a justiça competente para, após a instituição do regime jurídico único (RJU) dos servidores públicos federais (Lei 8.112/1990), julgar os efeitos de decisão anteriormente proferida pela Justiça do Trabalho acobertada pelo trânsito em julgado — v. Informativo 580. Alega a recorrente ofensa aos artigos 105, I, “d”, e 114, da CF, em razão da incompetência da Justiça do Trabalho em relação aos efeitos da execução depois da instituição da Lei 8.112/1990, bem como aos artigos 2º, 5º, II, XXIV, XXXVI, LIV e LV, e 22, I, todos da CF, tendo em vista que a Justiça trabalhista teria deixado de reconhecer a invalidade de coisa julgada inconstitucional, relativa à sentença que considerara devido, aos servidores da Justiça Eleitoral do Ceará, o reajuste de 84,32% referente ao Plano Collor (março/1990). Sustenta, ainda, que o título judicial seria inexigível, na forma prevista no § 5º do art. 884 da CLT (“Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”), porque o Supremo, no julgamento do MS 21.216/DF (DJU de 28.6.1991), teria concluído pela inexistência de direito adquirido ao citado reajuste. Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie (relatora) no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário para anular a sentença em relação às parcelas vencidas posteriormente ao RJU e, em relação às anteriores, afastar a condenação da União no pagamento do percentual de 84,32%. Relativamente à constitucionalidade do art. 884, § 5º, da CLT, reiterou o entendimento firmado quando da apreciação da ADI 2.418/DF (acórdão pendente de publicação, v. Informativo 824), no qual o STF assentara a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 e do §1º do art. 475-L, ambos do CPC/1973, bem como dos dispositivos correspondentes do CPC/2015 (art. 535, III, c/c §§ 5º a 8º), todos com redação similar, ou mesmo idêntica, à norma celetista em comento. Com relação à competência da Justiça do Trabalho, reafirmou a jurisprudência do STF segundo a qual, ainda que se tratasse de servidor estatutário, a competência corresponderia ao interregno temporal da verba pretendida, tendo em conta a causa de pedir e o pedido da demanda. Assim, caso fosse discutido direito com marco jurígeno ocorrido durante a relação celetista — antes, portanto, do RJU disciplinado pela Lei 8.112/1990 —, a Justiça do Trabalho seria competente para processar e julgar a demanda; de outro lado, caso ocorresse sua gênese após a instituição do RJU, a competência seria da Justiça Comum. O Ministro Edson Fachin perfilhou a mesma orientação, também para dar provimento ao recurso. Já o Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Eros Grau para negar provimento ao recurso extraordinário e declarar a inconstitucionalidade do § 5º do art. 884 da CLT. Confirmou, desse modo, fundamentação expendida no RE 592.912 AgR/RS (DJe de 22.11.2012) e no RE 554.111/RS

(DJe de 22.11.2012). Em seguida, o julgamento foi suspenso ante o empate na votação.

RE 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 1º.6.2016. (RE-590880)

Parágrafo único do art. 741 do CPC/1973 e FGTS

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC/1973, cuja redação original fora modificada pela Lei 11.232/2005 (“Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: ... II - inexigibilidade do título ... Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do ‘caput’ deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”). O Ministro Teori Zavascki (relator) negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Afirmou que são constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC e do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/1973, bem como os correspondentes preceitos do CPC/2015 (art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14 e o art. 535, § 5º). Essas normas teriam buscado harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição. Ademais, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas seguintes hipóteses: (a) nos casos em que a sentença exequenda estiver fundada em norma reconhecidamente inconstitucional; ou (b) quando a sentença exequenda tiver deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tiver decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. Explicitou que, na situação dos autos, ainda que o acórdão tivesse declarado a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC, a hipótese seria de negar provimento ao recurso. Isto porque não se comportariam no âmbito normativo do referido diploma as sentenças que, contrariando precedente do STF a respeito, tivessem reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS. Realçou que, para afirmar devida a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolvera questão de direito intertemporal, qual seja, saber qual das normas infraconstitucionais — a antiga ou a nova — deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS. Além disso, a deliberação tomada se fizera com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello também acompanharam o relator no desprovimento do recurso, mas por outro fundamento. Pontuaram que a coisa julgada só poderia ser mitigada pela Constituição. Em seguida, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente).

RE 611503/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 1º.6.2016. (RE-611503)

PRIMEIRA TURMA

PAD: comissão processante, demissão e improbidade administrativa

A ante a ausência de direito líquido e certo, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança no qual auditor-fiscal da Receita Federal sustentava a nulidade do processo administrativo disciplinar (PAD) que culminara na penalidade de demissão a ele aplicada. O Colegiado rejeitou a alegação de vício decorrente da instalação de segunda comissão disciplinar, após a primeira ter concluído pela insuficiência de provas. Assentou a possibilidade de realização de diligências instrutórias com a designação de nova comissão processante, uma vez que, a partir do exame do relatório da primeira comissão, ter-se-ia presente dúvida razoável a amparar a continuidade das diligências investigativas. Além disso, reputou correta a capitulação do fato imputado ao recorrente como improbidade administrativa, nos termos do art. 132, IV, da Lei 8.112/1990. Por fim, aduziu que a jurisprudência da Corte tem afastado a possibilidade de apreciação, na via estreita do “writ”, da proporcionalidade da pena cominada. Precedentes do STF excetuariam tal entendimento nas hipóteses em que a demissão estiver fundada na prática de ato de improbidade de natureza culposa, sem a imputação de locupletamento ilícito do servidor. No entanto, a situação dos autos seria diversa, porquanto se referiria à improbidade administrativa por ato de enriquecimento ilícito. Vencido o Ministro Marco Aurélio, relator, que dava provimento ao recurso. Consignava que a atuação da autoridade administrativa estaria limitada pelo art. 169, cabeça, da Lei 8.112/1990, de modo que a formalização de nova comissão somente seria cabível quando reconhecido vício insanável no processo. Assim, não seria possível a formação de nova comissão por mera discordância com as conclusões do relatório apresentado pela comissão originária.

RMS 33666/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin, 31.5.2016. (RMS-33666)

SEGUNDA TURMA

Rcl: reserva de Plenário, isonomia e reajuste de vencimentos -1

A decisão de órgão fracionário do TRF da 1ª Região, que concedeu, com base no princípio da isonomia, a incorporação do percentual de 13,23% aos vencimentos dos servidores da Justiça do Trabalho, após haver afastado a aplicação de texto de lei, declarando-o, por via transversa, inconstitucional afronta os Enunciados 10 e 37 da Súmula Vinculante [Enunciado 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” e Enunciado 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”]. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma reputou procedente pedido formulado em reclamação ajuizada pela União e cassou a decisão proferida, que fixara aos servidores públicos o direito à referida percepção a título de diferenças salariais, retroativas a 2003. No caso, a Corte de origem assentara que a vantagem pecuniária individual (VPI) de R\$ 59,87 concedida por meio da Lei 10.698/2003 a determinada categoria de servidores revestira-se de caráter de revisão geral anual, complementar à Lei 10.697/2003, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais. Tal Colegiado asseverara que a norma teria promovido ganho real diferenciado entre os servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e das autarquias e fundações públicas federais, na medida em que teria instituído uma recomposição maior para os servidores que percebiam menor remuneração. Dessa forma, o valor de R\$ 59,87 concedido a determinada categoria corresponderia, à época, ao percentual de 13,23%, aplicado posteriormente aos servidores do órgão reclamado. Preliminarmente, a Turma esclareceu que a presente reclamação fora proposta em data anterior ao trânsito em julgado da decisão reclamada, o que obstaria a incidência do Enunciado 734 da Súmula do STF (“Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”).

Rcl 14872, rel. Min. Gilmar Mendes, 31.5.2016. (Rcl-14872)

Rcl: reserva de Plenário, isonomia e reajuste de vencimentos -2

No mérito, a Turma consignou que o tribunal “a quo”, além de interpretar a legislação infraconstitucional, teria afastado sua aplicação e declarado, por via transversa, sua inconstitucionalidade, o que ofenderia diretamente a Constituição. Significa dizer que ao analisar a Lei 10.698/2003, a pretexto de compreender ter havido a concessão de revisão geral e anual, o órgão fracionário do TRF teria deixado de observar o comando normativo do art. 1º dessa mesma lei [“Art. 1º Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o ‘caput’ será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem”]. Isso configuraria caso clássico de inconstitucionalidade por omissão parcial. Ou seja, por entender que referido diploma legal teria natureza de revisão geral anual o TRF considerara a incompletude do legislador em conceder aumento para todos os servidores públicos e concluíra que o reajuste deveria ser estendido de forma igualitária a todos. Assim, ainda que o acórdão reclamado houvesse mencionado não se tratar de análise de inconstitucionalidade da legislação, estaria caracterizado claro juízo de controle de constitucionalidade. Ao decidir dessa forma, por via transversa — interpretação conforme —, teria havido o afastamento da aplicação do aludido texto normativo por órgão não designado para tal finalidade, em infringência ao art. 97 da CF, cuja proteção é reforçada pelo Enunciado 10 da Súmula Vinculante. Além disso, tendo em conta que o advento do Verbete 37 da Súmula Vinculante seria posterior ao ato reclamado, lembrou que o Plenário do STF, em razão de peculiaridades do caso concreto entendera pela aplicação de enunciado de súmula vinculante a reclamação ajuizada antes de sua edição (Rcl 4.335/AC, DJe de 22.10.2014). Na situação em apreço, “mutatis mutandis”, também devem ser levadas em consideração as particularidades contidas nos autos para que seja observado o enunciado em questão. Ademais, o teor dele decorre da conversão do Enunciado 339 da Súmula do STF. Ponderou, ainda, que o art. 37, X, da CF exige lei específica para o reajuste da remuneração de servidores públicos. Assim, não é possível ao Poder Judiciário ou à Administração Pública aumentar vencimentos ou estender vantagens a servidores públicos civis e militares regidos pelo regime estatutário, com fundamento no princípio da isonomia. Em outras palavras, o aumento de vencimento de servidores depende de lei e não pode ser efetuado apenas com suporte em tal princípio. Por fim, a Turma determinou que outra decisão fosse proferida com observância dos Enunciados 10 e 37 da Súmula Vinculante. Por consequência, todos os atos administrativos decorrentes de órgãos da Justiça do Trabalho a envolver o pagamento dos 13,23% estariam incluídos, inclusive decisão administrativa do TST (Resolução Administrativa 1.819, de 12.4.2016) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Resolução Administrativa 168, de 26.4.2016). Ordenou, ainda, a comunicação do teor da decisão ao Presidente do TST, aos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e ao CSJT para que suspendam imediatamente o pagamento da rubrica referente aos 13,23%, bem como a ciência de seu inteiro teor aos Presidentes de todos os Tribunais Superiores, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho da Justiça Federal.

Rcl 14872, rel. Min. Gilmar Mendes, 31.5.2016. (Rcl-14872)

***“Habeas Corpus”:* saída temporária de preso e contagem de prazo**

A contagem de prazo do benefício de saída temporária de preso é feita em dias e não em horas. Com base nessa orientação,

a Segunda Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pretendia a contagem de tal benesse a partir da 00h do primeiro dia. No caso, o paciente aduzia que sua liberação apenas às doze horas do primeiro dia do benefício prejudicaria a fruição do prazo legalmente previsto de sete dias (LEP, art. 124), porque usufruiria apenas seis dias e meio de tal direito. Assim, considerava que a saída temporária não deveria se sujeitar à estrita forma de contagem do prazo prevista no art. 10 do Código Penal (“Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”). A Turma destacou ser indevida, na ordem penal, a contagem do prazo em horas e, por isso, manteve o cômputo em forma de dias. Ademais, a se entender de forma diversa, estar-se-ia colocando em risco a segurança do estabelecimento penal, bem como a organização do sistema prisional.

HC 130883/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 31.5.2016. (HC-130883)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	1º.6.2016	2.6.2016	170
1ª Turma	31.5.2016	—	127
2ª Turma	31.5.2016	—	63

CLIPPING DO DJE

30 de maio a 3 de junho de 2016

AG. REG. EM MS N. 27.660-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEVOUÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS QUINTOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. VANTAGEM CONCEDIDA POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA.

1. A quantia referente aos quintos foi incorporada à folha de pagamento dos servidores por iniciativa da própria Administração, respaldada no Acórdão nº 2.248/2005, do TCU, não ficando comprovada qualquer influência dos servidores na concreção do referido ato.
2. Configurada a boa-fé dos servidores e considerando-se também a presunção de legalidade do ato administrativo e o evidente caráter alimentar das parcelas percebidas, não há falar em restituição dos referidos valores. Precedente do STF no julgamento do RE n. 638.115/CE.
3. Agravo regimental a que se **NEGA PROVIMENTO**.

MS N. 25.997-DF

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – GASTO COM PESSOAL. O fato de incumbir à União organizar e manter o Ministério Público do Distrito Federal sinaliza a inadequação de considerar-se percentual do que previsto, para gasto pessoal, pelo Ministério Público Federal – inteligência dos artigos 21, inciso XIII, e 169 da Constituição Federal e 20, inciso I, alíneas “c” e “d”, da Lei Complementar nº 101/2000.

**noticiado no Informativo 820*

RMS N. 27.072-DF

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

ESCOLA NAVAL – FEITURA – DESLIGAMENTO – INDENIZAÇÃO. O pedido de desligamento, uma vez completado o período de Escola Naval, gera o direito à indenização. Inteligência do artigo 116, inciso II, da Lei nº 6.880/1980.

**noticiado no Informativo 819*

HC N. 130.715-RJ

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Habeas corpus. Execução penal. Falta grave. Dias remidos. Imposição automática da perda do patamar máximo de 1/3 (um terço) dos dias remidos sobre todo o período trabalhado. Critérios balizadores do art. 57 da Lei de Execuções Penais. Necessidade de sua observância para se aferir a fração ideal de perda desses dias (LEP, art. 127). Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao prover monocraticamente o recurso especial do **Parquet** estadual, impôs ao paciente a perda automática do patamar máximo permitido de 1/3 (um terço) dos dias remidos sobre todo o período trabalhado, sem considerar, contudo, os critérios balizadores previstos art. 57 da Lei de Execuções Penais, os quais reclamam sua observância pelo julgador para aferir a fração ideal de perda desses dias (LEP, art. 127).
2. Ordem concedida para determinar ao juízo de direito da vara das execuções criminais competente que aplique ao paciente a fração cabível para a perda dos dias remidos até o patamar máximo permitido de 1/3 (um terço), observando, para tanto, os critérios balizadores previstos art. 57 da Lei de Execuções Penais.

HC N. 132.600-ES

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Habeas corpus. Penal. Condenação. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06). Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1.240 g de crack). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. Valoração negativa de condenações transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos como maus antecedentes. Impossibilidade. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes.
2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes.
3. Ordem concedida tão somente para determinar ao juízo da execução competente que, afastado o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes

de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, re faça a dosimetria da pena imposta ao paciente nos autos do processo nº 02411025822-5.

RHC N. 132.328-MS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Dosimetria da pena. Reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Descabimento. Provas concretas de que o recorrente se dedica a atividade criminosa. Impossibilidade de revolvimento das provas na via eleita. Precedentes. Fixação do regime mais gravoso. Possibilidade. Fundamentação calcada na gravidade concreta do delito evidenciada pela natureza da droga apreendida. Precedentes. Prejudicialidade da pretendida substituição por expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). Recurso não provido.

1. A negativa de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não está lastreada em presunções, ilações ou conjecturas, pois a sentença apresentou elementos concretos que apontam que o recorrente se dedicava a atividade criminosa.
2. O **habeas corpus** não constitui meio idôneo para se revolver o contexto fático-probatório ou glosar os elementos de prova que tenham amparado a conclusão da instância ordinária (HC nº 125.991/MG, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe 28/4/15).
3. O Supremo Tribunal já assentou entendimento quanto à possibilidade de o juiz fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (RHC nº 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe 4/3/15).
4. A manutenção da pena privativa de liberdade imposta ao recorrente pela instância de mérito torna prejudicada a pretendida substituição dessa por pena restritiva de direitos, em razão de expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I).
5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

HC N. 133.670-SP

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Segregação cautelar mantida com base apenas na gravidade abstrata do crime. 4. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida para revogar o decreto prisional expedido em desfavor do paciente, sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

HC N. 133.914-RJ

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DO ART. 168-A, § 1º, INC. I, C/C O ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA: ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. QUITAÇÃO DO DÉBITO PREVIDENCIÁRIO COMPROVADO PELA DEFESA E NÃO REFUTADO PELOS ÓRGÃOS OFICIAIS E AUSÊNCIA DE DOLO RECONHECIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. A denúncia é peça técnica, deve ser simples e objetiva. Nela se atribui a uma pessoa a responsabilidade penal por determinado fato. Há de conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, para propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal).
2. Descritos na denúncia comportamentos típicos, factíveis, e obviados os indícios de autoria e materialidade delitivas, como se tem na espécie vertente, não se pode trancar a ação penal.
3. Além do pagamento demonstrado pela defesa e não refutado pelos órgãos oficiais, que não prestaram as informações requisitadas pelo Relator no Superior Tribunal de Justiça, a ausência de dolo reconhecida em primeira instância demonstra ser inviável a continuidade da ação penal contra o Paciente.
4. Ordem concedida.

Inq N. 3.909-SE

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Inquérito. Competência originária. Apreciação da admissibilidade da denúncia. 2. Inépcia. Petição inicial descreve suficientemente a conduta imputada. Preliminar rejeitada. 3. Desobediência eleitoral (art. 347 da Lei 4.737/65). Ordem judicial de abstenção de ingresso em prédios públicos com o intuito de realizar “atos inerentes à campanha eleitoral”. Prova que demonstra o ingresso coletivo de apoiadores da coligação “Lagarto em Boas Mãos” em prédio público, com o intuito de fiscalizar o trabalho de servidores públicos, mas sem realizar propaganda eleitoral. Ausência de violação à ordem judicial. Atipicidade da conduta. 4. Acusação julgada improcedente, na forma do art. 6º da Lei 8.038/90, combinado com art. 386, III, do CPP.

* noticiado no Informativo 826

Acórdãos Publicados: 419

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Presunção de inocência e eliminação de concurso público (Transcrições)

(v. Informativo 825)

RE 560900/DF*

RELATOR: Ministro Roberto Barroso

Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. IDONEIDADE MORAL DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PÚBLICOS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU PROCESSOS PENAIIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA

MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente.

2. A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade.

3. As duas proposições acima correspondem às teses do presente julgado, para fins de repercussão geral. Por se tratar de mudança de jurisprudência, a orientação ora firmada não se aplica a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento.

4. Recurso extraordinário conhecido e desprovido.

Relatório: 1. Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto contra acórdão do TJDFT, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE CABO. REJEIÇÃO DE MATRÍCULA. PENDÊNCIA JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A exclusão do impetrante na seleção para o Curso de Formação de Cabos pela mera denúncia oferecida pelo Ministério Público extrapola o razoável, tornando-se uma decisão tendenciosa, pois, enquanto não condenado por sentença transitada em julgado, há de se presumir a inocência do acusado, conforme regra constitucionalmente preconizada.

Assim, tem-se como inaceitável a presunção prevista no Decreto Distrital nº 7.456/83, bem como no edital do certame, de que determinado candidato não possui aptidão por estar sendo processado criminalmente.

Recurso improvido. Unânime.”

2. O referido acórdão que manteve sentença concessiva de mandado de segurança, impetrado por soldado que responde a processo criminal pela suposta prática do delito previsto no art. 342 do CP (falso testemunho), assegurando-lhe o direito de participar de curso de formação de Cabos Combatentes da Polícia Militar.

3. No caso, a progressão funcional do impetrante foi obstada em razão da sua inadmissão no concurso para ingresso no Curso de Formação de Cabos no Quadro de Praças Policiais e Militares Combatentes – QPPMC. O ato de eliminação do candidato está embasado no item 3.5 do Edital nº 33/2005 de convocação, que vedou a participação de candidato “denunciado por crime de natureza dolosa” (fls. 15).

4. Nas informações prestadas na origem pela autoridade impetrada, esclarece-se que a previsão editalícia encontrava suporte na redação dos arts. 11 e 28, II, do Decreto Distrital nº 7.456/1983, que previam, respectivamente, o requisito de “idoneidade moral” e a exclusão, do quadro de acessos, do candidato que estivesse “sub-judice” ou preso preventivamente, em virtude de inquérito policial-militar instaurado”. Além disso, em caso de absolvição, os arts. 16, III, e 22 do mesmo diploma preveem o direito a “ressarcimento de preterição”, com a respectiva promoção do candidato, independentemente da existência de vagas.

5. Concedida a segurança e confirmada a sentença pelo Tribunal, insurge-se o Distrito Federal por meio do presente recurso, sob a alegação de ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição. Sustenta que o princípio constitucional da presunção de inocência visa à limitação temporal dos efeitos da condenação penal, não à mitigação da análise administrativa de fatos desabonadores à conduta de candidato à ascensão funcional, fundamentada nos princípios da hierarquia, disciplina e proteção do ordenamento jurídico. Defendeu, ainda, a razoabilidade do critério de exclusão, que se mostraria coerente com a natureza do cargo aspirado e a elevação do poder de comando. Neste sentido, afirma que a Administração deve agir cautelarmente, a fim de evitar que policiais que estejam sendo investigados pelo cometimento de crimes e sérios desvios de conduta sejam promovidos enquanto permanecerem nesta situação.

6. Admitido o feito na origem, sem que tenham sido oferecidas contrarrazões (fls. 148), os autos subiram ao STF.

7. A repercussão geral do tema versado nos autos foi reconhecida pelo Plenário Virtual, em acórdão de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que recebeu a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESTRIÇÃO POSTA AOS CANDIDATOS QUE RESPONDEM A PROCESSO CRIMINAL (EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CRIMINAL). ACÓRDÃO RECORRIDO QUE AFASTA A RESTRIÇÃO, COM BASE NA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. MANIFESTAÇÃO PELA CONFIGURAÇÃO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL, PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.”

8. O parecer ministerial, da lavra do então Subprocurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, é pelo desprovido do recurso extraordinário, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO DEVIDO À EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CRIMINAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A questão ora sob exame foi considerada como de repercussão geral, para conhecimento e julgamento do recurso extraordinário.

2. Acórdão que ajusta-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de que afronta o princípio da presunção de inocência a exclusão de candidato de concurso público por estar inculcado em inquérito policial ou respondendo a ação penal.

3. Parecer pelo não provimento do recurso.”

9. A União, admitida na qualidade de *amicus curiae*, pugnou pelo provimento do recurso. Defende ser a matéria regida pelos princípios da supremacia do interesse público, moralidade e probidade, do que resulta a necessidade de exclusão de candidatos que não cumpram os parâmetros razoavelmente estabelecidos. Acrescenta que a restrição à participação de candidatos não está adstrita às hipóteses de existência de investigação ou processo criminal, mas alcança também situações discriminadas em regulamento como desvio de comportamento ou inidoneidade moral. Invoca, ainda, as razões adotadas por esta Corte ao concluir pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 (ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux). Relaciona, por fim, os projetos legislativos em trâmite que visam a instituir impedimento ao ingresso no serviço público daqueles que forem inelegíveis.

10. O Estado do Rio de Janeiro, também admitido como *amicus curiae*, endossa as teses da União. Acrescenta que o caso envolve, principalmente, uma ponderação entre os princípios da presunção de inocência e o da moralidade administrativa, sendo que a restrição ao primeiro seria “mínima”. A interpretação que ampliou a aplicação da presunção de inocência para fora do âmbito estritamente penal não mais se justificaria, haja vista o amadurecimento institucional do País no que diz respeito à construção de um sistema impessoal e objetivo de acesso aos cargos públicos efetivos. Afirma que, a depender do cargo em questão, outros bens jurídicos entrariam na ponderação, tais como a segurança pública, a proteção à ordem econômica e financeira, ao meio-ambiente etc. Sustenta que os requisitos negativos (como, no caso, a inexistência de antecedentes criminais) são os que melhor atendem à exigência de impessoalidade e isonomia. Conclui defendendo que “no âmbito das carreiras de segurança pública, é constitucional a exigência de que o candidato não ostente em sua ficha de antecedentes investigação criminal ou processo criminal em curso”.

11. Admiti ainda como *amicus curiae* a Defensoria Pública da União, que se manifestou a favor da tese do recorrido.

12. É o relatório.

Voto: I. A hipótese

1. Conforme já relatado, e nos termos da manifestação do relator originário, Min. Joaquim Barbosa, ao submeter o tema ao Plenário Virtual, a controvérsia a ser decidida consiste na “*definição acerca da validade da restrição posta aos candidatos à aprovação em concurso para provimento de cargo ou função pública, fundada na existência de denúncia criminal*”.

2. O caso concreto apresenta a particularidade de não se tratar propriamente de ingresso no serviço público, mas de progressão funcional, uma vez que o ora recorrido já é soldado da Polícia Militar do Distrito Federal, e pretendia participar do Curso de Formação de Cabos Policiais Militares Combatentes. No entanto, a repercussão geral reconhecida não distinguiu entre as situações e, de fato, devem ambas ser tratadas à luz dos mesmos princípios jurídicos.

II. Da necessidade de ponderação entre bens jurídicos constitucionais para a solução da controvérsia

3. Como já anunciado no relatório, o caso envolve uma *ponderação de diferentes bens jurídicos com assento constitucional*, não podendo ser solucionado a partir de um tradicional raciocínio silogístico, ou dos critérios usuais para resolução de antinomias (hierárquico, de especialidade e cronológico), uma vez que há normas da mesma hierarquia indicando soluções diferentes. Nessas situações, e conforme o conhecimento que hoje já é convencional na matéria, o raciocínio deve percorrer três etapas: a *primeira*, identificar as normas que postulam incidência na hipótese; a *segunda*, examinar os fatos relevantes – ou, como se trata de uma tese a ser firmada em repercussão geral, os contornos fáticos gerais do problema –; e a *terceira*, harmonizar as normas em conflito, calibrando o peso de cada qual e restringindo-as no grau mínimo indispensável, de modo a fazer prevalecer a solução mais adequada à luz de todo o sistema jurídico. Esse processo intelectual tem como fio condutor o *princípio da razoabilidade ou proporcionalidade*, também já incorporado à cultura jurídica nacional.

4. A *primeira etapa* do raciocínio, portanto, é a identificação das normas jurídicas pertinentes. De um lado, destaca-se o princípio da presunção de inocência, segundo o qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (CRFB/1988, art. 5º, LVII). Embora se trate de um princípio afeto à seara penal, a jurisprudência corrente desta Corte o expandiu para outros domínios, tais como o direito administrativo, que rege a controvérsia ora em exame. Confirmam-se, a propósito, alguns julgados representativos:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Competência do relator para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível. Ato administrativo ilegal. Controle judicial. Possibilidade. Concurso público. Soldado da Polícia Militar. Inquérito policial. Investigação social. Exclusão do certame. Princípio da presunção de inocência. Violação. Impossibilidade. Precedentes. (...) 3. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que **viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.**” (ARE 753.331-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli – destaques acrescentados).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a **eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência.**” (AI 741.101-AgR, Rel. Min. Eros Grau – destaques acrescentados).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA CIVIL. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. TRANSAÇÃO PENAL PACTUADA. AUSÊNCIA DE CARTER CONDENATÓRIO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREAM A DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 23.02.2012. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que **viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.** Precedentes.” (ARE 713.138-AgR, Rel. Min. Rosa Weber – destaques acrescentados)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ART. 5º, LVII, DA CF. VIOLAÇÃO. I - **Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responda a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.** Precedentes.” (RE 559.135-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – destaques acrescentados)

“CONCURSO PÚBLICO - CAPACITAÇÃO MORAL - PROCESSO-CRIME EM ANDAMENTO. **Surge motivado de forma contrária à garantia constitucional que encerra a presunção da não-culpabilidade ato administrativo, conclusivo quanto à ausência de capacitação moral, baseado, unicamente, na acusação e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal.**” (RE 194.872, Rel. Min. Marco Aurélio – destaques acrescentados)

5. No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: RE 782.649, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 750.847, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 855.448, Rel. Min. Luiz Fux; RE 602.229, Rel. Min. Cármen Lúcia.

6. Observe-se, porém, que em recentíssima decisão a Corte mudou a orientação jurisprudencial até então vigente em matéria penal, para entender que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, acórdão ainda não publicado).

7. Reforçando o peso do princípio da presunção de inocência, encontram-se os princípios da liberdade profissional (CRFB/1988, art. 5º, XIII) e o da ampla acessibilidade aos cargos públicos (CRFB/1988, art. 37, I), este último corolário dos princípios republicano, da isonomia e da impessoalidade, a impedir que o ingresso no serviço público – e a progressão funcional – sejam obstados com base em perseguições ou discriminações ilegítimas, respeitados os requisitos validamente estabelecidos em lei, como preveem as próprias normas constitucionais.

8. No outro prato da balança, destaca-se o princípio da moralidade administrativa (CRFB/1988, art. 37, *caput*). Como se sabe, o princípio da moralidade impõe aos agentes públicos o dever geral de boa administração, do qual decorrem, entre outros, os imperativos de honestidade, atuação vinculada ao interesse público e boa-fé. Isso porque eles administram bens que não lhes pertencem, devendo, como agentes delegados que são, atuar em nome, por conta e a bem do interesse público. Nessa linha, ao selecionar candidatos ao ingresso ou promoção no serviço público, é legítimo que o administrador busque aferir não apenas a capacidade técnica, mas também a idoneidade moral do postulante, que, ao assumir o cargo, também passará à função de agente delegado da coletividade. Por isso, em tese, justificam-se as investigações sociais ou de vida progressa, com os limites a serem vistos na sequência.

9. Parece necessário um breve parêntesis sobre o ponto. A idoneidade moral decorrente do princípio da moralidade administrativa não pode ser confundida com moralismo. Vale dizer: nenhum candidato a cargo público pode ser eliminado do certame por não compartilhar da mesma concepção de vida boa e da mesma moral privada que a dos membros da banca examinadora. Trata-se aqui de uma moralidade pública e laica, de uma ética mínima e intersubjetivamente aceitável.

10. Além do princípio geral da moralidade, outros fatores podem exigir graus de escrutínio mais severos na escolha de candidatos, a depender da particular relevância e essencialidade do cargo público em questão. Assim, *e.g.*, justifica-se um maior rigor na seleção de magistrados, por se tratar de membros de Poder, que exercerão diretamente a função jurisdicional, uma das funções básicas do Estado. Outro exemplo nessa linha é a seleção de policiais, em que, ao lado da moralidade administrativa, adquire relevo o bem jurídico da segurança pública, cuja proteção é dever de tais agentes (CRFB/1988, art. 144).

11. Identificadas, em linhas gerais, as normas que postulam incidência na hipótese, cumpre passar à *segunda etapa*, qual seja, o exame dos fatos relevantes, ou, mais propriamente, dos contornos fáticos amplos da questão, por se cuidar de uma tese a ser firmada em repercussão geral.

12. Cuida-se, aqui, da acessibilidade aos cargos públicos, que deve ser ampla e, como regra, ser precedida de concurso público. A exceção são os

cargos em comissão, que são de livre nomeação. Ainda assim, em relação a tais cargos, o País deu um salto republicano ao proibir o nepotismo nos três Poderes, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, a Resolução CNJ 07/2005 foi declarada constitucional (ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto)¹ e, na sequência, a vedação da nomeação de parentes até o terceiro grau foi estendida aos demais Poderes (Súmula Vinculante 13)².

13. A despeito da consagração do concurso público como elemento moralizador na seleção de candidatos a cargos públicos, vez por outra se renovam ameaças, quer à sua realização, quer à observância de critérios objetivos e impessoais nos certames. No âmbito do STF, é possível citar, como exemplo emblemático, o esforço empreendido para impor o mandamento constitucional do concurso no provimento das serventias judiciais (e.g., MS 26.860, Rel. Min. Luiz Fux).

14. Igualmente emblemática foi a decisão do CNJ ao condenar a realização de entrevistas reservadas no concurso para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo, em 2012. Na ocasião, a pretexto de aferir se os candidatos seriam “talhados” para o cargo, examinadores faziam perguntas sobre a vida pessoal, a sexualidade e os projetos de vida que pretendiam seguir. Com base em tais “entrevistas”, 2/3 (dois terços) dos candidatos aprovados nas três fases anteriores – inclusive alguns dos primeiros colocados – vieram a ser reprovados.

15. É certo que o Conselho Nacional de Justiça, em decisão histórica (processo nº 0002289-13.2012.2.00.0000 e outros), invalidou parcialmente o certame e reiterou a vedação de tal prática. Mas o episódio revelou como é problemática a utilização de critérios não estritamente objetivos para a seleção de candidatos. É preciso, portanto, redobrada cautela e parâmetros claros para não se cair no domínio da subjetividade indesejável. Nunca é demais lembrar que durante o regime militar, a “investigação social” e a aferição de “idoneidade moral” eram muitas vezes utilizadas para excluir adversários do regime, mulheres desquitadas e pessoas de orientação sexual “não convencional”.

16. Retomando-se a narrativa, o contexto fático da questão aqui enfrentada é o do candidato a cargo público – no caso específico, candidato a concurso de promoção – que responde a processo penal, sem que haja até o momento da inscrição condenação em qualquer grau de jurisdição. Cuida-se de saber se o acesso a cargo público pode ser restringido nesta hipótese, em nome de uma suposta *falta de idoneidade moral* do candidato. Ou se, ao revés, seria necessário um marco objetivo de maior certeza jurídica, a legitimar a desqualificação do postulante à vaga.

17. Por fim, passa-se à *terceira etapa* do raciocínio da ponderação: a harmonização das normas em conflito, levando-se em conta o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. De forma simplificada, trata-se de encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito de acesso aos cargos públicos, de um lado, e as limitações decorrentes de requisitos para o exercício da função, de outro. A solução constitucionalmente adequada situa-se entre esses dois extremos e dela decorrem, *diretamente*, a vedação de algumas discriminações e a imposição de requisitos mínimos condizentes com o cargo. No espaço restante, a instituição de um modelo adequado compete ao legislador, como parte do regime jurídico da carreira. O presente voto trata do núcleo constitucional mínimo a ser observado.

III. A solução proposta

18. Tratando-se de candidatos a cargos públicos investigados ou processados criminalmente, como conciliar, de um lado, a impessoalidade e a objetividade na seleção, e, de outro, a preocupação legítima com o perfil moral daqueles que pretendem gerir interesses da coletividade? A resposta está na formulação de critérios razoavelmente objetivos para aferir a “idoneidade moral”, relacionados a processos penais em curso contra o candidato, com referência, no mínimo, aos seguintes aspectos: (i) fase em que se encontra o processo; e (ii) relação de pertinência (incompatibilidade) entre a acusação e o cargo em questão.

III.1. Necessidade de condenação por órgão colegiado ou definitiva

19. Quanto ao primeiro aspecto (fase processual), a Corte teve recentemente a oportunidade de decidir questão semelhante, a propósito das hipóteses de inelegibilidade, cuja tipificação o art. 14, § 9º, da Constituição determina, entre outros fins, para “*proteger (...) a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato*”.

20. A legislação eleitoral considerava inelegíveis “*os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena*” (redação original do art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990). Após intensa mobilização que resultou num projeto de lei de iniciativa popular, com cerca de 1,6 milhão de assinaturas, foi editada a LC nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), que deu ao dispositivo acima a sua redação atual:

“Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;”

21. No exercício do controle abstrato de constitucionalidade (ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux), o Supremo Tribunal Federal declarou a validade do preceito, afastando inclusive o argumento da presunção de inocência, por não se tratar da esfera estritamente penal, e sim eleitoral. Transcrevo trecho do voto do eminente relator:

“Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a inserção, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, da previsão do art. 14, § 9º, atualmente vigente estabeleceu disposição constitucional – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivo para que o legislador complementar estabeleça restrições à elegibilidade com base na vida pregressa do candidato, desde que direcionadas à moralidade para o exercício do mandato.

Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, “caput”, da Constituição Federal.

Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático”.

22. Como se vê, a lei fixa critérios objetivos: uma fase processual delimitada (condenação transitada em julgado ou por órgão colegiado, e não a mera pendência de investigações ou processos) e um rol taxativo de infrações penais, todas comprometedoras da idoneidade moral que se exige dos postulantes a cargos públicos eletivos.

23. É bem de ver que mesmo eventual condenação penal transitada em julgado não resulta necessariamente na perda do cargo público para o servidor que já é efetivo, como dispõe o art. 92 do Código Penal:

“Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

(...)

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.”

24. Portanto, se nem mesmo certas condenações transitadas em julgado podem fazer um agente público perder o cargo por força de sentença penal, com maior razão a simples pendência de investigações ou processos judiciais não pode produzir a eliminação de candidatos.

25. Por outro lado, pedindo vênia a quem pense diferentemente e à jurisprudência predominante no Tribunal, entendo que é excessiva a exigência de que a condenação tenha transitado em julgado. Na ausência de lei, parece perfeitamente razoável aplicar por analogia os critérios previstos para fins eleitorais na LC nº 135/2010. Eles pressupõem não apenas o recebimento da denúncia e o transcurso de toda a instrução, mas também uma condenação definitiva ou um juízo colegiado, de cognição exauriente, no sentido da condenação. Este último julgamento é feito por juízes mais experientes, em estágio avançado da carreira judiciária, e não poderá ser revisto pelos Tribunais Superiores, em recurso especial e extraordinário, quanto às suas premissas fáticas.

26. Tal como já compreendeu esta Corte no julgamento das ADCs 29 e 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, tais circunstâncias permitem a formulação de um juízo de reprovabilidade moral em relação ao candidato, e podem implicar sua eliminação do certame. Não entender assim implica restrição demasiada ao princípio da moralidade, sendo excessiva a invocação de um princípio afeto à seara penal, em toda a sua extensão, de modo a exigir o trânsito em julgado para a produção de efeitos relativos ao direito administrativo (acessibilidade aos cargos públicos).

III.2. Necessidade de relação de incompatibilidade entre a natureza do crime e as atribuições do cargo

27. Além do aspecto relativo à fase processual (condenação por órgão colegiado ou definitiva), é preciso também que haja uma relação de pertinência entre a acusação e as atribuições do cargo em questão. Em outras palavras: nem todas as condenações criminais colegiadas ou definitivas devem implicar, automaticamente, a eliminação de candidatos de concursos, mas apenas aquelas que revelem, em razão da natureza do crime apurado, uma incompatibilidade com os pressupostos necessários ao exercício da função pública em questão. Por exemplo, uma condenação colegiada pelo crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (“*Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência*”) não parece ser incompatível com o exercício de uma função pública de bibliotecário, mas certamente não se coaduna com a pretensão de exercer o cargo de agente de trânsito.

28. Nessa linha, o parágrafo único do art. 92 do Código Penal exige fundamentação específica para a determinação de perda do cargo, ao prever que tal efeito da condenação não é automático. Essa exigência deve ser entendida como um ônus argumentativo de demonstrar a incompatibilidade entre a condenação em questão e as atribuições do cargo concretamente exercido. O mesmo raciocínio pode ser utilizado na seleção de candidatos em concursos públicos. A necessidade de um nexo entre a acusação e as atribuições do cargo em exame coaduna-se não apenas com o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade – particularmente o subprincípio da adequação –, mas também com o art. 37, II, da Constituição, segundo o qual os critérios de seleção adotados em concursos públicos deverão observar “*a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*”. Assim, qualquer discriminação deve ter relação com as características da função a ser exercida, e esse juízo de incompatibilidade deve ser feito de forma motivada pela autoridade competente.

III.2.1. Possibilidade de critérios mais rígidos em relação a determinadas carreiras

29. A propósito desse juízo de incompatibilidade, pode-se afirmar que certos cargos pressupõem, por definição, um controle de idoneidade moral mais estrito em razão das atribuições envolvidas, razão pela qual, em princípio, são incompatíveis com quaisquer condenações criminais, salvo casos excepcionais. É o que ocorre com as carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) e da segurança pública (CF/1988, art. 144). Trata-se de agentes da lei, dos quais se exige não só que apliquem o direito em suas atividades profissionais envolvendo terceiros, mas, sobretudo, que o apliquem para si próprios, que *vivam conforme o direito*: essa é uma condição moral básica para exigir de outrem o cumprimento da lei, função precípua de tais agentes públicos.

30. A lei pode vir a reforçar o controle de acesso a tais cargos, dispondo, por exemplo, que eventual condenação judicial em primeira instância, ou mesmo a imposição administrativa de pena por infração disciplinar (respeitado, em qualquer caso, o contraditório), seria suficiente para a eliminação de candidato em concurso público. Esse tratamento mais estrito harmoniza-se com o § 7º ao art. 37 da CRFB/1988, o qual determina que “*A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas*”. Até que advenha a lei, porém, vale o mínimo que se pode extrair da moralidade constitucional: exige-se condenação definitiva ou por órgão colegiado e juízo de pertinência.

31. Naturalmente, os parâmetros ora desenvolvidos não impedem a eliminação de candidato devido à impossibilidade física de comparecer a certas etapas do certame ou de exercer o cargo, em razão de obrigações judicialmente impostas no curso de processo penal.

IV. Legitimidade dos parâmetros estabelecidos e sua aplicação ao caso concreto

32. Vistos os dois parâmetros mínimos necessários à harmonização dos princípios em conflito (condenação definitiva ou por órgão colegiado e relação de incompatibilidade entre a acusação e o cargo em questão), é importante observar que não se trata de restrições impostas sem amparo legal, o que é repellido pela jurisprudência desta Corte, como se vê, exemplificativamente, nos precedentes que afastam a exigência de exame psicotécnico quando não haja previsão legal (AI 758.533 QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Súmula 686/STF e Súmula Vinculante 44). Aqui, diversamente, cuida-se de parâmetros para *aplicação direta* do princípio da moralidade administrativa: não se trata, portanto, de restrições adicionais impostas sem lei, e sim de balizas para a aplicação de restrições impostas diretamente pelo texto constitucional. Em certa medida, pode-se dizer que se trata de uma “restrição das restrições”, pois a falta de parâmetros pode dar à moralidade administrativa uma dimensão exagerada, ao eliminar candidatos pelo mero oferecimento de denúncia. Segundo o Min. Celso de Mello, a teoria da “restrição das restrições” ou da “limitação das limitações” traduz a ideia de que:

“(…) **as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa** a determinados parâmetros de índole constitucional, **como**, p. ex., **aqueles fundados na proibição** de retrocesso social, **na proteção** ao mínimo existencial **(que deriva** do princípio da dignidade da pessoa humana), **na vedação** da proibição insuficiente e, **também, na proibição** de excesso.” (ARE 745.745 AgR)

33. A imposição de restrições de acesso a cargos públicos como decorrência da aplicação direta da Constituição não é novidade na jurisprudência deste Tribunal. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, em que o STF assentou a validade constitucional da Resolução CNJ nº 07/2005, que vedou o nepotismo no âmbito do Judiciário. Eis a ementa do referido precedente:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE ‘DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DAS OUTRAS PROVIDÊNCIAS’. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. **Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios ‘estabelecidos’ por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo ‘direção’ nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.”

34. Em conclusão, a exclusão de candidatos de concursos públicos, sob o pretexto da análise de vida progressiva ou idoneidade moral, mediante valoração discricionária de investigações ou processos criminais em curso, significa conceder à autoridade administrativa o poder de atribuir efeitos à mera existência de ação penal. Tais efeitos podem, muitas vezes, ser mais nefastos ao réu que a própria pena, abstrata ou concretamente considerada, ou outros efeitos extrapenais da condenação transitada em julgado, fixados somente ao final do contraditório. Ressalte-se: é conferir à banca examinadora, muitas vezes, poder de aplicar sanção maior que a determinada em lei penal.

35. Eliminar candidatos a partir de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, tais como “idoneidade moral”, mediante juízo subjetivo de banca examinadora, é incompatível com os princípios republicano, da impessoalidade e da ampla acessibilidade aos cargos públicos, na forma como devem ser pensados no atual contexto brasileiro. Num Estado Democrático de Direito, ninguém, por maior que seja sua retidão de caráter e conduta, está imune a ser investigado e até a responder a uma acusação penal, de modo que a simples existência de inquéritos ou processos não se presta a aferir a idoneidade moral, ao menos para fins de participação num processo seletivo objetivo e republicano, como devem ser os concursos públicos para cargos efetivos. Essa regra somente poderia ser afastada em casos excepcionalíssimos, de indiscutível gravidade (e.g., um candidato preso em flagrante por estupro de vulnerável – CP, art. 217-A – que, durante o curso do processo penal, pretendesse assumir cargo em escola de ensino fundamental).

36. A solução proposta satisfaz o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, uma vez que é: (i) adequada, pois a restrição que se impõe é idônea para proteger a moralidade administrativa; (ii) não é excessiva, de vez que após a condenação em segundo grau a probabilidade de manutenção da condenação é muito grande e a exigência de relação entre a infração e as atribuições do cargo mitiga a restrição; e (iii) proporcional em sentido estrito, na medida em que a atenuação do princípio da presunção de inocência é compensada pela contrapartida em boa administração e idoneidade dos servidores públicos.

37. Assentadas essas premissas, cabe analisar o caso concreto. Como já visto, pretendeu-se vedar o acesso do ora recorrido a curso de formação de Cabos Combatentes da Polícia Militar, requisito necessário à sua progressão funcional por antiguidade, por estar respondendo a processo penal no período da matrícula (11.2005). A acusação se referia ao crime de falso testemunho (CP, art. 342). Em consulta ao andamento do referido processo na internet, constata-se que, 04.2008, o réu teve a punibilidade extinta por cumprir suspensão condicional do processo.

38. Embora o recorrido integre carreira de segurança pública, o que, em tese, justifica maior rigor na seleção, a simples pendência de processo sem condenação não justifica um juízo de reprovação moral. A mera existência de um processo nada diz sobre o caráter do processado, nem pode ser tido como algo anormal – ao menos não num regime em que não há ninguém acima da lei ou imune a processos. Além disso, atribuir demasiado relevo a pendências judiciais pode produzir danos por fatores arbitrários. O caso ilustra bem o ponto.

39. Segundo informações do andamento processual, o processo em questão foi distribuído em 03.02.2005, época em que a pena do crime de falso testemunho era reclusão de um a três anos (redação do art. 342 do CP, antes da Lei nº 12.850/2013). Em razão da pena mínima, era cabível o benefício da suspensão condicional do processo desde o oferecimento da denúncia (Lei nº 9.099/1995, art. 89). No entanto, a audiência de suspensão condicional do processo somente foi realizada em 04.2006. Não fosse o longo período de um ano e dois meses entre o oferecimento da denúncia e a audiência de suspensão condicional, provavelmente o processo não estaria em curso em 12.2005, quando o recorrido foi excluído do curso em questão.

40. Portanto, a restrição à participação do candidato se baseou na mera existência de inquérito ou processo penal, sem que o agente sequer tenha sido condenado em primeira instância, apenas porque, caprichosamente, o processo estava em curso no período da matrícula. Esse tipo de fator arbitrário não pode ser decisivo. A existência da figura do “ressarcimento de preterição” não pode servir para legitimar arbitrariedades, a serem evitadas sempre que possível. Não é porque se pode reparar um ilícito que se vai cometê-lo.

V. Conclusão

41. Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário, nego-lhe provimento e proponho a fixação das seguintes teses:

(1) como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente;

(2) a lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade.

42. A fim de preservar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, por se tratar de mudança de jurisprudência, proponho que a orientação ora firmada não se aplique a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento.

43. É como voto.

** julgamento pendente de conclusão.*

*** ementa do voto do Ministro Roberto Barroso.*

Notas de rodapé:

1 Para uma análise deste caso, do ajuizamento da inicial ao seu desfecho, v. Luís Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, 2013.

2 Súmula Vinculante 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

30 de maio a 3 de junho de 2016

Medida Provisória nº 729, de 31.5.2016 - Altera a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, que dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 103, p. 2, em 1º.6.2016.

Informativo 829

SUMÁRIO

Plenário

Direito à educação: ensino privado e acesso a pessoas com deficiência - 1
Direito à educação: ensino privado e acesso a pessoas com deficiência - 2
Contratação temporária de professores e emergencialidade

Repercussão Geral

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 1
Princípio da precaução e campo eletromagnético - 2
Princípio da precaução e campo eletromagnético - 3
Princípio da precaução e campo eletromagnético - 4
Princípio da precaução e campo eletromagnético - 5

1ª Turma

Ausência de impugnação e parágrafo único do art. 932 do CPC
Embargos de declaração e condenação em honorários advocatícios

2ª Turma

Extradicação: prazo máximo de pena e compromisso do Estado requerente
Processo eletrônico: corréus com advogados distintos e prazo em dobro
Pensão: comprovação de união estável e concubinato
Mandado de segurança e legitimidade ativa do PGR

Clipping do DJe

Transcrições

Ente Federativo: princípio da intranscendência e inscrição em cadastros federais de inadimplência (ACO 732/AM)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Direito à educação: ensino privado e acesso a pessoas com deficiência - 1

O Plenário, após converter em julgamento de mérito o exame de referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade — ajuizada em face do § 1º do art. 28 e do “caput” do art. 30, ambos da Lei 13.146/2015 —, deliberou, por maioria, julgar o pleito improcedente. Os dispositivos impugnados tratam da obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Reputou que a responsabilidade pela alteração é um elemento estruturante da Constituição. Nesse sentido, a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência pressupõe a ideia de que essa ação tem via dupla, ou seja, traz benefícios a toda a população. Em outras palavras, todos os cidadãos têm o direito ao acesso a uma democracia plural, de pessoas, credos, ideologias e outros elementos.

Especificamente, a Constituição prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência (artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244). Ao se compreender pluralidade e igualdade como duas faces da mesma moeda, entende-se que a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que possibilitem, de fato, esse acesso e sua efetivação concreta. A respeito, fora promulgado o Decreto 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), que reconhece, em seu art. 24, o direito à educação como isento de discriminação e determina que os Estados partes da Convenção assegurem sistema educacional inclusivo em todos os níveis, de maneira que as pessoas com deficiência não poderão ser excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência. Ou seja, à luz dessa Convenção e, por consequência, da própria Constituição (art. 5º, § 3º), o ensino inclusivo em todos os níveis é imperativo que se põe mediante regra explícita. Além disso, se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência somente a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional. A Lei 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

ADI 5357 MC-Referendo/DF, rel. Min. Edson Fachin, 9.6.2016. (ADI-5357)

Direito à educação: ensino privado e acesso a pessoas com deficiência - 2

O Tribunal entendeu inferir-se que, por meio da lei impugnada, o Brasil atendera ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos das pessoas com deficiência. Não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade. É necessária a sua autorização e avaliação de qualidade pelo Estado, bem como o cumprimento das normas gerais de educação nacional. De igual modo, os estabelecimentos privados não podem eximir-se dos deveres de estatura constitucional impostos ao sistema educacional do País. À escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é dever ensinar, incluir, conviver. A vivência cotidiana, o convívio com o diferente, são valores educacionais em si mesmos, e têm riqueza própria, pois desenvolvem o acolhimento, a tolerância e a ética. Portanto, o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos esquadriados pela Constituição. É somente com a efetivação desses valores que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para o bem de todos. Assim, o ensino inclusivo é política pública estável. Se as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a deficiência apenas sob a perspectiva médica, mas também ambiental. Ou seja, os espaços devem ser isentos de barreiras, as verdadeiras deficiências da sociedade. Esses deveres devem se aplicar a todos os agentes econômicos, e entendimento diverso implica privilégio odioso, porque oficializa a discriminação. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido parcialmente procedente. Considerava que a intervenção estatal no mercado deveria ser minimalista e que a obrigação principal, em se tratando de educação, é do Estado. Asseverava ser constitucional a interpretação dos artigos atacados no que encerram planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional a interpretação que leve a ter-se como obrigatórias as múltiplas providências determinadas pela lei.

ADI 5357 MC-Referendo/DF, rel. Min. Edson Fachin, 9.6.2016. (ADI-5357)

Contratação temporária de professores e emergencialidade

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da alínea “F” e do parágrafo único do art. 3º da LC 22/2000 do Estado do Ceará. Tais dispositivos autorizam a contratação temporária de professores da rede pública de ensino nas hipóteses de “afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária” (alínea “F”) e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (parágrafo único). A referida lei complementar também permite a contratação temporária de profissionais do magistério nas situações de licença para tratamento de saúde; licença gestante; licença por motivo de doença de pessoa da família; licença para trato de interesses particulares; e cursos de capacitação. O Colegiado reputou que o art. 37, IX, da CF exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada circunstância, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica. Nesse sentido, nas demais hipóteses descritas na lei complementar, trata-se de ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da situação prevista na alínea “F” do art. 3º, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. Além disso, os projetos educacionais previstos no parágrafo único do art. 3º da LC 22/2000 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratara de designar qualquer contingência especial a ser atendida. Por fim, o Tribunal,

por decisão majoritária, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava totalmente procedente o pedido formulado. Entendia que as hipóteses da lei complementar seriam corriqueiras e não dotadas de emergencialidade. Ademais, não admitia a modulação.

ADI 3721/CE, rel. Min. Teori Zavascki, 9.6.2016. (ADI-3721)

REPERCUSSÃO GERAL

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 1

No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009. Essa a tese que, por maioria, o Plenário fixou para efeito de repercussão geral ao dar provimento, por maioria, a recurso extraordinário para julgar improcedentes pedidos formulados em ações civis públicas. Essas ações debateram o direito fundamental à distribuição de energia elétrica, ao mercado consumidor, de um lado, e o direito à saúde daqueles que residem em locais próximos às linhas pelas quais se efetua a transmissão, de outro. Na espécie, acórdão de tribunal de justiça estadual impusera obrigação de fazer a concessionária de serviço público no sentido de observar padrão internacional de segurança e, em consequência, reduzir campo eletromagnético em suas linhas de transmissão de energia elétrica. A decisão recorrida fundamentara-se no princípio da precaução e no direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. O Plenário reafirmou que a proteção do meio ambiente e da saúde pública com desenvolvimento sustentável seria obrigação constitucional comum a todos os entes da Federação. Para tanto, a Constituição confere ao Poder Público todos os meios necessários à consecução de tais fins, incumbindo-o, inclusive, da competência para definir, em todas as unidades da Federação, os espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos. Salientou que essa obrigação não seria apenas do Poder Público, mas também daqueles que exercem atividade econômica e que prestam serviços públicos, como é o caso das companhias de distribuição de energia elétrica. Destacou que essas empresas, por executarem serviços delegados seriam regidas por regras de direito privado, ainda que na relação com o poder concedente obedecessem a regime jurídico de direito público. Por isso, estariam submetidas aos regulamentos emitidos e ao controle realizado por agência reguladora competente e, no exercício de suas atividades deveriam defender e proteger o meio ambiente e o direito fundamental transindividual e do cidadão à saúde, em sua integralidade.

RE 627189/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 8.6.2016. (RE-627189)

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 2

A Corte registrou que o conteúdo jurídico do princípio da precaução remontaria originalmente à “Carta Mundial da Natureza”, de 1982, cujo princípio n. 11, “b”, estabelecera a necessidade de os Estados controlarem as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, ainda que seus efeitos não fossem completamente conhecidos. Esse princípio fora posteriormente incluído na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92). Além desses documentos, o princípio da precaução estaria contido na Constituição (“Art. 225. ... § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: ... IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”). Decorre referido princípio da constatação de que a evolução científica poderia trazer riscos, muitas vezes imprevisíveis ou imensuráveis, a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados na respectiva área da ciência. Apontou que o princípio da precaução não prescindiria de outros elementos considerados essenciais para uma adequada decisão estatal, a serem observados sempre que estiver envolvida a gestão de riscos: a) a proporcionalidade entre as medidas adotadas e o nível de proteção escolhido; b) a não discriminação na aplicação das medidas; e, c) a coerência das medidas que se pretende tomar com as já adotadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares. Portanto, na aplicação do princípio da precaução a existência de riscos decorrentes de incertezas científicas não deveria produzir uma paralisia estatal ou da sociedade. Por outro lado, a aplicação do princípio não poderia gerar como resultados temores infundados. Assim, em face de relevantes elementos de convicção sobre os riscos, o Estado deveria agir de forma proporcional. Por sua vez, o eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação desse princípio haveria de ser realizado com prudência, com um controle mínimo, diante das incertezas que reinam no campo científico.

RE 627189/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 8.6.2016. (RE-627189)

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 3

No que se refere aos limites à exposição humana a campos eletromagnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica do caso concreto, a Corte apontou que os níveis colhidos pela prova pericial

produzida nos autos teriam demonstrado sua adequação aos parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídico infraconstitucional. Ao se referir à Lei 11.934/2009, que dispõe sobre os limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, posteriormente regulamentada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) em sua Resolução Normativa 398/2010, o Plenário assentou não haver dúvida quanto à licitude — sob o ponto de vista infraconstitucional — do que estaria a praticar a recorrente. Apontou que a citada resolução normativa, ao estabelecer os limites e os procedimentos referentes à exposição por parte do público em geral e dos trabalhadores aos campos elétricos e magnéticos teria aplicado em todo o território nacional os limites estabelecidos pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante (ICNIRP) em respeito às recomendações da OMS. Salientou que o acórdão do tribunal de origem apontara que, conforme as medições feitas, em momento algum teria se observado violação aos parâmetros legais estabelecidos pela ICNIRP. Ainda assim, a despeito de as medições estarem no nível legalmente estabelecido, o órgão julgador do acórdão recorrido, com base no princípio da precaução, obrigara a ré a adotar parâmetro suíço, abaixo do fixado na legislação pátria. Aparentemente, não existiriam provas ou mesmo indícios de que o avanço científico na Suíça ou em outros países que não adotam os padrões da OMS esteja além do da maioria dos países que compõem a União Europeia ou de outros países do mundo que adotam os limites estabelecidos pela OMS e ICNIRP. Na situação dos autos, tratou-se de uma opção legislativa e administrativa.

RE 627189/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 8.6.2016. (RE-627189)

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 4

A Corte registrou fato novo surgido após o processamento do recurso extraordinário, constante da edição da Resolução Normativa 616/2004, da ANEEL. Essa norma, no que se refere aos limites à exposição humana a campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, na frequência de 60 Hz, elevou de 83,33 μ T (microteslas) para 200,00 μ T (microteslas) o limite máximo e permanente de exposição a campos elétricos e magnéticos. Estudos desenvolvidos pela OMS teriam demonstrado que não haveria evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos acima dos limites estabelecidos cause efeitos adversos à saúde. A própria OMS ao elaborar seu modelo de legislação para uma proteção efetiva aos campos eletromagnéticos teria indicado a utilização dos limites fixados pela ICNIRP. Assim, o Estado brasileiro teria adotado as necessárias cautelas, pautadas pelo princípio constitucional da precaução. E, tendo em vista que o regime jurídico brasileiro estaria orientado de acordo com os parâmetros de segurança reconhecidos internacionalmente, não haveria razão suficiente a justificar a manutenção da decisão atacada. No futuro, caso surjam efetivas e reais razões científicas e/ou políticas para a revisão do que se deliberou no âmbito normativo, o espaço para esses debates e a tomada de novas definições serão respeitados. Decidiu que haveria de ser acatada a decisão política que concluda pela edição da norma nos termos estabelecidos, uma vez que, dentro da competência do Poder Judiciário, não teriam sido violados os limites da legalidade, em observância às normas de organização e de procedimento na proteção dos direitos fundamentais referidos, tampouco afrontados os pressupostos da motivação e da proporcionalidade.

RE 627189/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 8.6.2016. (RE-627189)

Princípio da precaução e campo eletromagnético - 5

Vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. O Ministro Edson Fachin destacava que o acórdão recorrido teria partido da dúvida da comunidade científica acerca dos efeitos danosos à saúde com base nos princípios da precaução, da proteção ao meio ambiente e da saúde. Segundo a Ministra Rosa Weber, os artigos 5º, “caput” e inciso II, ou 224 da Constituição não teriam sido afrontados. Para o Ministro Marco Aurélio, o embate dos autos estaria desequilibrado porque se teria o poder econômico de um lado e, de outro, a população. Entendia que, ao apreciar o recurso extraordinário, o STF não atuaria no âmbito da competência originária. Salientava que, ao assentar a transgressão, ou não, à Constituição, a Corte partiria de moldura fática delineada pelo tribunal de origem, que julgara com base em perícias técnicas. O Ministro Celso de Mello advertia que sempre que houvesse probabilidade de que o dano se concretizasse como consequência de atividade identificada por sua potencialidade lesiva, o postulado da precaução seria imposto ao Estado, que deveria adotar medidas de índole cautelar para preservar a incolumidade do meio ambiente e para proteger a integridade da vida e da saúde humanas. O princípio da precaução seria resultante do exercício ativo da dúvida, que se realizaria frente ao perigo de dano grave e irreversível e diante da falta de certeza científica ou da ausência de informação. Nesse contexto, as decisões judiciais, especialmente nos países que compõem a União Europeia, cuja tendência os tribunais pátrios estariam a acompanhar, orientar-se-iam pela precaução na defesa da integridade do meio ambiente e na proteção à saúde. Por sua vez, as normas jurídicas destinadas à proteção da população em geral abrangeriam tanto o Direito Internacional quanto o Direito comunitário e o próprio Direito interno de diversos países. Consignava que, embora o desenvolvimento econômico, o direito de propriedade e a iniciativa privada estivessem protegidos pela Constituição, não poderiam primar sobre o direito fundamental à saúde. Apontava que o acórdão recorrido dera concretude a direito impregnado de fundamentalidade indiscutível: o direito de caráter transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Concluía que por via dessa tutela se estaria a proteger um valor maior, vale dizer, a própria qualidade da vida.

RE 627189/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 8.6.2016. (RE-627189)

PRIMEIRA TURMA

Ausência de impugnação e parágrafo único do art. 932 do CPC

O prazo de cinco dias previsto no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015 [“Art. 932. Incumbe ao relator: ... III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente. ... Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”] só se aplica aos casos em que seja necessário sanar vícios formais, como ausência de procuração ou de assinatura, e não à complementação da fundamentação. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental e condenou a parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios. Inicialmente, a Turma rejeitou proposta do Ministro Marco Aurélio de afetar a matéria ao Plenário para analisar a constitucionalidade do dispositivo, que, ao seu ver, padeceria de razoabilidade. Na sequência, o Colegiado destacou que, na situação dos autos, o agravante não atacara todos os fundamentos da decisão agravada. Além disso, estar-se-ia diante de juízo de mérito e não de admissibilidade. O Ministro Roberto Barroso, em acréscimo, afirmou que a retificação somente seria cabível nas hipóteses de recurso inadmissível, mas não nas de prejudicialidade ou de ausência de impugnação específica de fundamentos. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o recurso.

ARE 953221 AgR/SP, rel. Min. Luiz Fux, 7.6.2016. (ARE-953221)

Embargos de declaração e condenação em honorários advocatícios

Após 18 de março de 2016, data do início da vigência do Novo Código de Processo Civil, é possível condenar a parte sucumbente em honorários advocatícios na hipótese de o recurso de embargos de declaração não atender os requisitos previstos no art. 1.022 do referido diploma e tampouco se enquadrar em situações excepcionais que autorizem a concessão de efeitos infringentes. Com base nessa orientação, a Primeira Turma desproveu os embargos de declaração e, por maioria, condenou a parte sucumbente ao pagamento de honorários. Afirmou que a razão de ser da sucumbência recursal seria dissuadir manobras protelatórias. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que afastava a condenação no caso concreto. Pontuava que os embargos de declaração serviriam para esclarecer ou integrar o julgamento realizado anteriormente. No entanto, o recurso que motivara os embargos de declaração teria sido interposto sob a regência do Código pretérito. Portanto, não seria possível condenar a parte sucumbente com base no Novo Código de Processo Civil.

RE 929925 AgR-ED/RS, rel. Min. Luiz Fux, 7.6.2016. (RE-929925)

SEGUNDA TURMA

Extradição: prazo máximo de pena e compromisso do Estado requerente

A Segunda Turma, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada em extradição no sentido de, em caráter excepcional, autorizar a prorrogação por mais 15 dias para que o Estado requerente, querendo, possa afirmar que, qualquer que seja a pena imposta ao extraditando, o Poder Executivo poderá comutá-la ou fixar que o cumprimento da pena de prisão, como for determinada, ocorrerá no prazo máximo estabelecido pelo Estado requerido. No caso, deferido pelo STF o pedido de extradição (DJe de 30.11.2015), o Estado requerente informara o Ministério da Justiça à respeito da suposta incapacidade legal de oferecer a garantia — exigida como condicionante para o deferimento da extradição — de o extraditando não ser condenado por período superior a 30 anos. Essa impossibilidade se daria porque a dosimetria da pena seria “de plena autoridade do juiz presidindo o caso”. Dessa forma, o Ministério da Justiça reputara cumprido o art. 91 da Lei 6.815/1980, mas não a decisão do STF relativa ao deferimento do pedido de extradição. O extraditando, considerada a situação exposta, requereu a expedição de alvará de soltura, tendo em conta o alegado decurso do prazo legal (Lei 6.815/1980, art. 86) para que o Estado requerente o tivesse retirado do território nacional. A Turma consignou que não haveria precedente no STF sobre a situação em comento. Assim, a prorrogação do prazo seria necessária para que os órgãos de diplomacia competentes resolvessem a questão, sob pena de ocorrer a necessária soltura do extraditando. Vencido, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Ext 1388 QO/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 7.6.2016. (Ext-1388)

Processo eletrônico: corrêus com advogados distintos e prazo em dobro

Não cabe a aplicação subsidiária do art. 229, “caput”, do CPC/2015 em inquéritos e ações penais originárias em que os atos processuais das partes são praticados por via eletrônica e todos os interessados — advogados e membros do Ministério Público — têm acesso amplo e simultâneo ao inteiro teor dos autos. Nesse sentido, a Segunda Turma resolveu questão de ordem em que acusados representados por advogados distintos requisitavam prazo em dobro para a resposta prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990. Com o advento do novo CPC, o Colegiado consignou que, nos processos eletrônicos, não há falar em prazo em dobro para as manifestações de corrêus com diferentes procuradores, seja em qualquer juízo ou tribunal, dependente ou não de requerimento. Além disso, na situação dos autos, o acesso amplo e simultâneo aos atos processuais praticados por via eletrônica

estaria evidenciado, uma vez que junto com o mandado de notificação dos corrêus fora enviada uma mídia digital em CD, contendo cópia integral dos autos. Aliado a isso, constantemente é realizada a atualização do material digital, sendo permitido e utilizado o peticionamento eletrônico.

Inq 3980 QO/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 7.6.2016. (Inq-3980)

Pensão: comprovação de união estável e concubinato

A Segunda Turma iniciou julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato do TCU por meio do qual fora determinada a cassação de pensão instituída em favor de companheira de servidor público federal. A Corte de Contas apontara como razão de decidir a ausência de comprovação do reconhecimento judicial de união estável. A impetrante sustenta ser beneficiária de pensão vitalícia instituída ainda em vida por servidor público mediante “ação de acordo de alimentos regularmente homologado”. A Ministra Cármen Lúcia, ao denegar o mandado de segurança, reiterou entendimento assentado quando do exame do RE 397.762/BA (DJe de 12.9.2008) e do MS 33.622/DF (DJe de 11.12.2015) no sentido de que “o reconhecimento da ausência de base legal para o rateio da pensão entre viúva e alegada companheira está fundado na impossibilidade jurídica de concomitância dessas duas situações”. Além disso, “a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato”. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli.

MS 32652/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 7.6.2016. (MS-32652)

Mandado de segurança e legitimidade ativa do PGR

A Segunda Turma iniciou julgamento de mandado de segurança impetrado pelo Procurador-Geral da República, em face de ato do CNJ, que arquivara procedimento disciplinar instaurado por tribunal, em razão da prescrição da pretensão punitiva administrativa. A Ministra Cármen Lúcia (relatora) não conheceu do mandado de segurança. Afirmou que o Procurador-Geral da República não teria legitimidade para a impetração, pois não seria o titular do direito líquido e certo que afirmara ultrajado. Ressaltou que não bastaria a demonstração do simples interesse ou atuação como “custos legis”, uma vez que os direitos à ordem democrática e à ordem jurídica não seriam de titularidade do Ministério Público, mas de toda a sociedade. Em divergência, o Ministro Dias Toffoli conheceu da ordem. Sublinhou que tanto a Procuradoria-Geral da República, quanto a OAB, por força do art. 103-B, § 6º, da CF (“Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil”), atuariam na fiscalização e no acompanhamento de feitos junto ao CNJ. Consequentemente, esses órgãos teriam legitimidade para impetrar mandado de segurança perante o STF. Em seguida, pediu vista o Ministro Teori Zavascki.

MS 33736/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 7.6.2016. (MS-33736)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	8.6.2016	9.6.2016	4
1ª Turma	7.6.2016	—	129
2ª Turma	7.6.2016	—	118

CLIPPING DO DJE

6 a 10 de maio de 2016

AG. REG. NO HC N. 132.610-MS
RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT DENEGADO MONOCRATICAMENTE NA FORMA DO ART. 192 DO RISTF. DEMORA NO JULGAMENTO DE IMPETRAÇÃO PERANTE O STJ NÃO RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo o art. 192 do Regimento Interno da Corte, “quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações”.
2. Está sedimentado, em ambas as Turmas da Suprema Corte, que a demora no julgamento do writ impetrado ao Superior Tribunal de Justiça, por si só, não pode ser interpretada como negativa de prestação jurisdicional, não se ajustando ao presente caso as situações fáticas excepcionais.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO ARE N. 664.019-BA
RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO ABSOLVIDO NO PROCESSO CRIMINAL. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF.

OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV, LV, LXIX, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCABIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que viola o princípio constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII) a exclusão de candidato de certame após absolvido em processo criminal. Precedentes.
3. A decisão agravada contém fundamentação suficiente, embora em sentido contrário aos interesses da parte recorrente, circunstância que não configura violação ao art. 93, IX, da Constituição.
3. Inexiste repercussão geral da controvérsia relativa à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando dependente da prévia análise da legislação infraconstitucional (Tema 660 - ARE 748.371-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes).
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NOS EMB. DECL. NOS EMB. DECL. EM MS N. 29.103-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO MÉRITO. MATÉRIA PACIFICADA. DESISTÊNCIA NÃO HOMOLOGADA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO, MEDIANTE REMOÇÃO, POR PERMUTA, SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. ART. 236, E PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI 9.835/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. LIMITAÇÃO DOS EMOLUMENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO, AOS INVESTIDOS INTERINAMENTE NA DELEGAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STF é no sentido de que o art. 236, *caput*, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Assim, a partir de 5/10/1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais. As normas estaduais editadas anteriormente, que admitem a remoção na atividade notarial e de registro independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição, razão pela qual não foram por essa recepcionadas.
2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem.
3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236.
4. É legítima, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou irregular o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de remoção, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do Plenário de 19/6/2013.
5. Aplica-se a quem detém interinamente a serventia extrajudicial a limitação do teto, prevista no art. 37, XI, da Constituição. Precedentes.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

HC N. 120.727-SP

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *QUANTUM* DA PENA. AVALIAÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SOLTURA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Da irrisignação à monocrática negativa de seguimento do *habeas corpus* impetrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cabível é agravo regimental, a fim de que a matéria seja analisada pelo respectivo Colegiado.
2. Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto e apreciar a possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade pelas restritivas de direitos, conforme artigos 33 e 44 do Código Penal.
3. Quando da condenação, não basta, para o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, a simples alusão de que o réu permaneceu preso cautelarmente durante todo o processo.
4. *Writ* julgado extinto, sem resolução do mérito, mas com concessão da ordem, de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação. Determinado, ainda, que, eventualmente mantida a condenação em grau recursal, o cumprimento da pena tenha como regime inicial o aberto, viabilizado ao Juízo competente o exame da substituição da pena.

Acórdãos Publicados: 227

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Ente Federativo: princípio da intranscendência e inscrição em cadastros federais de inadimplência (Transcrições)

(v. Informativo 825)

ACO 732/AM*

RELATOR: Ministro Marco Aurélio

PROCESSO ADMINISTRATIVO – UNIÃO *VERSUS* ESTADO – CADASTRO DE INADIMPLENTES – DIREITO DE DEFESA. Considerada irregularidade verificada na observância de convênio, há de ter-se a instauração de processo administrativo, abrindo-se margem ao Estado interessado, antes do lançamento no cadastro de inadimplentes, de manifestar-se.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA. Verificada a sucumbência, impõe-se a fixação de honorários advocatícios.

Relatório: O assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa prestou as seguintes informações:

O Estado do Amapá ajuizou ação cível originária contra a União, distribuída por dependência à ação cautelar nº 259, buscando o cancelamento de inscrições negativas efetuadas no Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, de responsabilidade da União, alusivas aos convênios nº 108/2001, 109/2001, 114/2001, 115/2001 e 116/2001.

Alega afronta ao princípio da intranscendência das sanções. Diz que os referidos convênios foram celebrados em gestões anteriores, sendo precisamente esse um dos parâmetros do Supremo para afastar os efeitos negativos de tais pendências. Destaca estar empreendendo esforços para obter reparação dos danos causados ao erário. Alude ao bloqueio de verbas destinadas a projetos sociais e ações em faixa de fronteira, em transgressão ao disposto no artigo 26 da Lei nº 10.522/2002.

Requer seja cancelada, em definitivo, a respectiva inscrição no SIAFI, considerados os convênios nº 108/2001, 109/2001, 114/2001, 115/2001 e 116/2001.

Na ação cautelar nº 259, Vossa Excelência, após pedido de reconsideração, deferiu a liminar para suspender os efeitos da inscrição do referido Estado no SIAFI:

[...]

2. O Estado do Amapá pleiteia reconsideração, para vir a ser deferida, de imediato, a medida acauteladora. Revela estarem as irregularidades ligadas ao Governo anterior, presentes os convênios firmados e, portanto, a utilização de recursos da União. Assevera que ainda não houve o julgamento definitivo do Tribunal de Contas da União, quando, então, ter-se-á campo propício à responsabilização de quem de direito. A permanência da inscrição no SIAF implica, segundo o sustentado, prejuízo substancial para a população do Estado, porquanto a Unidade Federada dispõe de recursos próprios, chegando a dependência, sob o ângulo orçamentário e considerados os repasses da União, a 90%. Aponta que a pecha de inadimplente já obstaculizou o repasse de recursos relativos ao Contrato nº 0000167600, no valor de um milhão, oitocentos e sete mil, oitocentos e setenta e dois reais e cinquenta e três centavos, sendo que se avizinha prejuízo tendo em vista o Convênio nº 2849/2001-MS, atinente à construção e reforma da Central Estadual de Armazenamento e Distribuição de Imunobiológicos, conforme nota do Ministério da Saúde. Após lançar o demonstrativo de projetos encaminhados para celebração de convênios, requer a concessão da medida acauteladora que resulte na suspensão do registro de inadimplência no SIAF.

3. Não procede a argumentação sobre a origem das irregularidades. A Administração Pública é norteadada pelo princípio da impessoalidade – artigo 37 da Constituição Federal. No mais, nota-se o risco maior na permanência do quadro, dada, ainda, a circunstância de não ter ocorrido o crivo final do Tribunal de Contas da União. O Estado, conforme consta da peça apresentada, é dependente de repasses para viabilizar serviços essenciais concernentes a saúde, segurança e ordem pública. Há de buscar-se posição de equilíbrio, muito embora seja necessária a adoção de medidas para compelir a Administração Pública, da qual se espera postura exemplar, ao cumprimento das obrigações assumidas.

4. Defiro a medida acauteladora, tal como em outros precedentes da Corte – Ação Cautelar nº 235, relator ministro Sepúlveda Pertence, Ação Cautelar nº 39, relatora ministra Ellen Gracie e Ação Cautelar nº 266, relator ministro Celso de Mello –, para afastar, até a decisão final desta ação cautelar, o registro do Estado do Amapá no SIAF como inadimplente.

A União, em contestação, argumenta ser impertinente, no caso, o princípio da intranscendência das sanções. Sustenta que o autor não demonstrou ter adotado as medidas cabíveis para responsabilização dos agentes públicos encarregados da gestão anterior. Articula com a ausência de comprovação do bloqueio de verbas concernentes a ação social ou em faixa de fronteira.

Intimado para especificar provas, o Estado do Amapá requereu a expedição de ofício ao Tribunal de Contas da União para que este informasse a situação dos processos de prestação de contas vinculados aos convênios nº 108/2001, 109/2001, 114/2001, 115/2001 e 116/2001.

A União apontou a desnecessidade de produção de outras provas.

Vossa Excelência deferiu o pedido do mencionado Estado. Em atenção ao Ofício nº 4.206, o Tribunal de Contas da União informou não constarem do sistema interno processos de prestação de contas alusivos aos referidos convênios.

Em alegações finais, as partes reafirmaram os argumentos anteriormente expendidos.

O Procurador-Geral da República, reconhecida a competência originária do Supremo, opina pela procedência do pleito. Salienta a adequação do princípio da intranscendência, tendo em vista os graves prejuízos suportados pela população com o bloqueio das verbas. Aduz que não houve manifestação definitiva do Tribunal de Contas da União quanto à irregularidade das prestações de contas.

O processo está concluso no Gabinete.

É o relatório.

Voto: Cumpra afastar a incidência do princípio da intranscendência, ou seja, entender que o ente federativo não poderia ter o próprio nome lançado no cadastro federal de inadimplentes pelo descumprimento de obrigações jurídicas por órgãos a ele integrados. Nesse sistema, não deve ser inserida a instituição ou o Poder que tenha claudicado quanto ao emprego de verbas, mas o Estado. O mesmo raciocínio, e até com maior razão, deve ser utilizado quanto à sucessividade de gestões. Prospera, no âmbito da administração pública, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. A relação jurídica envolve a União e o Estado, e não a União e certo Governador ou outro agente.

O argumento do autor relativo ao bloqueio de verbas destinadas a ações em faixa de fronteira não merece acolhida. O Estado do Amapá não juntou documentos suficientes para atestar o nexo causal entre as verbas bloqueadas e ações que conformam a exceção versada no artigo 26 da Lei nº 10.522/2002.

Não se obedeceu a algo que se coloca até mesmo no campo do direito natural, ou seja, a audiência do interessado, especialmente quando considerada a ausência de instauração de tomada de contas especial. Ante as dificuldades operacionais advindas do bloqueio, insere-se a ofensa ao princípio do devido processo legal, porquanto se tem a ameaça ou a efetiva inscrição do Estado em cadastros federais de inadimplência sem o prévio estabelecimento do contraditório e a possibilidade de defesa.

A medida pleiteada serve à busca do equilíbrio na prestação dos serviços públicos essenciais, embora não revele a desnecessidade de adoção de providências voltadas ao cumprimento das obrigações assumidas pela Administração. O Pleno já assentou ser indispensável a observância da garantia do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos nos cadastros federais de inadimplência (questão de ordem na ação cautelar nº 2.032, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15 de maio de 2008, Diário da Justiça eletrônico nº 53, publicado em 20 de março de 2009).

Julgo procedente o pedido, para afastar o registro do autor no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, no tocante aos convênios nº 108/2001, 109/2001, 114/2001, 115/2001 e 116/2001, devendo ser observado o direito ao contraditório, com o julgamento de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União.

Torno definitiva a liminar deferida na ação cautelar nº 259, ficando prejudicada a apreciação do mérito do processo respectivo.

Em virtude da sucumbência da ré, deverá arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios em favor do autor, os quais, presente o disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973, arbitro em R\$ 10.000,00.

É como voto.

**acórdão pendente de publicação*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

6 a 10 de maio de 2016

Lei nº 13.294, de 6.6.2016 - Dispõe sobre o prazo para emissão de recibo de quitação integral de débitos de qualquer natureza pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição 107, p. 1, em 7.6.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

6 a 10 de maio de 2016

Decreto nº 8.783, de 6.6.2016 - Altera o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 107, p.1, em 7.6.2016.

Informativo 830

SUMÁRIO

Plenário

Extinção de sociedade de economia mista estadual e iniciativa legislativa
ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 7
Paralisação de atividade econômica e meio ambiente
“Habeas corpus” e trancamento de processo de “impeachment”

Repercussão Geral

Administração de planos de saúde e incidência de ISS - 1
Administração de planos de saúde e incidência de ISS - 2
ED e ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil

1ª Turma

CNJ e revisão de processo disciplinar

2ª Turma

Intimação pessoal da Defensoria Pública e preclusão

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Agravo Interno - Matéria Processual Penal - Decisão de Ministro do STF - Prazo - Modo de Contagem (HC 134.554 Rcon/SP)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Extinção de sociedade de economia mista estadual e iniciativa legislativa

O Plenário julgou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2000 do Estado do Rio Grande do Sul, que altera norma autorizadora da extinção da Companhia Riograndense de Laticínios e Correlatos - Corlac (medida cautelar noticiada nos Informativos 218 e 222). A Corte afirmou que a norma impugnada, de iniciativa parlamentar, seria formalmente inconstitucional, em afronta ao que disposto no art. 61, § 1º, II, “e”, da 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”).

ADI 2295/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 15.6.2016. (ADI-2295)

ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 7

O Plenário retomou o julgamento de ação direta ajuizada contra os artigos 1º a 5º da Lei 14.507/2002 do Estado de Minas Gerais. A lei impugnada estabelece normas para a venda de títulos de capitalização e similares na referida unidade federada (“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 conterà dados comparativos entre a correção monetária e os juros incidentes sobre o valor capitalizado e a 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.”) — v. Informativos 576 e 775. O Ministro Edson Fachin acompanhou a divergência iniciada pela Ministra Cármen Lúcia e julgou parcialmente procedente o pedido formulado para apenas declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou publicidade”, constante do art. 2º, bem como do inciso III do art. 3º da mencionada lei. Reputou se tratar de competência complementar do Estado-Membro para dispor sobre direitos do consumidor. No caso, o Legislativo estadual não legislara sobre sistema financeiro, direito civil, comercial, política de créditos, seguros, sistema de poupança ou captação. A inconstitucionalidade, na espécie, se aplica somente quanto à temática da propaganda comercial. Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o Ministro Eros Grau (relator) para julgar totalmente procedente o pleito. Asseverou que a lei impugnada dispõe, na sua inteireza, sobre sistema de capitalização, o que compete privativamente à União. Além disso, a defesa do consumidor e a publicidade, nessa matéria, estão todas suficientemente normatizadas também pela União. A norma em debate estabelece, indevidamente, a vedação a uma venda casada, que a legislação federal, por outro lado, autoriza. Em seguida, o julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto de desempate do Ministro Gilmar Mendes.

ADI 2905/MG, rel. Min. Eros Grau, 15.6.2016. (ADI-2905)

Paralisação de atividade econômica e meio ambiente

O Plenário iniciou o julgamento de agravo regimental e de embargos declaratórios em suspensão de liminar em que se discute a paralisação de empreendimento de mineração em município paraense no qual existentes comunidades indígenas, tendo em conta a proteção constitucional do meio ambiente, do índio e das atividades econômicas. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente e relator) negou provimento ao agravo e, após receber os embargos como agravo, também negou-lhe provimento, para manter a decisão que suspendera parcialmente a liminar. Entendeu demonstrada a natureza constitucional da controvérsia. Além disso, embora a contracautela revista-se de caráter excepcional, a situação dos autos permite seu deferimento parcial. Nesse sentido, a proteção do meio ambiente está intrinsecamente associada ao desenvolvimento econômico e social, e o equilíbrio desses valores é um desafio atual. A exploração dos recursos naturais, portanto, deve se dar de maneira sustentável, para preservar o ecossistema e a biodiversidade para as presentes e futuras gerações. Entretanto, na espécie, a paralisação das atividades econômicas de mineração na região poderá causar prejuízos econômicos elevados, imediatos e de difícil reparação ao Estado do Pará, inclusive com a possível e indesejável demissão de grande número de trabalhadores. O retorno das atividades, contudo, não significa desobrigar a empresa exploradora de realizar o plano de gestão econômica, tampouco exime o Estado-Membro da atuação rigorosa na preservação do meio e no cuidado com as populações estabelecidas na região. Reputou, ademais, não se cuidar de dano imediato ao meio ambiente no caso, de maneira a se configurar grave ofensa à ordem econômica a justificar a concessão da medida extrema. Assim, permitiu a continuidade das atividades de mineração em debate, sem prejuízo da implementação do plano de gestão econômica e demais medidas compensatórias para as comunidades indígenas afetadas, que deverão ser finalizadas em até 120 dias, sob pena de pagamento mensal de astreintes, a título de compensação pela ausência de adoção dessas medidas. Concluiu que a suspensão de liminar não merece reforma ou correção, visto que as partes apenas reiteraram argumentos outrora aduzidos. Em divergência, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli proveram o agravo. Asseveraram que o pedido de suspensão de liminar

pressupõe dano inafastável. Além disso, apontaram a ausência de contraditório ínsita ao pleito. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

SL 933 AgR-segundo/PA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 15.6.2016. (SL-933)

SL 933 ED/PA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 15.6.2016. (SL-933)

“Habeas corpus” e trancamento de processo de “impeachment”

“Habeas corpus” não é o instrumento adequado para pleitear trancamento de processo de “impeachment”. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental em que se pretendia trancar o aludido processo movido em face da Presidente da República. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo por não considerar cabível a negativa de seguimento a “habeas corpus” por força de decisão monocrática tendo em conta a manifesta improcedência do pedido (RISTF, art. 21; e CPC, art. 557).

HC 134315 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 16.6.2016. (HC-134315)

REPERCUSSÃO GERAL

Administração de planos de saúde e incidência de ISS - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) em relação às atividades de administração de planos de saúde. No caso, o acórdão recorrido assentara entendimento segundo o qual seria possível a incidência de ISS sobre a referida atividade, na medida em que essa não se resumiria a repasses de valores aos profissionais conveniados, mas configuraria real obrigação de fazer em relação aos usuários, não se podendo negar a existência de prestação de serviço. No recurso em comento, sustenta-se a existência de violação aos artigos 153, V, e 156, III, da CF, e que a principal atividade das empresas de seguro consistiria em obrigação de dar, e não de fazer, o que afastaria a incidência do tributo. O Ministro Luiz Fux (relator) negou provimento ao recurso extraordinário. Afirmou que o aspecto primordial para a compreensão da incidência do ISS se encontraria no enquadramento do conceito de “serviço”, uma vez que apenas as atividades classificadas como tal — à luz da materialidade constitucional do mencionado conceito (CF, art. 156, III) — seriam passíveis de atrair a obrigatoriedade do imposto, previsto em lei complementar (LC 116/2003). Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 547.245/SC (DJe de 5.3.2010), entendera que não haveria, na matéria, um primado do Direito Privado, pois, sem dúvida, seria viável que o Direito Tributário — e primordialmente o Direito Constitucional Tributário — adotasse conceitos próprios. Desse modo, a possibilidade de o Direito Tributário elaborar conceitos específicos decorreria, em última análise, do fato de ser direito positivo. Assim, os conceitos conotados por seus enunciados poderiam identificar-se com aqueles consagrados em dispositivos já vigentes, mas essa identidade não seria imprescindível. Nem mesmo a necessidade de se proceder à exegese rigorosamente jurídica do texto constitucional implicaria a inexorável incorporação, pela Constituição, de conceitos infraconstitucionais. Com efeito, o art. 110 do CTN (“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”) não veicularia norma de interpretação constitucional. Não seria possível engendrar-se interpretação autêntica da Constituição feita pelo legislador infraconstitucional, na medida em que este não poderia balizar ou direcionar o intérprete do próprio texto constitucional. O referido dispositivo do CTN não teria a amplitude conferida por sua interpretação literal. Qualquer conceito jurídico — oriundo do Direito Privado ou não — ou extrajurídico — advindo da economia ou de qualquer ramo do conhecimento —, utilizado pelo constituinte para definir competências tributárias, não poderia ser alterado por legislação infraconstitucional. Portanto, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS fosse utilizada no âmbito do Direito Tributário, novos critérios de interpretação progressivamente teriam ganhado espaço.

RE 651703/PR, rel. Min. Luiz Fux, 15.6.2016. (RE-651703)

Administração de planos de saúde e incidência de ISS - 2

O relator asseverou que a chamada “Constituição Tributária” deveria ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que iriam desde o literal até o sistemático e teleológico. Por isso que os conceitos constitucionais tributários não seriam fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua exegese, como a Ciência das Finanças, a Economia e a Contabilidade. Dessa sorte, embora os conceitos de Direito Civil exercessem papel importante na interpretação dos conceitos constitucionais tributários, eles não exauririam a atividade interpretativa, conforme assentado no julgamento do precedente acima referido. Nessa senda, a doutrina seria uníssona no sentido de que a Constituição, ao dividir as competências tributárias, valera-se eminentemente de tipos, e não de conceitos. Portanto, os elencos dos artigos 153, 155 e 156 da CF consistiriam em tipos, pois, do contrário, seria despicando o emprego de lei complementar para dirimir conflitos de competência, consoante a previsão do art. 146, I, da CF. Mas, apesar de a Constituição valer-se de linguagem tipológica e potencialmente aberta, esse posicionamento jurídico não conduziria a que a lei complementar pudesse dispor livremente sobre os impostos previstos na Constituição. No entanto, a

lista de serviços veiculada pela LC 116/2003 teria caráter taxativo, taxatividade que seria o contraponto ao conceito econômico de serviços, que possuiria razoável abertura semântica e vaguidade. Essa contraposição é que conferiria segurança jurídica ao sistema, num país onde se decidira atribuir competência tributária aos municípios. Conseqüentemente, o STF, no julgamento do RE 547.245/SC, ao permitir a incidência do ISS nas operações de “leasing” financeiro e “leaseback” teria sinalizado que a interpretação do conceito de “serviços” no texto constitucional tem um sentido mais amplo do que tão somente vinculado ao conceito de “obrigação de fazer”. O conceito de prestação de serviços não teria, portanto, por premissa a configuração dada pelo Direito Civil. Seria, por outro lado, relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. Outrossim, e tendo em conta as premissas expostas, a natureza jurídica securitária alegada pelas operadoras de “planos de saúde” para infirmar a incidência do ISS não indicaria fundamento capaz de afastar a cobrança do tributo no caso em comento. Isso se daria porque, diferentemente dos “seguros-saúde”, nos “planos de saúde” a garantia oferecida seria tão somente a utilidade obtida mediante a contratação do respectivo plano, o que não excluiria o fato de as atividades por elas desempenhadas — operadoras de plano de saúde e operadoras de seguro-saúde — serem “serviço”. Nesse sentido, o ISS deveria incidir sobre a comissão, assim considerada a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que repassado para os terceiros prestadores dos serviços médicos. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

RE 651703/PR, rel. Min. Luiz Fux, 15.6.2016. (RE-651703)

ED e ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil

O Plenário rejeitou embargos de declaração oposto de decisão proferida no RE 669.069/MG (DJe de 28.4.2016), que entendeu ser prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. No caso, o embargante alegara omissão e obscuridade quanto: a) à abrangência da tese fixada e à definição exata da expressão “ilícito civil”; b) ao termo inicial para o transcurso do prazo prescricional das pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícito civil; e c) à necessidade de modulação dos efeitos da tese fixada por esta Corte. No que se refere ao primeiro questionamento, o Tribunal observou que, nos debates travados na oportunidade do julgamento do acórdão embargado, ficara clara a opção da Corte de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deveria ser buscado pelo método de exclusão: não se considerariam ilícitos civis, de um modo geral, os que decorressem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ademais, a controvérsia constitucional extraída dos autos cingiria em saber se seria prescritível ou não as pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis (CF, art. 37, §5º). Desse modo, as questões atinentes ao transcurso do prazo prescricional, inclusive a seu termo inicial, seriam adstritas à seara infraconstitucional, solucionáveis somente à luz da interpretação da legislação ordinária pertinente. Além disso, com relação a ilícitos civis, não haveria jurisprudência consolidada do STF que afirmasse a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário. Inexistiria, assim, expectativa legítima da Administração Pública de exercer a pretensão ressarcitória decorrente de ilícitos civis a qualquer tempo. Por isso, não se constatariam motivos relevantes de segurança jurídica ou de interesse social hábeis a ensejar a modulação dos efeitos da orientação assentada no aresto embargado.

RE 669069 ED/MG, rel. Min. Teori Zavascki, 16.6.2016. (RE-669069)

PRIMEIRA TURMA

CNJ e revisão de processo disciplinar

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode proceder à revisão disciplinar de juízes e membros de tribunais desde que observado o requisito temporal: processos disciplinares julgados há menos de um ano. Assim, nos termos do art. 103-B, § 4º, V, da Constituição, referida medida pode ser instaurada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado e admite agravamento ou abrandamento da decisão disciplinar revista. Com base nessa orientação, a Primeira Turma denegou a ordem em mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, que, ao admitir a revisão disciplinar, aplicara a pena de aposentadoria compulsória a magistrado. Na espécie, ao analisar o processo administrativo disciplinar (PAD) instaurado para apurar a participação de juiz em negociação para a venda de decisão judicial, dos seis desembargadores que participaram da sessão de julgamento, três votaram pelo arquivamento; dois, pela aplicação da sanção de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais; e um votou pela cominação da pena de remoção compulsória. A Turma assentou que o fato de o CNJ — no exercício da tarefa de fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados — ter admitido o pedido de revisão disciplinar não caracterizaria afronta a direito líquido e certo do impetrante. Observado o prazo de um ano para a instauração da revisão disciplinar, o CNJ estaria constitucionalmente autorizado a reavaliar o ato administrativo do tribunal de justiça estadual que concluía pelo arquivamento do PAD, porque entendera ter sido contrário à evidência dos autos. Consignou que: a) o ato impugnado estaria fundamentado em múltiplos e concatenados elementos de prova; b) os argumentos e provas produzidos pela defesa do magistrado foram devidamente considerados pelos integrantes do CNJ, a denotar a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa; e c) a convicção fora formada a partir do conjunto probatório examinado. Dessa forma, a imposição da pena de aposentadoria compulsória decorreria de decisão formada pela maioria dos

membros do CNJ, à luz do princípio do livre convencimento motivado e das provas coligidas aos autos do processo de revisão disciplinar.

MS 33565/DF, rel. Min. Rosa Weber, 14.6.2016. (MS-33565)

SEGUNDA TURMA

Intimação pessoal da Defensoria Pública e preclusão

A não observância da intimação pessoal da Defensoria Pública — prerrogativa para o efetivo exercício de sua missão institucional — deve ser impugnada, imediatamente, na primeira oportunidade processual, sob pena de preclusão. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma indeferiu a ordem de “habeas corpus”. No caso, no julgamento da apelação, não teria havido intimação pessoal da Defensoria Pública. No entanto, tal insurgência somente fora veiculada no recuso especial, não obstante a Defensoria anteriormente houvesse oposto embargos de declaração.

HC 133476, rel. Min. Teori Zavascki, 14.6.2016. (HC-133476)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	15.6.2016	16.6.2016	174
1ª Turma	14.6.2016	—	72
2ª Turma	14.6.2016	—	76

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 13 a 17 de junho de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 636.886-AL

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.
2. Repercussão geral reconhecida.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 956.302-GO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ÓBICES PROCESSUAIS INTRANSPONÍVEIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, nas hipóteses em que se verificaram óbices intransponíveis à entrega da prestação jurisdicional de mérito.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 945.271-SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil extracontratual.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

13 a 17 de junho de 2016

HC N. 131.219-MS

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. LEI 11.340/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. DELITO COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. ORDEM DENEGADA.

1. O artigo 129, § 9º, do Código Penal foi alterado pela Lei 11.340/2006. A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma forma específica de violência e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes.
2. Na dicção do inciso I do art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos substituem a privativa de liberdade, quando “*aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo*”.
3. Inobstante a pena privativa de liberdade aplicada tenha sido inferior a 04 (quatro) anos, a violência engendrada pelo paciente contra a vítima, no contexto das relações domésticas, obstaculiza a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal.
4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

HC N. 130.265-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. COMPROVAÇÃO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A falta de laudo pericial não conduz, necessariamente, à inexistência de prova da materialidade de crime que deixa vestígios, a qual pode ser demonstrada, em casos excepcionais, por outros elementos probatórios constante dos autos da ação penal (CPP, art. 167). Precedentes.
2. A via estreita do *habeas corpus* não permite refutar o robusto conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, que atesta a existência da infração penal.
3. Ordem denegada.

HC N. 105.959-DF

RED. P/O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE MINISTRO RELATOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCABIMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não cabe pedido de *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno contra ato de ministro ou outro órgão fracionário da Corte.
2. *Writ* não conhecido.

HC N. 123.971-DF

RED. P/O ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR.

1. Não podem prevalecer decisões contraditórias do Poder Judiciário cuja consequência seja a negativa de acesso à Justiça e o esvaziamento da proteção integral da criança, prevista constitucionalmente (art. 227).
2. O art. 225 do Código Penal, na sua redação original, previa que em crimes como o dos presentes autos somente se procedia mediante queixa, salvo se a vítima fosse pobre ou tivesse ocorrido abuso do pátrio-poder. O dispositivo viveu por décadas sem que fosse pronunciada a sua inconstitucionalidade ou não recepção.
3. A Lei nº 12.015, de 07.08.2009, modificou o tratamento da matéria, passando a prever ação pública incondicionada no caso de violência sexual contra menor.
4. Na situação concreta aqui versada, o Poder Judiciário considerou, por decisão transitada em julgado, descabido o oferecimento de queixa-crime pelo pai da vítima, entendendo tratar-se de crime de ação penal pública. Se o STF vier a considerar, no presente *habeas corpus*, que não é admissível a ação penal pública, a consequência seria a total desproteção da menor e a impunidade do crime.

5. À vista da excepcionalidade do caso concreto, o art. 227 da CF/88 paralisa a incidência do art. 225 do Código Penal, na redação originária, e legitima a propositura da ação penal pública. Aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente. Precedente.

6. Ordem denegada.

HC N. 129.936-SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Habeas corpus. Penal. Crime militar. Evasão de preso mediante violência (art. 180, caput, CPM). Pretendida não recepção desse dispositivo pela Constituição Federal. Descabimento. Inexistência de incompatibilidade com o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Relatividade do direito à liberdade. Dever do preso de se submeter às consequências jurídicas do crime. Inexistência de direito à fuga. Ato ilícito. Fato que constitui falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84). Sujeição do preso a penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53, 118, I, e 127I, ambos da Lei nº 7.210/84). Ordem denegada.

1. O art. 180, **caput**, do Código Penal Militar, tipifica como crime “evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou internado, usando de violência contra pessoa”, ao qual se comina pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, além da correspondente à violência.

2. Não existe incompatibilidade material entre o dispositivo penal em questão e o princípio da ampla defesa.

3. A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

4. A ampla defesa compreende a defesa técnica e a autodefesa, que se compõe do direito de audiência e do direito de presença.

5. Como se observa, o art. 180, **caput**, do Código Penal Militar em nada colide com essa garantia constitucional, a ser exercida no processo.

6. Nem se alegue que haveria um suposto direito constitucional à fuga, decorrente do direito à liberdade.

7. O princípio constitucionalmente assegurado da liberdade (art. 5º, **caput**, CF) não outorga ao paciente o direito de se evadir mediante violência, diante do interesse público na manutenção de sua prisão, legalmente ordenada, e na preservação da integridade física e psíquica dos resposáveis por sua custódia.

8. O fato de a fuga constituir um impulso natural não a erige em um direito de quem já se encontre sob custódia, diante de seu dever de se submeter às consequências jurídicas do crime.

9. Embora a fuga sem violência não constitua crime por parte do preso, constitui, tanto quanto a fuga com violência contra a pessoa, falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84), que o sujeita, além das penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53; 118, I, e 127, I, todos da Lei nº 7.210/84).

10. Nesse diapasão, a fuga do preso definitivo ou provisório (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84), com ou sem violência contra a pessoa, constitui ato ilícito, com reflexos sancionatórios nos direitos do preso e na própria execução da pena.

11. Ordem denegada.

AG. REG. NO ARE N. 829.073-RJ

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. JULGAMENTO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Inq N. 4.177-DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO, POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS NO RECINTO DO PARLAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO DA IMUNIDADE. PRECEDENTES.

1. A regra do art. 53, *caput*, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar.
2. A atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle da administração pública (art. 49, X, da CR), razão pela qual os congressistas, ao alardearem práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontram-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas atribuições constitucionais.
3. A regra do art. 53, *caput*, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão insensíveis à persecução penal.
4. Configura-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como absoluta a imunidade material parlamentar quando as palavras tidas por ofensivas forem proferidas no recinto do Parlamento, dispensando-se a configuração da pertinência entre as ofensas irrogadas e o exercício da atividade parlamentar. Precedentes.
5. Queixa rejeitada.

HC N. 130.786-PR

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA. REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.
2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Paciente o princípio em razão da expressividade da lesão jurídica provocada, notadamente em razão da quantidade de usuários, do número de serviços disponibilizados e da modalidade de serviço especial, regulado e controlado.
3. O reexame dos fatos e das provas dos autos não é viável em *habeas corpus*. Precedentes.
4. Ordem denegada.

Rcl N. 23.567-SP

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PRISÃO DE ADVOGADO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM CONDIÇÕES CONDIGNAS. INEXISTÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.127/DF. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal evoluiu para entender possível a prisão de advogado, pendente o trânsito em julgado da sentença condenatória, em local diverso das dependências do comando das forças armadas ou auxiliares, desde que apresentadas condições condignas para o encarcerado. Precedentes.
2. Como informado pelo Diretor Técnico II, o Centro de Ressocialização Feminino de São José dos Campos/SP dispõe de instalações condignas adequadas ao regime semiaberto da Reclamante, não se havendo cogitar de contrariedade às decisões proferidas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127/DF e na Reclamação n. 11.016, de minha relatoria.
3. A reclamação não é o instrumento adequado para o exame aprofundado das condições da unidade prisional onde está a Reclamante. Precedentes.
4. Reclamação julgada improcedente.

AG. REG. NO ARE N. 938.519-GO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - NATUREZA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB REGÊNCIA DO CÓDIGO DE

PROCESSO CIVIL DE 1973. A regular representação processual consubstancia pressuposto objetivo de recorribilidade e, portanto, ônus processual, ou seja, meio sem o qual não se pode chegar à admissão do recurso. Sendo o extraordinário formalizado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, descabe pleitear a aplicação de dispositivos do atual diploma legal.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL - FIXAÇÃO - ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Havendo interposição de agravo interno sob regência do Código de Processo Civil de 2015, cabível é a fixação de honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11 do diploma legal.

AGRAVO - ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

AG. REG. EM MS N. 33.626-RO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. À luz do art. 102, I, *d*, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

2. O agravante se insurge contra decisão proferida pelo Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Evidente, assim, a incompetência desta Corte para a apreciação do *mandamus*.

3. Agravo regimental **DESPROVIDO**.

AG. REG. EM MS N. 33.816-ES

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. À luz do art. 102, I, *d*, da Constituição da República compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

2. A agravante se insurge contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil, em Vitória/ES, que indeferiu o pedido de envio de dados protegidos pelo sigilo fiscal. Evidente, assim, a incompetência desta Corte para a apreciação do *mandamus* impetrado.

3. Agravo regimental **DESPROVIDO**.

HC N. 127.709-SP

RED. P/O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO E POSSE DE ARMA DE FOGO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO DELITO. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO. PENA DE ADVERTÊNCIA. REVOGAÇÃO FACULTATIVA DO BENEFÍCIO. ART. 87 DO CP. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. ART. 93, IX, DA CF. NECESSIDADE DE PERQUIRIR ACERCA DO ART. 140, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal.

2. Durante a execução da pena, concedido o benefício do livramento condicional, a sua eventual revogação somente pode ocorrer nas hipóteses previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.

3. Ao apenado beneficiado com o livramento condicional que vem a ser condenado pela prática de novo delito com pena que não seja privativa de liberdade, a revogação do benefício é facultativa, nos termos do art. 87, do CP.

4. Antes de decidir pela revogação do livramento condicional respaldada no art. 87 do CP, é dever do juiz da execução, em observância ao art.

93, IX, da CF, combinado com o art. 140, parágrafo único, da LEP, a apresentação de fundamentação calcada em elementos concretos que justifiquem não ser o caso de apenas advertir ou então agravar as condições anteriormente fixadas.

5. *Writ* não conhecido, mas com concessão da ordem, de ofício, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para determinar o restabelecimento do livramento condicional, assegurando ao Juiz da Execução a faculdade de advertir o apenado ou agravar as condições de seu benefício, conforme disposto no art. 140, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais.

Acórdãos Publicados: 254

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Agravo Interno - Matéria Processual Penal - Decisão de Ministro do STF - Prazo - Modo de Contagem (Transcrições)

HC 134.554 Rcon/SP*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. EXTINÇÃO DO PROCESSO (SÚMULA 691/STF). **AGRAVO INTERNO. ADMISSIBILIDADE. PRAZO DE INTERPOSIÇÃO: CINCO (05) DIAS (LEI Nº 8.038/90, ART. 39). INAPLICABILIDADE DO ART. 1.070 DO CPC/2015. MODO DE CONTAGEM DESSE PRAZO RECURSAL EM SEDE PROCESSUAL PENAL: “DIAS CORRIDOS”. EXISTÊNCIA, NESSA MATÉRIA, DE REGRA LEGAL ESPECÍFICA INERENTE AO PROCESSO PENAL (CPP, ART. 798, “caput”). NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 219, “caput”, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DESSAS DUAS (2) QUESTÕES (PRAZO RECURSAL E MODO DE SUA CONTAGEM). FORMULAÇÃO, NO CASO, SOMENTE DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PLEITO QUE NÃO SE REVESTE DE EFICÁCIA INTERRUPTIVA OU SUSPENSIVA DOS PRAZOS RECURSAIS, QUE SÃO PEREMPTÓRIOS E PRECLUSIVOS. PRECEDENTES. DECURSO, “IN ALBIS”, DO QUINQUÍDIO RECURSAL PREVISTO NA LEI Nº 8.038/90 (ART. 39). CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA COISA JULGADA MERAMENTE FORMAL OU EM SENTIDO INTERNO. DECISÃO QUE, POR HAVER-SE TORNADO IRRECORRÍVEL, MOSTRA-SE INSUSCETÍVEL DE SER ALTERADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE QUE NÃO SE CONHECE.**

DECISÃO: Os ora pacientes formulam pedido de reconsideração, objetivando reformar decisão que não conheceu da ação de “*habeas corpus*” em razão de restrição fundada na Súmula 691/STF.

Cabe registrar que, embora possível a interposição de agravo interno na espécie (Lei nº 8.038/90, art. 39), os pacientes em questão optaram por simplesmente deduzir pleito de reconsideração.

Publicada referida decisão em 27/05/2016, sexta-feira, o quinquídio legal (Lei nº 8.038/90, art. 39) – que flui de modo contínuo e peremptório, “*não se interrompe por férias, domingo ou dia feriado*” (CPP, art. 798, “*caput*”) – iniciou-se em 30/05/2016, segunda-feira, e esgotou-se em 03/06/2016, sexta-feira, restando caracterizada a formação da coisa julgada em sentido interno ou formal, no caso ora em exame, no dia 04/06/2016.

Cumpr assinalar, por ser processualmente relevante, que pedidos de reconsideração, como o que se formulou neste caso, não se revestem de eficácia interruptiva ou suspensiva dos prazos recursais, que são, por efeito de sua natureza mesma, peremptórios e preclusivos, como adverte a jurisprudência dos Tribunais (RTJ 123/470 – RT 477/122 – RT 481/102 – RT 595/201, v.g.).

Disso resulta que o caráter peremptório e preclusivo dos prazos recursais (RT 473/200 – RT 504/217 – RT 611/155 – RT 698/209 – RF 251/244) **impõe** que, em razão do mero decurso, “*in albis*”, do lapso temporal respectivo, se reconheça extinto, “*pleno jure*”, o direito de o interessado deduzir o recurso pertinente:

– “Os prazos recursais são peremptórios e preclusivos (RT 473/200 – RT 504/217 – RT 611/155 – RT 698/209 – RF 251/244). Com o decurso, ‘*in albis*’, do prazo legal, extingue-se, de pleno direito, quanto à parte sucumbente, a faculdade processual de interpor, em tempo legalmente oportuno, o recurso pertinente.

– A tempestividade – que se qualifica como pressuposto objetivo inerente a qualquer modalidade recursal – constitui matéria de ordem pública, passível, por isso mesmo, de conhecimento ‘ex officio’ pelos juízes e Tribunais. A inobservância desse requisito de ordem temporal, pela parte recorrente, provoca, como necessário efeito de caráter processual, a incognoscibilidade do recurso interposto.”

(RTJ 203/416, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, desse modo, presente mencionado contexto, que a decisão em causa já se tornou irrecorrível, o que implica, por efeito consequencial, a incognoscibilidade do pedido de reconsideração formulado nestes autos.

Observe, por necessário, que não se aplica a regra inscrita no art. 1.070 do novo Código de Processo Civil às controvérsias de índole processual penal instauradas perante o Supremo Tribunal Federal, a significar, portanto, que a ação de “habeas corpus” – que se qualifica como ação penal de conhecimento, embora destituída de natureza condenatória (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. IV/340-341, item n. 1.178, 3ª atualização, 2009, Millennium) – sofre a incidência do que dispõe o art. 39 da Lei nº 8.038/90 no que se refere ao agravo interno.

E a razão da inaplicabilidade do preceito consubstanciado no art. 1.070 do CPC/2015 apoia-se no fato de a regência da matéria encontrar suporte específico na Lei nº 8.038/90, que constitui “lex specialis”, inclusive no que concerne ao lapso temporal pertinente ao “agravo interno”, tendo em vista a circunstância de o art. 39 dessa mesma Lei nº 8.038/90, que incide no tema ora em exame, não haver sido derogado pelo novíssimo Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorreu, p. ex., com os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38, todos do já referido diploma legislativo (CPC, art. 1.072, inciso IV).

Mostra-se importante destacar, ainda, que, tratando-se de prazo processual penal, o modo de sua contagem é disciplinado por norma legal que expressamente dispõe sobre a matéria (CPP, art. 798, “*caput*”), o que torna inaplicável a regra fundada no art. 219, “*caput*”, do Código de Processo Civil de 2015, pois, como se sabe, a possibilidade de aplicação analógica da legislação processual civil ao processo penal, embora autorizada pelo art. 3º do próprio Código de Processo Penal, depende, no entanto, para incidir, da existência de omissão na legislação processual penal (Lei de Introdução às Normas

do *Direito Brasileiro*, art. 4º).

Como **anteriormente** deixei registrado, **inexiste omissão**, no Código de Processo Penal, *quanto à regulação do modo de contagem* dos prazos processuais penais, **eis que**, nessa **específica** matéria, **há cláusula normativa expressa que estabelece** que “*Todos os prazos (...) serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado*” (CPP, art. 798, “caput” – grifei), **ressalvadas, unicamente, as hipóteses** em que o prazo **terminar** em domingo **ou** em dia feriado, **caso em que se considerará prorrogado até o dia útil imediato** (CPP, art. 798, § 3º), **ou** em que houver impedimento do juiz, força maior ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (CPP, art. 798, § 4º).

O E. Superior Tribunal de Justiça, **ao examinar** essa questão, **pôs em destaque os aspectos que venho de referir, pronunciando-se, corretamente**, a esse propósito, **em julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO QUE IMPUGNA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR PROFERIDA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CPC. PRAZO AINDA REGIDO PELO ART. 39 DA LEI 8.038/90. INTEMPESTIVIDADE.

1. O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias **que versam sobre matéria penal ou processual penal**, nos tribunais superiores, **não obedece às regras do novo CPC**, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei 13.105/2015).

2. **Isso porque**, no ponto, **não foi revogada**, expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, **a norma especial da Lei 8.038/90 que estabelece o prazo de cinco dias para o agravo interno**.

3. **Além disso**, a regra do art. 798 do Código de Processo Penal, **segundo a qual** ‘*Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado*’ **constitui norma especial em relação às alterações trazidas pela Lei 13.105/2015**.

4. **Precedente recente desta Corte: AgInt no CC 145.748/PR**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **TERCEIRA SEÇÃO**, julgado em 13/04/2016, DJe 18/04/2016.

5. Assim sendo, interposto o agravo regimental em 11/04/2016 (segunda-feira) contra decisão monocrática de Relator publicada em 30/03/2016, **é forçoso reconhecer a intempestividade do recurso, por não ter obedecido ao prazo de 5 (cinco) dias corridos**, previsto no art. 39 da Lei 8.038/90.

6. Agravo regimental **de que não se conhece**, em razão da sua intempestividade.”

(**Rel 30.714-AgRg/PB**, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA – grifei)

Essa **mesma** orientação, *por sua vez*, **vem sendo observada** por aquela Alta Corte judiciária *em sucessivos julgados* (**CC 145.748-AgInt/PR**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, v.g.):

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. INTERPOSIÇÃO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI Nº 8.038/90. RECURSO INTEMPESTIVO. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. **O lapso para a interposição do agravo no âmbito criminal não foi alterado pelo Novo Código de Processo Civil**. Assim, **aplica-se o disposto no art. 39 da Lei nº 8.038/90, que fixa o prazo de cinco dias para a interposição do agravo**.

2. **No caso**, interposto o agravo em 11 de abril de 2016 desafiando decisão considerada publicada em 31 de março, **evidente sua intempestividade**.

3. Agravo regimental **não conhecido**.”

(**EAREsp 607.127-AgRg/SP**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

Idêntico entendimento vem de ser adotado pela colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, *em recentíssimo julgamento*, **corroborou o sentido que orienta a presente decisão**:

“Agravo regimental em ‘habeas corpus’. 2. **Decurso do prazo recursal de cinco dias** (RISTF, art. 317). **Intempestividade**. 3. Agravo regimental **não conhecido**.”

(**HC 127.409-AgR/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Em conclusão: por encontrar-se **já esgotado o quinquídio legal** (**Lei nº 8.038/90**, art. 39) e por achar-se **constituída**, na espécie, a coisa julgada em sentido interno ou formal, **torna-se inviável apreciar** o pedido de reconsideração, **cuja formulação – insista-se – não dispõe de efeito interruptivo ou suspensivo** dos prazos recursais.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **não conheço** do pedido de reconsideração.

2. À Secretaria Judiciária desta Suprema Corte, **para certificar** o trânsito em julgado da decisão publicada em 27/05/2016, **tornada irrecurável** em 04/06/2016. **Exarada tal certidão, arquivem-se** os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 10 de junho de 2016 (22h40).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

*decisão publicada no DJe de 15.6.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

13 a 17 de junho de 2016

Lei nº 13.295, de 14.6.2016 - Altera a Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009, a Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013, a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, e a Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 113, p. 1, em 15.6.2016.

Lei nº 13.297, de 16.6.2016 - Altera o art. 1º da Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, para incluir a assistência à pessoa como objetivo de atividade não remunerada reconhecida como serviço voluntário. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 115, p. 1, em 17.6.2016.

Informativo 831

SUMÁRIO

Plenário

Inquérito e recebimento de denúncia - 1
Inquérito e recebimento de denúncia - 2
Inquérito e recebimento de denúncia - 3
Inquérito e recebimento de denúncia - 4
Inquérito e recebimento de denúncia - 5
Tráfico privilegiado e crime hediondo - 4
Tráfico privilegiado e crime hediondo - 5
Execução em juizado e apresentação de cálculo pelo devedor - 1
Execução em juizado e apresentação de cálculo pelo devedor - 2

Repercussão Geral

Discussão de matéria infraconstitucional em recurso extraordinário e ausência de repercussão geral

1ª Turma

Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - 1
Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - 2
Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - 3
Novo CPC e ação originária sem previsão de honorários
Saída temporária e decisão judicial

2ª Turma

Justiça Militar: crime praticado por civil, competência e contraditório
Mandado de segurança e legitimidade ativa do PGR - 2
Marco Legal da Primeira Infância e prisão domiciliar

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Prisão em Flagrante - Pessoa Pobre - Requisitos de Cautelaridade - Ausência - Fiança Criminal - Desnecessidade - Liberdade Provisória - Concessão (HC 134508-MC/SP)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Inquérito e recebimento de denúncia - 1

O Plenário recebeu, em parte, denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva (CP, art. 317, § 1º), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1º, V, e § 4º, na redação anterior à Lei 12.683/2012), evasão de divisas (Lei 7.492/1986, art. 22, parágrafo único) e omissão ou declaração falsa em documento eleitoral (Lei 4.737/1965, art. 350). O Tribunal, inicialmente, rejeitou preliminar concernente ao cerceamento de defesa em razão da ausência de pleno acesso aos registros audiovisuais de colaborações premiadas. Afirmou que o § 13 do art. 4º da Lei

12.850/2013 traria comando no sentido de que, “sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”. Não haveria, portanto, indispensabilidade legal absoluta de que os depoimentos fossem registrados em meio magnético ou similar, mas recomendação de que esses mecanismos fossem utilizados para assegurar “maior fidelidade das informações”. Também não procederia a alegação de que o Ministério Público, como órgão acusador, deveria ter providenciado a tradução de determinados documentos que acompanharam a peça acusatória. A tradução para o vernáculo de documentos em idioma estrangeiro juntados só deveria ser realizada se essa providência se tornasse absolutamente “necessária” (CPP, art. 236). Desse modo, não bastasse ser possível a dispensa da tradução de alguns documentos, o acusado não teria demonstrado, na espécie, de que forma essa providência seria imprescindível à sua defesa. Ademais, seria possível, durante a instrução, requerer ou mesmo apresentar a tradução de tudo o que a defesa julgasse necessário. Vencido, em relação às referidas preliminares, o Ministro Marco Aurélio, que as acolhia por reputar que os autos do inquérito, considerada a ordem jurídica em vigor, não estariam devidamente aparelhados para deliberação do Colegiado, sob pena de atropelo ao direito de defesa.

Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)

Inquérito e recebimento de denúncia - 2

O Plenário rejeitou, ainda, preliminares que apontavam a inépcia da denúncia e a inexistência de autorização para o processamento do crime de evasão de divisas, em suposta violação aos princípios da dupla incriminação e da especialidade. No ponto, a Corte destacou que a utilização de documentos enviados por outros países para fins de investigação representaria prova produzida no âmbito de cooperação jurídica internacional. Assim, a transferência de procedimento criminal, embora sem legislação específica produzida internamente, teria abrigo em convenções internacionais sobre cooperação jurídica, cujas normas, quando ratificadas, assumiriam “status” de lei federal. Seria, portanto, legítima a providência da autoridade brasileira de, com base em material probatório obtido da Confederação Suíça, por sistema de cooperação jurídica internacional, investigar e processar o congressista em questão pelo delito de evasão de divisas, já que se trataria de fato delituoso diretamente vinculado à persecução penal objeto da cooperação, que teria como foco central delitos de corrupção e lavagem de capitais.

Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)

Inquérito e recebimento de denúncia - 3

No mérito, o Tribunal asseverou que a denúncia preencheria os requisitos do art. 41 do CPP, devendo, desse modo, ser recebida. Com relação ao delito de corrupção passiva, constaria dos autos que o denunciado, no ano de 2010, em data incerta, e até maio e junho de 2011, teria prestado apoio e sustentação política para que pessoa determinada fosse alçada e mantida na posição de Diretor da Área Internacional da Petrobras, bem como teria solicitado e efetivamente recebido, para si e para outrem, e em decorrência de sua condição de parlamentar, vantagem indevida correspondente a vultoso numerário depositado em conta da qual beneficiário. Essa vantagem seria a contrapartida pela sua atuação na compra pela Petrobras de um campo de petróleo no exterior. Todavia, seria adequado excluir da denúncia a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP, que seria incabível pelo mero exercício do mandato popular, como decidido no Inq 3.983/DF (DJe de 12.5.2016). Igualmente, a materialidade e os indícios de autoria se encontrariam presentes relativamente ao crime de lavagem de dinheiro. As autoridades suíças teriam identificado a existência de 4 contas ocultas em nome do parlamentar. A denúncia descreveria, de maneira clara, que o acusado teria recebido quantia proveniente dos crimes de corrupção passiva e ativa, cometidos no âmbito da referida transação celebrada pela Petrobras. Registros bancários coletados no período entre maio e junho de 2011 apontariam a realização de repasses para a conta de um “trust”, cujo instituidor e único beneficiário seria o denunciado. Assim, constaria dos autos elementos a reforçar o possível cometimento do crime de lavagem de dinheiro, correspondente à ocultação e à dissimulação da origem de valores desviados do referido contrato celebrado pela Petrobras, mediante a utilização de mecanismos para dificultar a identificação do acusado como destinatário final das quantias, por meio de depósitos em conta no exterior sob a forma de “trust”. Os indícios colhidos apontariam evidências de que as contas bancárias apresentadas pelo órgão de acusação pertenceriam, de fato, ao parlamentar, e teriam como razão de existir a real intenção de manter o anonimato com relação à titularidade dos valores nelas depositados. Outrossim, o quadro indiciário quanto à prática do crime de lavagem de capitais seria reforçado pelas informações fiscais a ele referentes, as quais demonstrariam a ausência de declaração dos valores mantidos no exterior aos órgãos oficiais, assim como revelariam a incompatibilidade da respectiva movimentação financeira com os rendimentos declarados à Receita Federal do Brasil.

Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)

Inquérito e recebimento de denúncia - 4

A Corte afirmou que, em relação ao delito de evasão de divisas, constaria da denúncia que o acusado teria mantido ativos não declarados às autoridades brasileiras em contas localizadas no exterior, em quantias superiores a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares). Assim, em conformidade com extratos apresentados pelo Ministério Público, o parlamentar teria mantido na Suíça, mas a partir do Brasil, ativos não declarados ao Banco Central do Brasil. Tal fato configuraria, em tese, o crime de evasão de divisas, na figura típica prevista na parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986.

Relativamente a essa parte da acusação, a defesa sustentava a atipicidade da conduta verificada, na medida em que os valores depositados em específicas contas bancárias teriam sido objeto da contratação de “trusts” em 2003, estrutura negocial que teria implicado a transferência da plena titularidade de seus valores. Contudo, os elementos indiciários colhidos na investigação revelariam que o denunciado seria, de fato, o responsável pela origem e, ao mesmo tempo, o beneficiário dos valores depositados nas referidas contas. Nesse contexto, embora o “trust” fosse modalidade de investimento sem regulamentação específica no Brasil, não haveria dúvidas de que, no caso dos autos, o acusado deteria, em relação a essas operações, plena disponibilidade jurídica e econômica. Assim, a circunstância de os valores não estarem formalmente em seu nome seria absolutamente irrelevante para a tipicidade da conduta. Aliás, a manutenção de valores em contas no exterior, mediante utilização de interposta pessoa ou forma de investimento que assim o permitisse, além de não desobrigar o beneficiário de apresentar a correspondente declaração ao Banco Central do Brasil, revelaria veementes indícios do ilícito de lavagem de dinheiro. No que concerne ao crime de falsidade ideológica para fins eleitorais, a inicial descreveria que o parlamentar teria, em julho de 2009 e em julho de 2013, omitido, com fins eleitorais e em documento público dirigido ao TSE, a existência de numerário de sua propriedade em contas bancárias de variada titularidade, inclusive dos citados “trusts”. Dessa forma, conquanto sucintas, as afirmações feitas na peça acusatória seriam suficientes, neste momento processual, para demonstrar que a conduta do denunciado se enquadraria, ao menos em tese, no tipo penal do art. 350 do Código Eleitoral.

Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)

Inquérito e recebimento de denúncia - 5

Na mesma assentada, o Colegiado, por maioria, negou provimento a agravos regimentais que objetivavam a reforma de decisão que determinara o desmembramento do inquérito em comento, mantendo-se no STF apenas a apuração relacionada ao denunciado detentor de prerrogativa de foro. A Corte destacou que competiria somente ao tribunal ao qual tocasse o foro por prerrogativa de função a análise da cisão das investigações. Dever-se-ia promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação para manter sob sua jurisdição apenas o que envolvesse autoridade com prerrogativa de foro, podendo examinar as circunstâncias de cada caso. Na espécie, a análise do titular da ação penal teria sido conclusiva no sentido da autonomia entre as condutas em tese praticadas pelo denunciado e as das demais investigadas (mulher e filha do parlamentar). Assim, a manutenção da investigação no STF em relação a outros investigados poderia redundar em evidente prejuízo à apuração, uma vez que colocaria desde logo em xeque o eixo básico da “opinio delicti”, que teria as condutas nelas descritas como independentes. Vencido, no ponto, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que verificavam a existência de imbricação apta a justificar o trâmite conjunto dos procedimentos penais.

Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)

Tráfico privilegiado e crime hediondo - 4

O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de “habeas corpus” para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios — v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosas. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal.

HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (HC-118533)

Tráfico privilegiado e crime hediondo - 5

A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, cancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das

características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que denegavam o “writ”. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber.

HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (HC-118533)

Execução em juizado e apresentação de cálculo pelo devedor - 1

O Plenário iniciou julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se discute a legitimidade de decisões proferidas por juizado especial federal, as quais determinam que a União, em execução, apresente, nos processos em que figurar como ré, dados e cálculos necessários para apuração do valor devido à parte autora. Inicialmente, o Ministro Marco Aurélio (relator) reputou atendido o requisito da subsidiariedade (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º). A simples possibilidade de interposição de recurso ou impetração de mandados de segurança contra cada uma das decisões impugnadas não traduziria, só por si, a inobservância ao requisito da subsidiariedade. Ao contrário, seria preciso atentar para o propósito subjacente da arguição: a defesa da ordem constitucional objetiva e também da racionalidade do sistema processual. No caso concreto, haveria o problema relativo à multiplicação de demandas, presente a informação da existência de cerca de trinta mil processos em tramitação nos juizados especiais nos quais será observado o entendimento discutido nessa arguição. Além disso, os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da legalidade, da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, apontados como desrespeitados, consubstanciarão preceitos fundamentais passíveis de ensejar controle de constitucionalidade mediante essa via excepcional. No mérito, o relator julgou improcedente o pedido veiculado na inicial. Consignou que, não ofenderia a ordem constitucional, a determinação para que a União procedesse aos cálculos e apresentasse os documentos relativos à execução nos processos em tramitação nos juizados especiais cíveis federais, ressalvada a possibilidade de o exequente postular a nomeação de perito. Observou que entre os princípios que regeriam o microsistema processual dos juizados especiais federais, versados nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, estariam os da simplicidade, da economia processual e da celeridade. A legislação viera potencializar o acesso à Justiça. Sublinhou que, consoante o art. 788 do CPC/2015, a regra geral a ser observada nas execuções civis seria a iniciativa do credor, cabendo-lhe instruir a execução com os cálculos da obrigação materializada no título, pois a execução se desenvolveria no seu interesse e, portanto, dependeria do próprio comportamento ativo para que lograsse termo. Apesar disso, não haveria vedação legal a que fosse exigida a colaboração do executado, principalmente quando se tratasse de ente da Administração Pública federal. Ao reverso, no âmbito dos referidos juizados, tudo indicaria ser possível a inversão da ordem.

ADPF 219/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 23.6.2016. (ADPF-219)

Execução em juizado e apresentação de cálculo pelo devedor - 2

O relator explicou que, de acordo com o art. 139 do CPC/2015, caberia ao magistrado conduzir o processo, de modo a assegurar a igualdade de tratamento entre as partes — princípio da paridade de armas, corolário dos princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e do devido processo legal. Ponderou que a relação estabelecida entre o particular que procurasse o juizado e a União seria evidentemente assimétrica. O Poder Público possuiria corpo de servidores especializados nas questões discutidas em juízos. A advocacia pública hoje estaria satisfatoriamente aparelhada, sendo composta por pessoas altamente qualificadas para a defesa das pretensões do Estado. O particular, às vezes, nem de advogado disporia, porquanto a legislação lhe conferiria capacidade postulatória. Ademais, a legislação permitiria que a execução nos juizados especiais fosse feita mediante simples expedição de ofício do Juízo à Administração Pública (Lei 10.259/2001, art. 16). Além disso, o art. 11 desse mesmo diploma imporia à Administração o dever de apresentar a documentação alusiva à causa. O art. 10, por sua vez, deferiria ao representante judicial da Fazenda a possibilidade de transigir com os particulares — exceção ao conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público —, pressupondo que, desde logo, a Administração agiria no intuito de buscar a efetividade dos direitos dos administrados. Realçou que os cálculos, quando efetuados por perito, deveriam ser posteriormente revistos pela própria Administração fazendária, a fim de verificar a correção — a viabilizar, eventualmente, a interposição de embargos. A nomeação de perito representaria, portanto, duplo custo para o erário: primeiro, com os correspondentes honorários periciais; segundo, com o servidor público responsável pela revisão daquele trabalho. Exigir que existisse sempre a intervenção de perito designado pelo juízo revelaria incompatibilidade com os princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade do processo. Portanto, o dever de colaboração imputável ao Estado, consoante essa

visão, decorreria, em última análise, dos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, e do subprincípio da economicidade, que norteariam a interpretação a ser adotada. Por último, caso o exequente apresentasse valor excessivo, como devido, caberia à Fazenda “declarar de imediato o valor que entendesse correto, sob pena de não conhecimento da arguição” (CPC/2015, art. 535, § 2º). A União, todavia, teria insistido em projetar no tempo o cumprimento de decisão transitada em julgado, mesmo sendo detentora de dados necessários sobre a exatidão do valor. Em seguida, pediu vista o Ministro Luiz Fux.

ADPF 219/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 23.6.2016. (ADPF-219)

REPERCUSSÃO GERAL

Discussão de matéria infraconstitucional em recurso extraordinário e ausência de repercussão geral

O Plenário, por maioria, não conheceu de recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de imposição ao INSS, nos processos em que figurasse como parte ré, do ônus de apresentar cálculo de liquidação do seu próprio débito. A Corte reputou que a pretensão deduzida repousaria apenas na esfera da legalidade. Desse modo, assentou a inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, de repercussão geral. De início, destacou que, embora o presente recurso extraordinário tivesse sido apregoadado para julgamento conjunto com a ADPF 219/DF (acima noticiada), a ótica no âmbito da ADPF, que é ação objetiva, diferiria da ótica no âmbito do recurso extraordinário. Essa espécie recursal teria por base os fundamentos do acórdão recorrido na via extraordinária, que, no caso, teria apenas realizado interpretação de regras infraconstitucionais (Lei 10.259/2001, Lei 9.099/1995, CPC) e do Enunciado 52 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Desse modo, concluir de forma diversa do que decidido pelo tribunal de origem demandaria o reexame da legislação infraconstitucional. Seria assente no STF o entendimento segundo o qual a contrariedade aos princípios da legalidade genérica ou administrativa, ou do devido processo legal — como alegado no recurso comento —, quando depende de exame de legislação infraconstitucional para ser reconhecida como tal, configuraria apenas ofensa constitucional indireta. Nesse sentido, encontrar-se-ia sob o pálio da Constituição tão somente a garantia desses direitos, mas não seu conteúdo material, isoladamente considerado. Assim, não havendo controvérsia constitucional a ser dirimida no recurso extraordinário, seria patente a ausência de repercussão geral, uma vez que essa, indubitavelmente, pressuporia a existência de matéria constitucional passível de análise pelo STF. Vencido o Ministro Edson Fachin, que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento por entender que seria lícito ao magistrado, atendendo às peculiaridades do caso concreto e aos princípios que regem as causas em tramitação perante os juizados especiais, exigir não só os elementos materiais mantidos sob a guarda do INSS e que fossem necessários à elaboração dos cálculos necessários, como também a apresentação do próprio discriminativo apto a instruir a fase executória do processo.

RE 729884/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 23.6.2016. (RE-729884)

PRIMEIRA TURMA

Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - I

A Primeira Turma, em julgamento conjunto e por maioria, recebeu denúncia pela suposta prática de incitação ao crime (CP, art. 286) e queixa-crime apenas quanto à alegada prática de injúria (CP, art 140), ambos os delitos imputados a deputado federal. Os crimes dizem respeito a declarações proferidas na Câmara dos Deputados e, no dia seguinte, divulgadas em entrevista concedida à imprensa. No caso, o parlamentar afirmara que deputada federal “não merece ser estuprada, por ser muito ruim, muito feia, não fazer seu gênero” e acrescentara que, se fosse estuprador, “não iria estuprá-la porque ela não merece”. A Turma assinalou que a garantia constitucional da imunidade material protege o parlamentar, qualquer que seja o âmbito espacial em que exerça a liberdade de opinião, sempre que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela. Para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação em CPI ou em órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, de organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática. Consequentemente, não há como relacionar ao desempenho da função legislativa, ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar, as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um parlamentar. Na hipótese, trata-se de declarações que não guardam relação com o exercício do mandato. Não obstante a jurisprudência do STF tenha entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilização do parlamentar quando as palavras tenham sido proferidas no recinto da Câmara dos Deputados, as declarações foram proferidas em entrevista a veículo de imprensa, não incidindo, assim, a imunidade. O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que a concedera é meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim por meio da imprensa e da internet. Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a

veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona com a garantia do exercício da função parlamentar, não incide o art. 53 da CF.

Inq 3932/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Inq-3932)

Pet 5243/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Pet-5243)

Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - 2

O Colegiado explicou que a defesa sustentava atipicidade da conduta de incitação ao crime, pois as afirmações seriam genéricas. A respeito, registrou que o tipo penal em análise dá ênfase ao aspecto subjetivo da ordem pública, ao sentimento de paz e à tranquilidade social. O bem jurídico tutelado é diverso daquele que é ofendido pelo crime objeto da instigação. Não se trata da proteção direta de bens jurídicos primários, mas de formas de proteção mediata daqueles, pois se enfrenta uma das condições favoráveis à prática de graves danos para a ordem e a perturbação sociais. Assim, a incitação ao crime não envolve ataque concreto ao bem jurídico tutelado, mas sim destina-se a salvaguardar o valor desse bem jurídico do crime objeto de incitação. No caso, a integridade física e psíquica da mulher encontra ampla guarida na ordem jurídica, por meio de normas exurgidas de um pano de fundo aterrador, de cotidianas mortes, lesões e imposição de sofrimento ao gênero feminino no País. Assim, em tese, a manifestação do acusado tem o potencial de incitar outros homens a expor as mulheres à fragilidade e à violência física, sexual, psicológica e moral, porquanto proferida por parlamentar, que não pode desconhecer os tipos penais. Especialmente, o crime de estupro tem consequências graves, e sua ameaça perene mantém todas as mulheres em situação de subordinação. Portanto, discursos que relativizam essa gravidade e a abjeção do delito contribuem para agravar a vitimização secundária produzida pelo estupro. A Turma enfatizou, ainda, que a utilização do vocábulo “merece” tivera por fim conferir ao delito o atributo de prêmio, favor, benesse à mulher. Além disso, confere às vítimas o merecimento dos sofrimentos a elas infligidos. Essa fala reflete os valores de uma sociedade desigual, que ainda tolera e até incentiva a prática de atitudes machistas e defende a naturalidade de uma posição superior do homem, nas mais diversas atividades. Não se podem subestimar os efeitos de discursos que reproduzem o rebaixamento da dignidade sexual da mulher, que podem gerar perigosas consequências sobre a forma como muitos irão considerar o crime de estupro, podendo, efetivamente, encorajar sua prática. O desprezo demonstrado pela dignidade sexual reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, com o potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais. Portanto, não é necessário que se apregoe, verbal e literalmente, a prática de determinado crime. O tipo do art. 286 do CP abrange qualquer conduta apta a provocar ou a reforçar a intenção da prática criminosa de terceiros.

Inq 3932/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Inq-3932)

Pet 5243/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Pet-5243)

Incitação ao crime de estupro, injúria e imunidade parlamentar - 3

A Turma sublinhou outra alegação da defesa, segundo a qual, se as palavras do parlamentar fossem consideradas incitação ao estupro, então as mulheres que aderiram ao movimento iniciado na internet (“eu não mereço ser estuprada”) também o teriam praticado. Ressaltou que se tratara de campanha de crítica e repúdio às declarações do parlamentar. O sentido conferido, na referida campanha, ao verbo “merecer” revela-se oposto ao empregado pelo acusado nas manifestações que externara publicamente. Essas mensagens buscaram restabelecer o sentimento social de que o estupro é uma crueldade intolerável. Ademais, o tipo penal da incitação ao crime é formal, de perigo abstrato, e independe da produção de resultado. Além disso, não exige o fim especial de agir, mas apenas o dolo genérico, consistente na consciência de que o comportamento do agente instigará outros a praticar crimes. No caso, a frase do parlamentar tem potencial para estimular a perspectiva da superioridade masculina e a intimidação da mulher pela ameaça de uso da violência. Assim, a afirmação pública do imputado tem, em tese, o potencial de reforçar eventual propósito existente em parte daqueles que depreenderam as declarações, no sentido da prática de violência contra a mulher, inclusive novos crimes contra a honra da vítima e de mulheres em geral. Por fim, o Colegiado, no que diz respeito às imputações constantes da queixa-crime (calúnia e injúria), reputou que as mesmas declarações emanadas na denúncia atingiram, em tese, a honra subjetiva da querelante, pois revelam potencial de rebaixar sua dignidade moral, expondo sua imagem à humilhação pública, além de associar as características da mulher à possibilidade de ser vítima de estupro. Não cabe, nessa fase processual, concluir no sentido da configuração de retorsão imediata ou reação a injusta provocação. A queixa-crime atribui, ainda, a prática do delito de calúnia, pelo fato de o querelado ter falsamente afirmado que a querelante o chamara de estuprador. No ponto, entretanto, a inicial não narra de que maneira a afirmação do parlamentar tivera por fim específico ofender a honra da querelante, razão pela qual a queixa não pode ser recebida quanto a esse delito. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não recebia a denúncia ou a queixa-crime.

Inq 3932/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Inq-3932)

Pet 5243/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016. (Pet-5243)

Novo CPC e ação originária sem previsão de honorários

Descabe a fixação de honorários recursais, preconizados no art. 85, § 11, do CPC/2015 (“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”), na hipótese de recurso extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, em julgamento conjunto de agravos regimentais, a eles negou provimento, sem fixação de honorários. No caso, não haveria previsão de oneração em honorários na ação originária.

ARE 948578 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2016. (ARE-948578)

ARE 951589 AgR/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2016. (ARE-951589)

ARE 952384 AgR/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2016. (ARE-952384)

Saída temporária e decisão judicial

É legítima a decisão judicial que estabelece calendário anual de saídas temporárias para que o preso possa visitar a família. Esse o entendimento da Primeira Turma, que concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer ato do Juízo das Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, que concedera autorização de saída temporária para visita periódica à família do paciente. Essa decisão, mantida em grau de recurso, fora, no entanto, reformada pelo STJ, que assentara o descabimento da concessão de saídas automatizadas. Segundo aquela Corte, seria necessária a manifestação motivada do juízo da execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária. A Turma afirmou que a saída temporária autorizada repercutiria sobre outras saídas, desde que não houvesse cometimento de falta grave pelo custodiado.

HC 130502/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2016. (HC-130502)

SEGUNDA TURMA

Justiça Militar: crime praticado por civil, competência e contraditório

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” impetrado em favor de civil denunciada pela suposta prática de furto simples em continuidade delitiva, nos termos da legislação penal militar (CPM, art. 240, c/c art. 80). No caso, ela realizara saques bancários da conta corrente de militar inativo falecido e, por essa razão, o Ministério Público Militar ofertara denúncia perante a Justiça Castrense. Após a rejeição da peça acusatória, fora interposto recurso em sentido estrito, ao qual fora dado provimento tanto para não considerar a Justiça Militar competente quanto para receber a denúncia. A defesa sustentava: a) a prescrição em perspectiva da pretensão punitiva; b) a incompetência da Justiça Castrense; c) a inviabilidade do recebimento da denúncia pelo STM, por suposta supressão de instância; e d) a oportunidade de apresentar defesa prévia, na forma do art. 396-A do CPP. A Turma asseverou que o STF já fixara orientação no sentido de ser incabível o reconhecimento da prescrição em perspectiva. Ademais, no que toca à incompetência da Justiça Militar, lembrou haver casos semelhantes em que as Turmas afirmaram a competência da Justiça Castrense, tendo em conta a existência de dano à Administração Militar. Muito embora o tema da compatibilidade do julgamento de civil pela Justiça Militar da União esteja pendente de análise pelo Plenário, na espécie, não trata da questão do ponto de vista constitucional, mas apenas diz respeito ao eventual enquadramento do fato como crime militar, nos termos da lei. No que se refere a hipotética supressão de instância, tendo em vista a existência de teses apreciadas em sede recursal, mas não em primeira instância, o Colegiado invocou o Enunciado 709 da Súmula do STF (“Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”). No entanto, há precedente da Corte afastando o entendimento sumulado, nas situações em que o juiz de primeira instância se limita a afirmar sua própria incompetência. Nesse caso, o Tribunal deve determinar o retorno dos autos para que o magistrado prossiga na análise da admissibilidade da acusação. Sucede que, nesses autos, o fundamento para rejeitar a denúncia não fora a incompetência do juízo, porque o magistrado desclassificara a imputação de furto para estelionato militar (CPM, art. 251). Assim, a hipótese não foge ao âmbito do entendimento sumular. Por fim, a respeito da possibilidade de apresentação de defesa prévia, a Turma consignou o seu cabimento no processo penal ordinário, a ser oportunizada após o recebimento da exordial. Contudo, o dispositivo em questão não assegura defesa prévia à admissibilidade da acusação, de maneira que, ainda que fosse aplicável ao processo penal militar, a tese não favoreceria a paciente. Além disso, a paciente tivera oportunidade de se pronunciar previamente sobre a admissibilidade da acusação, quando das contrarrazões apresentadas perante o STM.

HC 125777/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 21.6.2016. (HC-125777)

Mandado de segurança e legitimidade ativa do PGR - 2

O Procurador-Geral da República não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em que se questione decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva em processo administrativo disciplinar. Esse o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, não conheceu de mandado de segurança impetrado pelo Procurador-Geral da República, em face de ato do CNJ, que arquivara procedimento disciplinar instaurado por

tribunal, em razão da prescrição da pretensão punitiva administrativa — v. Informativo 829. O Colegiado afirmou que o Procurador-Geral da República não tem legitimidade para a impetração, pois não é o titular do direito líquido e certo que afirmara ultrajado. Ressaltou que não basta a demonstração do simples interesse ou atuação como “custos legis”, uma vez que os direitos à ordem democrática e à ordem jurídica não são de titularidade do Ministério Público, mas de toda a sociedade. Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que conheciam da impetração.

MS 33736/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 21.6.2016. (MS-33736)

Marco Legal da Primeira Infância e prisão domiciliar

O Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), ao alterar as hipóteses autorizativas da concessão de prisão domiciliar, permite que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho até 12 anos de idade incompletos (CPP, art. 318, IV e V). Com base nessa orientação, a Segunda Turma superou a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF e concedeu, de ofício, a ordem em “habeas corpus” para determinar a referida substituição. No caso, a paciente, presa preventivamente pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas com envolvimento de adolescente, dera à luz enquanto se encontrava encarcerada. A impetração alegava que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a criança e a mãe têm o direito de permanecerem juntas em ambiente que não lhes cause danos. Ressaltava, ainda, que a paciente possui condições favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e idade inferior a 21 anos.

HC 134069/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 21.6.2016. (HC-134069)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	22.6.2016	23.6.2016	5
1ª Turma	21.6.2016	—	168
2ª Turma	21.6.2016	—	110

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 20 a 24 de junho de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 965.627-PA

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ESTADO DO PARANÁ. POLICIAL MILITAR. VERBA DEVIDA EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao direito a reajuste da verba paga aos policiais militares do Estado do Paraná em razão da prestação de serviço extraordinário, porque fundada na interpretação da Lei Estadual 13.280/2011.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE 970.082-SC

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO INOMINADO NÃO CONHECIDO POR DESERÇÃO. DEFINIÇÃO DAS DESPESAS PROCESSUAIS QUE COMPÕEM O PREPARO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. É de natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à definição das despesas processuais que compõem o preparo.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

REPERCUSSÃO GERAL EM AI N. 864.188-SP

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CRITÉRIO DE CÁLCULO. ART. 53, I E II, DA LEI 8.213/1991. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – A controvérsia relativa à validade do critério de cálculo da aposentadoria proporcional previsto no art. 53, I e II, da Lei 8.213/1991 está restrita ao âmbito infraconstitucional.

II – O exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do requisito constitucional da repercussão geral.

III – Repercussão geral inexistente.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

20 a 24 de junho de 2016

EMB. DIV. NOS EMB. DECL. NO AG. REG. NO RE N. 299.605-PR

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRÊMIO DE IPI. RESSARCIMENTO SOLICITADO NA VIA ADMINISTRATIVA. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. ADIMPLEMENTO INTEMPESTIVO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que há o direito à correção monetária dos créditos de IPI referentes aos valores não aproveitados na etapa seguinte da cadeia produtiva, desde que fique comprovada a estrita hipótese de resistência injustificada da Administração Tributária em realizar o pagamento tempestivamente. Precedentes.
2. A verificação, em concreto, da injustificada resistência do Fisco e da adequação dos termos da correção monetária cingem-se ao contencioso infraconstitucional.
3. Fixação de tese: “A mora injustificada ou irrazoável do fisco em restituir o valor devido ao contribuinte caracteriza a ‘resistência ilegítima’ autorizadora da incidência da correção monetária.”
4. Embargos de divergência a que se dá provimento.

**noticiado no Informativo 820*

HC N. 123.698-PE

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PERÍODO DE PROVA. EQUIPARAÇÃO À PENA CUMPRIDA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INDULTO NATALINO. ART. 1º, INC. XIII, DO DECRETO N. 8.172/2013. REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA NÃO ATENDIDO. ORDEM DENEGADA.

1. O adimplemento do período de prova do sursis não se equipara à pena cumprida: Precedentes.
2. Inexistindo efetivo cumprimento de pena, incabível a concessão do indulto coletivo do art. 1º, inc. XIII, do Decreto n. 8.172/2013 por falta de atendimento ao requisito de ordem objetiva.
3. Ordem denegada.

**noticiado no Informativo 808*

RMS N. 31.538-DF

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

CONCURSO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – ORDEM INDEFERIDA – FATO CONSUMADO – IRRELEVÂNCIA. O indeferimento de ordem, em mandado de segurança, revogada a liminar, implica condição resolutiva considerada nomeação, não cabendo potencializar fato que foi consumado sob o ângulo precário e efêmero.

**noticiado no Informativo 808*

EMB. DECL. NO HC N. 117.338-BA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ELEITORAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES CONTRA A HONRA, PRATICADOS CONTRA SERVIDOR PÚBLICO - ARTS. 324 E 326, C/C ART. 327, II, DO CÓDIGO ELEITORAL. DEPUTADO ESTADUAL. DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA NO SENTIDO DA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO PELO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. OFENSA AO ART. 53, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. CRIME PRATICADO NO CURSO DE MANDATO PRETÉRITO. SUSPENSÃO NEGADA NA VIGÊNCIA DO MANDATO SEGUINTE. ENTENDIMENTO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. COMPETÊNCIA DO STF. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. HC SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. INADMISSÃO. ANÁLISE DAS RAZÕES DA IMPETRAÇÃO NO AFÃ DE VERIFICAR A POSSIBILIDADE DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 283 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A comunicação ao parlamento sobre o recebimento da denúncia contra parlamentar (§ 3º do art. 53 da Constituição da República, com a alteração da Emenda Constitucional n. 35/2001) é obrigatória somente quanto a crimes cometidos durante a vigência do mandato em curso, tomando-se como parâmetro cada diplomação.
2. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: ARE 704.011-ED, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 17.10.13; ARE 684.535-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 04.09.13; ARE 694.535-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 15.05.13; ARE 732.028-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26.03.13; AC 3.160-EI-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 06.06.13; RMS 28.194-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de

25.02.13.

3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **em rol taxativo**, no artigo 102, inciso I, alíneas *d e i*, da Constituição Federal.

4. O Supremo Tribunal Federal sufraga o entendimento de que a possibilidade de suspensão do curso da ação penal promovida contra parlamentar pressupõe fatos ocorridos após a diplomação e no curso do mandato atual.

5. A ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão recorrida atrai, *mutatis mutandis*, o enunciado da Súmula nº 283 do STF: “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”.

6. *In casu*, O paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte, o que inibe a concessão de *habeas corpus* de ofício, posto ausentes teratologia ou flagrante ilegalidade.

7. Agravo Regimental a que se nega provimento.

AP N. 932-RR

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AÇÃO PENAL. MAUS-TRATOS DE ANIMAIS (ART. 32 DA LEI 9.605/98) E APOLOGIA DE CRIME (ART. 287 DO CÓDIGO PENAL); PRESCRIÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO.

1. O crime de quadrilha ou bando compõe-se dos seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum); c) estabilidade e permanência da associação criminosa.

2. A formação de quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a prática indeterminada de vários crimes. Doutrina e jurisprudência.

3. *In casu*, as testemunhas de acusação apenas confirmaram a presença do réu em um evento onde se realizava rinha de galo, nada informando sobre sua possível associação com três ou mais pessoas para o fim de praticar indeterminadamente referido delito.

4. A presença das elementares típicas do crime de formação de quadrilha não restou demonstrada, à míngua de indício dos demais agentes com quem o réu se teria associado para prática de delitos, tampouco havendo indicação da existência de uma associação estável e permanente com fim de executar crimes.

5. Extinção da punibilidade dos crimes de maus-tratos de animais (art. 32 da Lei 9.605/98) e de apologia do crime (art. 287 do Código Penal), por terem sido alcançados pela prescrição, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

6. Absolvição da acusação de formação de quadrilha, por não haver prova da existência do fato, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, e do parecer do Ministério Público.

ADI N. 2.295-RS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PROCESSO NORMATIVO - INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. Em se tratando de disciplina da atuação do próprio Poder Executivo, quanto à criação de conselho de acompanhamento, bem como de consequências jurídicas alusivas a relações mantidas com particulares, incumbe a iniciativa do projeto ao Chefe do Poder Executivo.

*noticiado no Informativo 830

Acórdãos Publicados: 292

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Prisão em Flagrante - Pessoa Pobre - Requisitos de Cautelaridade - Ausência - Fiança Criminal - Desnecessidade - Liberdade Provisória - Concessão (Transcrições)

HC 134508-MC/SP*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: **Prisão em flagrante.** Furto simples (CP, art. 155, “caput”) e direção ilegal de veículo automotor (CTB, art. 309). **Paciente** que, *por ser pobre, não tem condições de prestar fiança criminal* (CPP, art. 325, § 1º, I). **Manutenção**, mesmo assim, de sua prisão cautelar. **Ausência dos requisitos de cautelaridade.** **Existência, contra o paciente, de procedimentos penais em curso: Irrelevância.** **Presunção constitucional de inocência.** **Direito fundamental** que assiste a qualquer pessoa. **Caráter excepcional** da prisão cautelar. **Incongruência** de manter-se cautelarmente preso **alguém** que, **se condenado, sofrerá** a execução da pena em regime aberto (CP, art. 33, § 2º, “c”), **caso** o magistrado sentenciante **não opte por substituir** a pena de prisão

por penas meramente restritivas de direitos (CP, art. 44, I). **A prevalência** da liberdade como valor fundamental **que se reveste** de condição prioritária (“preferred position”) **no plano das relações entre o indivíduo e o Estado. Precedentes. A clamorosa situação do sistema penitenciário brasileiro como expressão visível e perversa de um estado de coisas inconstitucional** (ADPF 347-MC/DF). **Concessão de liberdade provisória** ao paciente. **Medida cautelar deferida.**

DECISÃO: A Defensoria Pública do Estado de São Paulo **postula a concessão de liberdade provisória em favor** do ora paciente, **por ela qualificado** como “lavrador”, **por tratar-se** de pessoa que “*não tem condições financeiras de arcar com a fiança*”, **eis que se cuida** de pessoa “pobre”.

A fiança **foi inicialmente arbitrada** em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) **pela autoridade policial** com fundamento **no art. 322 do CPP**, em razão de a prisão em flagrante haver ocorrido **pela suposta prática do delito** de furto simples (CP, art. 155, “caput”).

O magistrado, **no entanto, houve por bem elevar esse valor para 20 (vinte) salários mínimos, fazendo-o** com apoio no art. 325, I, do CPP, **em ordem** a que o “quantum” majorado sirva “*como garantia real para assegurar que o investigado, em liberdade, não venha a praticar atos criminosos no transcorrer do processo*”.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, **ao deduzir** a presente impetração, **pôs em destaque** um dado que se me afigura extremamente relevante, **pois sustenta** que, **embora** a decisão judicial tenha considerado “*ausentes os requisitos da prisão*”, **manteve preso, mesmo assim**, o ora paciente, que “*permanece segregado pelo simples fato de ser pobre*”.

O **exame de todos esses elementos convence-me de que não pode subsistir**, no caso, **a prisão do ora paciente, ainda mais** se considerar o **estado de pobreza** que caracteriza a sua presente situação econômico-financeira, **tal como alegado** pela ilustre Defensora Pública estadual da comarca de Barretos/SP.

Não assume qualquer relevo o **fato** – destacado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no acórdão **denegatório** da ordem de “*habeas corpus*” (**peça de que tomei conhecimento mediante acesso** aos registros eletrônicos que a Corte paulista **mantém** na “Internet”) – **de que** “o paciente já teve instaurado **contra si processo por crime da mesma espécie, além de outro por posse de entorpecente para uso próprio**”.

E a razão é uma só: ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente **até que sobrevenha o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII).

A **consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental** de qualquer pessoa – **independentemente da gravidade ou da hediondez** do delito que lhe haja sido imputado – **há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, **para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado** da condenação criminal.

Na realidade, a presunção constitucional de inocência **qualifica-se como uma importantíssima cláusula de insuperável bloqueio** à imposição **prematura** de quaisquer medidas que **afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral.

É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado **como se culpado** fosse **antes** que sobrevenha **contra ele** condenação penal **transitada** em julgado, **tal como tem advertido** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que **culminem por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem.**

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível, não se revela possível** – por efeito de **insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O **princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”**

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Disso resulta que a mera existência de inquéritos policiais em curso e a **tramitação de processos penais em juízo não autorizam** que se atribua a qualquer pessoa, **só por isso**, a condição de portadora **de maus antecedentes nem permitem** que se lhe imponha medidas restritivas de direitos ou supressivas da liberdade.

Sempre sustentei esse entendimento no Supremo Tribunal Federal (RTJ 136/627 – RTJ 139/885 – RTJ 187/646, v.g.), **apoiando-me**, para tanto, **em minhas decisões, na orientação firmada em antiga e valiosa jurisprudência estabelecida** pelos Tribunais em geral (RT 418/286 – RT 422/307 – RT 572/391 – RT 586/338, v.g.) e, **também, no magistério da doutrina** (DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 107, 5ª ed., 2000, Renovar; ROGÉRIO GRECO, “Curso de Direito Penal – Parte Geral”, vol. I/626, item n. 11.3.2, 5ª ed., 2005, Editora Impetus, v.g.).

As circunstâncias **subjacentes** a esta impetração **impõem** uma observação **que reputo pertinente e necessária, tendo presente** o contexto em análise.

Não há razão em manter-se na prisão alguém que, **além de impossibilitado** de prestar fiança **por ser pobre, também não teve envolvida em prisão preventiva** a sua prisão em flagrante, eis que o próprio magistrado de primeiro grau, **ao reconhecer inviável** a conversão pretendida pela Promotoria de Justiça da comarca de Guaíra/SP, **destacou, quanto a referido pleito, a ausência dos necessários requisitos de cautelariedade.**

Há a considerar, ainda, o fato, juridicamente relevante, de que o ora paciente, na pior das hipóteses, sendo eventualmente condenado, **sofrerá** pena **não superior** a 04 (quatro) anos **em razão** de sua própria primariedade, **o que lhe ensejará** a conversão, em pena **restritiva** de direitos, da sanção **privativa** de liberdade, **em face da ausência de violência** na perpetração dos delitos pelos quais está sendo processado (**furto simples e direção ilegal de veículo automotor**).

Vê-se, daí, que se revela gravemente contraditório manter-se cautelarmente preso aquele que, **mesmo em cenário completamente desfavorável, venha a sofrer, quando muito, punição legalmente substituível** por sanções alternativas à prisão (CP, art. 44, I), **salvo** se o magistrado sentenciante lhe impuser o cumprimento da pena **em regime aberto** (CP, art. 33, § 2º, “e”).

Demais disso, e consideradas as circunstâncias do caso concreto – **possibilidade** de o paciente, **se condenado, ter acesso ao regime aberto ou, então, de sofrer pena restritiva** de direitos –, **torna-se incongruente, quando não cruel, a efetivação** de sua prisão cautelar e **consequente recolhimento prisional** ao sistema penitenciário brasileiro, **que foi qualificado** pelo Supremo Tribunal Federal, **em importante julgamento plenário** (ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), **como expressão perversa** de um visível e lamentável “estado de coisas inconstitucional”.

Na verdade, o sistema penitenciário brasileiro **tem-se caracterizado por uma situação de crônico desaparecimento material, o que culmina por viabilizar** a imposição de **inacessíveis condições degradantes** aos que se acham a ele recolhidos, **traduzindo, em sua indistigável realidade concreta, hipótese de múltiplas ofensas à Constituição, em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade** do Poder Público em nosso País.

Não foi por outro motivo que esta Suprema Corte **reconheceu existir, no Brasil, um claro e indistigável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão** do Poder Público **em implementar** medidas eficazes de ordem estrutural **que neutralizem** a situação de absurda patologia

constitucional **gerada**, *incompreensivelmente*, **pela inércia** do Estado, **que descumpre** a Constituição Federal, **que ofende** a Lei de Execução Penal e **que fere** o sentimento de decência dos cidadãos desta República.

O **quadro de distorções** revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário **desfigura, compromete e subverte**, de modo grave, a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, **que se destina** – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

Aquele **que ingressa** no sistema prisional, *mesmo em razão de prisão cautelar* (como sucede na espécie), **sofre punição** que a própria Constituição da República **proíbe e repudia**, pois a omissão estatal na adoção de providências **que viabilizem a justa execução da pena ou o respeito efetivo ao ordenamento positivo cria situações anômalas e lesivas** à integridade de direitos fundamentais do prisioneiro, **culminando por subtrair-lhe** o direito – *de que não pode ser despojado* – ao tratamento digno.

Os **sentenciados que cumprem** condenações penais a eles impostas **ou os presos cautelares recolhidos** ao sistema penitenciário **continuam** à margem do sistema jurídico, **pois ainda subsiste**, quanto a eles, **a grave constatação** – feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – *de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constituem* a pungente e dramática revelação de que *“os presos não têm direitos”*.

Todas as razões que venho de expor **levam-me a superar** o obstáculo **fundado em restrição sumular** (Súmula 691/STF), **sob pena de subsistir** *contra o paciente situação de injusto constrangimento* ao seu “status libertatis”.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a conceder**, cautelarmente, **liberdade provisória** ao ora paciente, **independentemente** de prestação de fiança criminal, **seja** em face do que prescreve o art. 325, § 1º, I, do CPP, **seja, ainda, por entender insubsistente** a sua prisão em flagrante, **em razão da ausência dos requisitos de cautelaridade**.

Expeça-se, em consequência, **alvará de soltura** em favor de Wagner Francisco Magalhães, **se por al** não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, **encaminhando-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 355.579/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC** 2081362-34.2016.8.26.0000, Rel. Des. HERMANN HERSCHANDER) e ao MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Guaíra/SP (**Processo-crime** nº 0000843-58.2016.8.26.0210).

Intime-se, mediante ofício, **a ilustre impetrante**, Dra. Mariana Teixeira Zequini, **que atua** na 3ª Defensoria Pública da comarca de Barretos/SP, **sem prejuízo de pessoal e regular cientificação** do representante da Defensoria Pública do Estado de São Paulo **em Brasília**.

Publique-se.

Brasília, 22 de junho de 2016 (22h25).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe de 27.6.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

20 a 24 de junho de 2016

Lei nº 13.299, de 21.6.2016 - Altera a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, e a Lei nº 13.182, de 3 de novembro de 2015; e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 118, p. 1, em 22.6.2016.

Lei nº 13.300, de 23.6.2016 - Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 120, p. 1, em 24.6.2016.

Medida Provisória nº 734, de 21.6.2016 - Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União ao Estado do Rio de Janeiro para auxiliar nas despesas com Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro decorrentes dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos - Rio 2016. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição Extra nº 117, p. 1, em 21.6.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

20 a 24 de junho de 2016

Decreto nº 8.787, de 20.6.2016 - Altera o Decreto nº 8.758, de 10 de maio de 2016, que regulamenta a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para estabelecer procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis durante os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 117, p. 9, em 21.6.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) - Emenda Regimental nº 51, de 22.6.2016 – Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para permitir o julgamento por meio eletrônico de agravos internos e embargos de declaração. Divulgada no DJe/STF, nº 133, p. 1, em 24.6.2016.

O Informativo STF voltará a circular em agosto de 2016.

Informativo 832

SUMÁRIO

Plenário

PSV: regime de cumprimento de pena e vaga em estabelecimento penal - 2 (Enunciado 56 da Súmula Vinculante)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 1

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 2

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 3

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 4

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 5

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 1

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 2

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 3

MS e repactuação de dívida com a União - 2

Regressão de regime: inadimplemento de pena de multa e cometimento de novo crime

Repercussão Geral

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 1

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 2

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 3

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 4

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 5

1ª Turma

Falsificação de lei por prefeito e dosimetria da pena - 1

Falsificação de lei por prefeito e dosimetria da pena - 2

Cabimento de prisão preventiva e concessão de “habeas corpus” de ofício

2ª Turma

Prerrogativas da advocacia e interceptação telefônica - 1

Prerrogativas da advocacia e interceptação telefônica - 2

Responsabilidade civil: agente público e legitimidade passiva

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

PSV: regime de cumprimento de pena e vaga em estabelecimento penal - 2 (Enunciado 56 da Súmula Vinculante)

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu proposta de edição de enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” — v. Informativo 777. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) reajustou voto proferido em assentada anterior, acatando, assim, proposta redacional sugerida pelo Ministro Roberto Barroso. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que aprovava a proposta originalmente apresentada pelo Defensor Público-Geral Federal (“O princípio constitucional da individualização da pena

impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”).

PSV 57/DF, 29.6.2016. (PSV-57)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 1

Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da Administração Pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, reputou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei 13.255/2016 (Lei Orçamentária Anual), na parte em que prevê o orçamento da Justiça do Trabalho. Referida norma, ao estimar a receita e fixar a despesa da União para o exercício financeiro de 2016, estabelece corte da ordem de 90% nas despesas de investimento e de 24,9% nas despesas de custeio daquela justiça especializada. Preliminarmente, por maioria, o Colegiado reconheceu preenchidos os requisitos de pertinência temática e de legitimidade ativa “ad causam” da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentava a ilegitimidade da autora para a propositura da ação por entender ausente o interesse direto da categoria congregada. No mérito, o Tribunal enfatizou, de início, o papel de relevo da magistratura do trabalho no cenário da prestação jurisdicional do País. Assentou que não se estaria a discutir o legítimo controle pelo chefe do Poder Executivo quanto à proposta orçamentária da Justiça do Trabalho, mas a legitimidade da avaliação efetuada pelo Poder Legislativo federal. Em outras palavras, estar-se-ia a analisar se a fundamentação constante do relatório final da Comissão Mista de Planos e Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional teria sido elemento suficiente para inquirir a validade da redução das dotações orçamentárias destinadas ao segmento judicial trabalhista. Dessa forma, compreendidas as funções institucionais e constitucionais que o princípio da separação funcional dos Poderes proporciona ao Estado Democrático de Direito, a atividade de fixar e definir o orçamento constituiria típica atribuição do Poder Legislativo.

ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 2

Para a Corte, ainda que o texto constitucional tenha reservado a iniciativa do processo legislativo ao Poder Judiciário, não haveria vedação absoluta, sob o ponto de vista formal, para que o controle fosse realizado pelo Poder Legislativo. A jurisdição constitucional não deteria capacidade institucional e não poderia empreender, no controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o planejamento plurianual e as leis de diretrizes orçamentárias. Ao reconhecer a possibilidade de o Poder Legislativo emendar proposições da lei orçamentária (CF, art. 166 e parágrafos), a Constituição teria estabelecido suas condicionantes. E o Poder Legislativo deteria titularidade e legitimidade institucional para debater a proposta orçamentária consolidada pelo chefe do Poder Executivo, com a especificação de valores e dotações a serem destinadas às múltiplas atividades estatais. Nesse ponto, frisou que o ato complexo de elaboração conjunta significa que o Poder Judiciário envia sua proposta, o Poder Executivo a consolida e o Poder Legislativo a arbitra. Não haveria, portanto, afronta à separação de Poderes. Assinalou que as normas procedimentais quanto ao processo legislativo teriam sido atendidas, observada a iniciativa da proposição com respeito formal à autonomia administrativa e financeira da Justiça do Trabalho. O Plenário rejeitou, ainda, a alegação de suposta ofensa à divisão funcional de Poder, uma vez que a autonomia orçamentária do Poder Judiciário também teria sido respeitada. Reputou que o STF admitiria o controle material das espécies legislativas orçamentárias, o que corresponderia a uma tendência recente na jurisprudência da Corte. Destacou que o Colegiado teria acentuado a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias (ADI 4.048 MC/DF, DJe de 22.8.2008). Enfatizou que, embora a fundamentação apresentada no relatório final da Comissão Mista de Planos e Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional ostente motivação ideológica enviesada, esse ato, “per si”, não vincularia os parlamentares das Casas Legislativas do parlamento federal.

ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 3

Segundo o Colegiado, ainda quando se avalia cada um dos subprincípios da proporcionalidade — necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito —, a redução do orçamento público destinado a órgãos e programas orçamentários em decorrência de contexto de crise econômica e fiscal não configuraria abuso do poder legislativo. Assentou não terem sido demonstrados excessos quanto às modificações realizadas em matéria de programação orçamentária, as quais seriam dependentes do conteúdo socioeconômico do País em dado momento histórico. Afastou, por conseguinte, as alegações de que a atuação parlamentar relativamente às dotações da justiça do trabalho teriam seriam discriminatórias, uma vez que o discrímen legislativo seria compatível com a sistemática constitucional vigente. O Tribunal reputou, ainda, não merecer acolhida a assertiva de que a norma estaria em desconformidade com o plano plurianual (PPA) que, entre suas diretrizes preveria a promoção do emprego com garantia de direitos trabalhistas e o fortalecimento das relações de trabalho. Asseverou que, no debate parlamentar acerca das dotações destinadas à justiça do trabalho teriam sido observados os requisitos procedimentais e substanciais. Por sua vez, a análise da desconformidade, ou não, da LOA 2016 com o plano plurianual não importaria a atuação do STF, considerada a tessitura aberta prevista na Constituição (“Art. 166. Os projetos de lei relativos ao

plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. ... § 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;”).

ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 4

A Corte salientou não ter verificado abusividade na atuação do Poder Legislativo. Além disso, a função de definir receitas e despesas do aparato estatal seria uma das mais tradicionais e relevantes dentre os poderes constituídos e deveria ser preservada pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida e ilegítima tentativa de esvaziamento de típica função parlamentar. Ademais, não haveria impedimentos a ajustes nas dotações da Justiça do Trabalho ainda nesse exercício financeiro, haja vista que a Constituição também possibilita a autorização de crédito suplementar ou especial durante a execução da lei orçamentária (“Art. 99 ... § 5º. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais”). Por fim, concluiu que o Tribunal deveria estar atento às singularidades institucionais do aparato estatal brasileiro, que se estruturaria a partir de premissas mínimas de programação orçamentária, para permitir que os serviços públicos e as funções estatais típicas possam ser desempenhadas com regularidade, continuidade e adequação, sempre em consonância com as demandas sociais e institucionais submetidas à Corte.

ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

ADI: projeto de leis orçamentárias e princípio da separação de Poderes - 5

Vencidos os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski (Presidente) e Rosa Weber, que julgavam o pedido procedente. O Ministro Presidente entendia haver vício na motivação que teria levado os parlamentares a promoverem corte desarrazoado e desproporcional em relação aos demais Poderes. Realçava que a Justiça do Trabalho estaria sendo discriminada num contexto em que se prega a flexibilização dos direitos sociais e a remessa das disputas trabalhistas para uma solução privada. O Ministro Celso de Mello reconhecia que a manipulação do processo de formação, elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual poderia atuar como instrumento de dominação de outros Poderes da República por aquele encarregado da gestão da peça orçamentária. Isso poderia culminar em um estado de submissão financeira e de subordinação orçamentária incompatível com a autonomia que a própria Constituição outorgou. Apontava que não se questiona a exclusividade do poder de iniciativa do chefe do Poder Executivo em matéria orçamentária ou a atribuição do Poder Legislativo de elaborar a legislação orçamentária, mas sim, se o Congresso Nacional, no desempenho formal dessa atribuição que a Constituição lhe confere pode ou não formular provimentos legislativos eventualmente deformados quanto ao seu conteúdo pela eiva do caráter arbitrário de suas disposições. Destacava que a competência legislativa não teria caráter absoluto, não poderia ser exercida de modo excessivo, arbitrário ou irresponsável, sob pena de se subverter os fins a que se dirige a função legislativa. Registrava que um dos efeitos perversos do abuso do poder de legislar, em especial no plano da legislação orçamentária, consistiria em sua projeção negativa e lesiva sobre a integridade dos mecanismos institucionais de proteção jurisdicional, com grave repercussão sobre o exercício de direitos essenciais e de liberdades fundamentais, especialmente no campo delicado dos direitos sociais da classe trabalhadora. Asseverava que de nada valeriam os direitos e as liberdades se os fundamentos em que se apoiam deixaram de contar com o suporte do Poder Judiciário, que poderia ficar paralisado pela ausência de recursos orçamentários necessários ao regular funcionamento de seus órgãos. Lembrava que, uma vez alcançado determinado nível de concretização em tema de direitos fundamentais de caráter social, o princípio da proibição do retrocesso impediria que fossem desconstituídas as conquistas alçadas pelos cidadãos ou, no contexto em exame, pelos empregados e trabalhadores, que estariam impossibilitados de transformar em realidade concreta os direitos abstratamente previstos no ordenamento positivo. Assegurava que o retrocesso social poderia comprometer o núcleo essencial de valores fundamentais, como os direitos sociais da classe trabalhadora, colocados em situação de evidente lesividade. A Ministra Rosa Weber corroborava os fundamentos expostos pelo Ministro Celso de Mello.

ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 1

O Plenário iniciou julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de dispositivos da Lei 12.514/2011, que dizem respeito à fixação de anuidades devidas aos conselhos profissionais. O Ministro Edson Fachin (relator), no que acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavaski, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), julgou improcedentes os pedidos formulados. Inicialmente, definiu que essas anuidades têm a natureza jurídica de contribuições corporativas com caráter tributário. Quanto à alegação de inconstitucionalidade formal, ressaltou a dispensabilidade de lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Ademais, acerca da falta de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à medida provisória que culminara na lei em comento e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, lembrou entendimento fixado pela Corte no julgamento da ADI

5.127/DF (DJe de 11.5.2016). Na ocasião, o Colegiado afirmou não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à sua apreciação (“contrabando legislativo”). Entretanto, na mesma oportunidade deliberara-se por emprestar eficácia prospectiva para a orientação firmada naquela ADI, de modo que a medida provisória em questão não padece do vício de inconstitucionalidade formal, haja vista que não transcorrido o limite temporal estabelecido no mencionado precedente.

ADI 4697/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4697)

ADI 4762/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4762)

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 2

O relator, a respeito da constitucionalidade material da lei, teceu considerações acerca do princípio da capacidade contributiva. No ponto, aduziu que a progressividade deve incidir sobre todas as espécies tributárias, à luz da capacidade contributiva do contribuinte. Além disso, considerada a funcionalização da tributação para a realização da igualdade, esta é satisfeita por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas do povo. Em síntese, a progressividade e a capacidade contributiva são os fundamentos normativos do Sistema Tributário Nacional. Por conseguinte, esses princípios incidem sobre as contribuições sociais de interesse profissional. Essas contribuições são finalísticas, porquanto se prestam a suprir os cofres dos órgãos representativos das categorias profissionais com o escopo de financiar as atividades públicas por eles desempenhadas. O fato gerador das anuidades é a existência de inscrição no conselho respectivo, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício. O Poder Legislativo observara, portanto, a capacidade contributiva dos contribuintes ao instituir o tributo. Em relação às pessoas físicas, estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional (níveis técnico e superior) e a provável disparidade de renda. No que tange às pessoas jurídicas, há diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social do contribuinte. Essa medida legislativa garante observância à equidade vertical eventualmente aferida entre os contribuintes.

ADI 4697/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4697)

ADI 4762/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4762)

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 3

O relator, ainda no que se refere à constitucionalidade material da lei, discorreu sobre o princípio da legalidade tributária, tendo em conta a atribuição aos conselhos profissionais da fixação do valor exato das anuidades, desde que respeitadas as balizas quantitativas da norma. Quanto à atualização monetária de tributo, trata-se de matéria passível de tratamento normativo por intermédio de ato infralegal. Por sua vez, em relação à imputação de responsabilidade aos conselhos profissionais de fixarem o valor exato da anuidade, a questão tem maiores implicações. Sucede que, em razão de expressa previsão constitucional (CF, art. 150, I), às contribuições sociais de interesse profissional incide o princípio da legalidade tributária. Pode-se afirmar que esse postulado se apresenta sob as seguintes feições: a) legalidade da Administração Pública; b) reserva de lei; c) estrita legalidade; e d) conformidade da tributação com o fato gerador. Há, ainda, a distinção entre reserva de lei e legalidade estrita. A reserva de lei condiciona as intervenções onerosas na esfera jurídica individual à existência de lei formal, isto é, emanada do Poder Legislativo. A estrita legalidade tributária, por sua vez, é proibição constitucional dirigida à Administração federal, estadual e municipal de instituir ou aumentar tributo sem que haja lei que o autorize. Considerada essa diferença, no particular, não há ofensa ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para os conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/2011. Por outro lado, o princípio da estrita legalidade tributária exige lei em sentidos material e formal para as hipóteses de instituição e majoração de tributos, nos termos do art. 150, I, da CF. No tocante à majoração, entende-se que a finalidade da referida limitação constitucional ao poder de tributar encontra-se satisfeita, uma vez que o “quantum debeatur” da obrigação tributária encontra-se limitado a montante previamente estabelecido por força de lei. Assim, o requisito da autotributação da sociedade foi observado, ou seja, infere-se que a lei procurara acolher a pretensão de resistência do contribuinte à intervenção estatal desproporcional, em acordo com a Constituição. O diploma legal inova legitimamente no ordenamento ao instituir tributo com a respectiva regra-matriz de incidência tributária, tendo em vista que a anuidade (tributo) é vinculada à existência de inscrição no conselho (fato gerador) e possui valor definido (base de cálculo e critério de atualização monetária), bem assim está vinculada a profissionais e pessoas jurídicas com inscrição no conselho (contribuintes). Assim, está suficientemente determinado o mandamento tributário, para fins de observância da legalidade tributária, na hipótese das contribuições profissionais previstas no diploma impugnado. Além disso, é adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário na lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais. A Ministra Rosa Weber, por sua vez, julgou procedentes os pedidos por inconstitucionalidade formal, considerada a necessidade de pertinência temática entre a medida provisória que originara a lei em comento e a respectiva emenda parlamentar. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

ADI 4697/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4697)

ADI 4762/DF, rel. Min. Edson Fachin, 30.6.2016. (ADI-4762)

MS e repactuação de dívida com a União - 2

O Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada em mandado de segurança no sentido de adaptar a liminar concedida na sessão de julgamento de 27.4.2016, aos termos do acordo firmado entre os Estados-Membros e a União, até o julgamento final do presente “writ”. A liminar fora deferida pelo STF para ordenar às autoridades impetradas que se abstivessem de impor sanções ao Estado de Santa Catarina, bem como bloqueio de recursos de transferências federais. À ocasião, a Corte deliberara, ainda, sobrestar o processo por sessenta dias para que as partes se compusessem. Além disso, teria assegurado o desbloqueio de recursos de transferências federais pela aplicação da LC 148/2014, a qual garante, “prima facie”, o cálculo e o pagamento da dívida pública sem a promoção do aditivo contratual imposto no Decreto 8.616/2016 (v. Informativos 820 e 823). Tal norma regulamenta o estabelecido na LC 148/2014 e no art. 2º da Lei 9.496/1997 e dispõe sobre a repactuação da dívida dos entes federados com a União. Na origem, o Estado-Membro impetrante pretendia que, em razão do não pagamento dos juros capitalizados, fosse a ele garantida a não incidência das sanções impostas pelo mencionado decreto. Inicialmente, o Colegiado destacou que no presente mandado de segurança estão apenas os “writs” impetrados pelos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul (MS 34.110/DF; MS 34.122/DF e MS 34.141/DF, respectivamente). Quanto ao prazo do sobrestamento e ao pedido de prorrogação, a Corte asseverou que, nos termos de deliberação pretérita, o prazo seria peremptório, sem que se pudesse cogitar de eventual prolongamento. Consignou que o deferimento da liminar teria levado em conta o mesmo prazo do sobrestamento, razão pela qual o termo final — 22.8.2016 — também seria a data em que cessariam de pleno direito os efeitos da respectiva liminar. No tocante ao pleito de revisão da medida liminar, lembrou que ela fora deferida para sustar o modo pelo qual a cobrança das parcelas da dívida dos Estados era realizada. Entretanto, nos termos do acordo noticiado pelas partes, haveria nova configuração da forma de pagamento, o que afastaria o perigo na demora. A principal consequência da manutenção da medida seria o diferimento do pagamento dos valores por ela suspensos. Em face do encaminhamento de uma solução para os problemas emergenciais de caixa, as considerações lançadas por ocasião do início do presente julgamento fundamentariam o pedido revisional formulado pela União. Nesse ponto, a Corte determinou que fossem aplicados cautelarmente os exatos termos dos ajustes negociados com os Estados-Membros, a partir de 1º.7.2016, conforme ata de reunião apresentada aos autos. Vencido o Ministro Marco Aurélio que julgava insubsistente a referida liminar. Assentava que o Tribunal não decidira se os juros a serem observados seriam na forma composta ou simples. Apontava que, em mandado de segurança, a liminar a ser implementada deveria beneficiar o impetrante e não a impetrada. Frisava que, apesar de o acordo ainda não ter sido colocado no papel, a União buscava torná-lo impositivo os Estados-Membros, o que poderia vir a engessá-los.

MS 34023 QO-MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, 1º.7.2016. (MS-34023)

Regressão de regime: inadimplemento de pena de multa e cometimento de novo crime

O Plenário, em julgamento conjunto e por maioria, negou provimento a agravos regimentais em execuções penais referentes a condenados nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013). No primeiro caso, o agravante, durante o cumprimento da pena em regime semiaberto, fora condenado pela justiça comum em outro processo, tendo em conta crimes praticados concomitantemente ao cumprimento da reprimenda. Insurgia-se, então, contra a decisão que determinara a regressão de regime. O Colegiado aduziu que a prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal acarreta a regressão de regime. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo. Reputava que o processo-crime ainda estaria em curso na justiça comum, sem poder repercutir, portanto, no cumprimento de pena já formalizada. No segundo caso, a progressão de regime da sentenciada fora condicionada ao adimplemento da pena de multa. Para obter esse direito, a agravante realizara acordo de parcelamento do valor, razão pela qual progredira. Posteriormente, deixara de pagar as parcelas, a implicar a regressão. O Tribunal entendeu que o inadimplemento injustificado das parcelas da pena de multa autoriza a regressão no regime prisional. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo, ao fundamento de que o descumprimento de pena de multa não implicaria a sua transformação em reprimenda restritiva de liberdade.

EP 8 ProgReg-Agr/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 1º.7.2016. (EP-8)

EP 16 Agr-terceiro/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 1º.7.2016. (EP-16)

REPERCUSSÃO GERAL

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 1

O Plenário iniciou julgamento conjunto de recursos extraordinários. No RE 838.284/SC, discute-se a validade da exigência da taxa para expedição da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), baseada na Lei 6.994/1982, que estabelece limites máximos para a ART. O Ministro Dias Toffoli (relator), no que acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia, negou provimento ao recurso, ao entender que não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo teto, possibilita ao ato normativo infralegal, em termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade, fixar o valor de taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia em proporção razoável com os custos da atuação estatal. De início, traçou retrospecto acerca do tratamento da matéria relativa às taxas devidas em decorrência da ART. Demonstrou, em síntese, que diversas leis passaram a autorizar a fixação, por atos

infralegais, de variedade de taxas a favor de vários conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, sem a prescrição de teto legal ou mesmo homogeneidade de tratamento. A Lei 6.994/1982, por sua vez, delega às entidades descritas a competência para fixar os valores das taxas correspondentes aos seus serviços e atos indispensáveis ao exercício da profissão, e estabelece a possibilidade de as entidades fixarem as taxas referentes à ART, observado um limite máximo. Nesse sentido, a temática das taxas cobradas a favor dos conselhos de fiscalização de profissões ganhara nova disciplina com essa lei. Coubera ao órgão federal de cada entidade a fixação dos valores das taxas correspondentes aos serviços relativos a atos indispensáveis ao exercício da profissão, observados os respectivos limites máximos. Cabe perquirir, portanto, se a fixação de valor máximo em lei formal atende o art. 150, I, da CF, tendo em conta a natureza jurídica tributária da espécie taxa cobrada em razão do poder de polícia (fiscalização de profissões). Em outras palavras, cumpre saber qual o tipo e o grau de legalidade que satisfazem essa exigência, especialmente no tocante à espécie tributária taxa.

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704292)

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838284)

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 2

O relator teceu considerações sobre o princípio da legalidade tributária e apontou para o esgotamento do modelo da tipicidade fechada como garantia de segurança jurídica. O legislador tributário pode valer-se de cláusulas gerais. No tocante às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, elas podem ter um grau de indeterminação, por força da ausência de minuciosa definição legal dos serviços compreendidos. Pode haver maior abertura dos tipos tributários quando se está diante de taxa ou de contribuição parafiscal, já que, nessas situações, sempre há atividade estatal subjacente, o que acaba deixando ao regulamento uma carga maior de cognição da realidade, especialmente em matéria técnica. Assim, a ortodoxa legalidade tributária, absoluta e exauriente, deve ser afastada, tendo em vista a complexidade da vida moderna e a necessidade de a legislação tributária adaptar-se à realidade em constante transformação. Nesse sentido, deve-se levar em conta o princípio da praticidade no direito tributário e a eficiência da Administração Pública. Essa tem sido a tendência jurisprudencial da Corte. Especificamente no que se refere a taxas, o montante cobrado, diferentemente do que acontece com impostos, não pode variar senão em função do custo da atividade estatal, devendo haver razoável equivalência entre ambos. O grau de arbítrio do valor da taxa, no entanto, tende a ficar mais restrito nos casos em que o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência é complementado por ato infralegal. Isso porque a razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração, por estar estritamente ligada à atividade estatal direcionada ao contribuinte, conhecer da realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa, para encontrar, com maior grau de proximidade, a razoável equivalência do valor da exação com os custos que ela pretende ressarcir.

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704292)

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838284)

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 3

O relator ponderou se a taxa devida pela ART, na forma da Lei 6.994/1982, insere-se nesse contexto. A respeito, não há delegação de poder de tributar no sentido técnico da expressão. A lei não repassa ao ato infralegal a competência de regulamentar, em toda profundidade e extensão, os elementos da regra matriz de incidência da taxa devida em razão da ART. Os elementos essenciais da exação podem ser encontrados nas leis de regência. Assim, no antecedente da regra matriz de incidência encontra-se o exercício do poder de polícia relacionado à ART a que está sujeito todo contrato. O sujeito passivo é o profissional ou a empresa; o sujeito ativo é o respectivo conselho regional. No tocante ao aspecto quantitativo, a lei prescreve o teto sob o qual o regulamento poderá transitar. Esse diálogo realizado com o regulamento é mecanismo que objetiva otimizar a justiça comutativa. As diversas resoluções editadas sob a vigência dessa lei parecem condizer com essa assertiva. Em geral, esses atos normativos, utilizando-se de tributação fixa, assentam um valor fixo de taxa relativa à ART para cada classe do valor de contrato. Este é utilizado como critério para incidência do tributo, como elemento sintomático do maior ou menor exercício do poder de polícia. Ademais, não cabe aos conselhos realizar a atualização monetária do teto legal, ainda que se constate que os custos a serem financiados pela taxa relativa à ART ultrapassam o limite. Entendimento contrário violaria o art. 150, I, da CF. Em suma, a norma em comento estabelece diálogo com o regulamento em termos de subordinação, ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART; de desenvolvimento da justiça comutativa; e de complementariedade, ao deixar valoroso espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. O Legislativo não abdica de sua competência acerca de matéria tributária. A qualquer momento, pode o parlamento deliberar de maneira diversa, firmando novos critérios políticos ou outros paradigmas a serem observados pelo regulamento. Em seguida, pediu vista o Ministro Marco Aurélio.

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704292)

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838284)

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 4

No RE 704292/PR, em que reconhecida a repercussão geral da controvérsia, discute-se a natureza jurídica da anuidade de conselhos de fiscalização profissional, bem como a possibilidade de fixação de seu valor por meio de resolução interna de cada

conselho. O Colegiado negou provimento ao recurso e declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 11.000/2004, de forma a excluir de sua incidência a autorização dada aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas. Por arrastamento, também reputou inconstitucional a integralidade do § 1º do aludido preceito. Reportou-se aos fundamentos teóricos expendidos no caso anterior (RE 838.284/SC) para aduzir, no tocante à lei impugnada que, ao confiar ao ato infralegal a otimização dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, fixara diálogo com o regulamento. No entanto, ao prever a necessidade de graduação das anuidades conforme os níveis superior, técnico e auxiliar, não o fizera em termos de subordinação nem de complementariedade. Os dispositivos não estabelecem expectativas e criam situação de instabilidade institucional, deixando ao puro arbítrio do administrador o valor da exação. Não há previsão legal de qualquer limite máximo para a fixação do valor da anuidade. Tais preceitos fazem com que a deliberação política de obter o consentimento dos contribuintes deixe de ser do parlamento e passe para nível eminentemente administrativo: os conselhos de fiscalização, entidades autárquicas destituídas de poder político. Para o contribuinte, surge uma situação de intranquilidade e incerteza, pois não se sabe o quanto lhe poderá ser cobrado; para o fisco, significa uma atuação ilimitada e carente de controle. Tudo retrata que a remissão ao regulamento se dera de maneira insubordinada, inexistindo a delimitação do grau de concreção com que o elemento do tributo (seu valor) pode ser disciplinado pelo ato autorizado. Nesse sentido, o regulamento autorizado não complementa o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência tributária (elemento essencial na definição do tributo), mas sim o cria, inovando, assim, a ordem jurídica. O grau de indeterminação com que opera o art. 2º da Lei 11.000/2004, na parte em que autoriza os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas relacionadas com suas atribuições, provocara a degradação da reserva legal, consagrada pelo art. 150, I, da CF. Isso porque a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de elementos tributários essenciais. Para o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreria.

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704292)

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838284)

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 5

O Tribunal verificou que a jurisprudência tem acompanhado esse entendimento. Assim, da mesma forma que é vedado aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas fixar em abstrato as contribuições anuais, lhes é defeso, a pretexto de atualização monetária, majorar as anuidades em patamar superior ao teto fixado em lei. Orientação diversa possibilitaria a efetiva majoração do tributo por ato infralegal, em nítida ofensa ao art. 150, I, da CF. Por fim, no tocante à discussão sobre o correto índice de atualização monetária a ser aplicável ao período, seja para a correção do referido teto legal, seja para a correção do valor devido à recorrida, destacou que, de regra, esse assunto possui natureza infraconstitucional, como na espécie. Impossível, portanto, seu reexame em sede recurso extraordinário. Em seguida, a Corte deliberou suspender o julgamento para apreciar a modulação de efeitos da decisão e a fixação da tese de repercussão geral.

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-704292)

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 30.6.2016. (RE-838284)

PRIMEIRA TURMA

Falsificação de lei por prefeito e dosimetria da pena - 1

A Primeira Turma, por maioria, deu parcial provimento a apelação somente para reajustar a dosimetria da pena aplicada em sentença que condenara parlamentar federal, prefeito municipal à época dos fatos, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 297, §1º, do CP (“Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte”), e no art. 89 da Lei 8.666/1993 [“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”]. No caso, o apelante teria alterado documento público verdadeiro, qual seja, o conteúdo de lei municipal, para incluir artigo inexistente. Ademais, teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, tendo contratado empresa de engenharia mediante dispensa de licitação justificada por “estado de emergência” também inexistente. Foram, então, aplicadas as penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, para o delito do art. 297, §1º, do CP, e de 3 anos de detenção, em regime inicial aberto, para o crime do art. 89 da Lei 8.666/1993, em concurso material. Dessa decisão fora interposta apelação, posteriormente remetida ao STF em razão da diplomação do apelante como deputado federal. Inicialmente, a Turma rejeitou preliminares suscitadas que tinham como fundamento alegada inépcia da denúncia e nulidade da sentença condenatória, esta última por violação ao art. 399, § 2º, do CPP (“O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”). Destacou que, na espécie, a acusação teria se desincumbido de seu ônus de descrever, com a minúcia necessária, os fatos imputados ao acusado. A denúncia oferecida conteria, com clareza, a exposição dos fatos supostamente criminosos, a classificação dos crimes e a individualização da conduta, como preconizado no art. 41 do CPP. Outrossim, não se verificaria a suposta nulidade da sentença condenatória. A magistrada que presidira alguns dos atos de instrução por delegação de tribunal estadual o fizera em cumprimento de carta de

ordem expedida para a comarca em que atuava. Sendo assim, uma vez que houvera a limitação unicamente à instrução de parte do feito por delegação de tribunal de justiça, não se poderia pretender que estivesse a juíza de primeira instância vinculada aos autos para prolação de sentença.

AP 971/RJ, rel. Min. Edson Fachin, 28.6.2016. (AP-971)

Falsificação de lei por prefeito e dosimetria da pena - 2

No mérito, o Colegiado afirmou que a materialidade dos delitos em questão estaria devidamente demonstrada no processo. De fato, da análise da lei original aprovada pela câmara dos vereadores constatar-se-ia que na lei falsificada fora inserido dispositivo legal não aprovado por aquela casa legislativa. Haveria laudo pericial a demonstrar que o texto enviado à publicação teria contado com artigo anteriormente inexistente no projeto de lei encaminhado pela prefeitura para a câmara dos vereadores. Da mesma forma, a materialidade do crime preconizado no art. 89 da Lei 8.666/1993 encontrar-se-ia comprovada em documentos acostados aos autos. A Turma afirmou também que a autoria de ambos os delitos seria incontestada e recairia, indubitavelmente, sobre o apelante, que, na qualidade de prefeito, teria decretado estado de emergência na cidade e autorizado a contratação direta de empresa para a conclusão de obra, dispensando a realização de procedimento licitatório. Teria igualmente assinado a referida lei com conteúdo adulterado, estando demonstrada a ciência inequívoca do ilícito. Relativamente à dosimetria da pena imposta, contudo, a Turma destacou que a qualidade de prefeito municipal do apelante teria sido duplamente considerada, o que configuraria “bis in idem”. Como a regra do art. 297, § 1º, do CP, estabelece que a pena deve ser aumentada de um sexto quando o agente for funcionário público e cometer o crime prevalecendo-se do cargo, essa circunstância deveria ser considerada apenas por ocasião da majorante, na terceira fase da dosimetria e não na primeira fase. Sendo assim, a pena base deveria ser reduzida para 3 anos e 6 meses de reclusão, quantidade de pena um pouco acima do mínimo, mas ainda abaixo do termo médio, o que estaria justificado principalmente diante da culpabilidade extremamente acentuada consistente na falsificação de uma lei. Com o aumento de um sexto, tal qual determinado pelo art. 297, § 1º, do CP, e não havendo outras majorantes nem circunstâncias legais a serem sopesadas, a pena definitiva deveria ficar em 4 anos e 2 meses de reclusão. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que mantinha a sentença proferida originalmente.

AP 971/RJ, rel. Min. Edson Fachin, 28.6.2016. (AP-971)

Cabimento de prisão preventiva e concessão de “habeas corpus” de ofício

A Primeira Turma, por maioria, não conheceu de “habeas corpus” impetrado em face de decisão monocrática proferida por ministro do STJ, que, com base em aplicação analógica do Enunciado 691 da Súmula do STF, indeferira liminarmente “writ” lá impetrado. Na espécie, alegava-se a existência de constrangimento ilegal, porquanto os pressupostos da prisão preventiva decretada ao paciente não se verificariam, sendo adequada a aplicação de medidas alternativas à prisão. Ademais, haveria um suposto desrespeito a anterior decisão concessiva de “habeas corpus” proferida pelo STF no bojo da mesma investigação criminal em que decretada a prisão cautelar em comento. Inicialmente, a Turma debateu questão suscitada relativamente à eventual possibilidade de superação do entendimento jurisprudencial segundo o qual o Colegiado, apesar de não conhecer de “habeas corpus” substitutivo do recurso cabível, deve analisar, ainda assim, a concessão da ordem de ofício. Entretanto, deliberou pela manutenção desse entendimento, no momento, dado que seria preciso sopesar as implicações dessa mudança de jurisprudência. Desse modo, a Turma, ao analisar a impetração em comento, reputou inexistentes teratologia ou flagrante constrangimento ilegal, aptos a justificar a concessão da ordem de “habeas corpus” de ofício. Quanto à alegada violação a decisão anteriormente proferida pelo STF, ressaltou que no âmbito do HC 132.143/MT (acórdão pendente de publicação), no qual deferida ordem de “habeas corpus”, tratar-se-ia da validade de prisão preventiva decretada no bojo de investigação criminal a apurar fatos relativos a suposta exigência de vantagem indevida em razão de benefícios fiscais concedidos de forma irregular. Já nos presentes autos, discutia-se a custódia processual decretada em outra investigação, que apura lavagem de dinheiro consistente na aquisição dissimulada de bem imóvel adquirido mediante emprego de recursos recebidos de maneira ilícita. Haveria, portanto, ausência de identidade entre os fatos tidos como delituosos e que motivaram a imposição de cada uma das prisões. A força vinculante da decisão proferida pelo STF no referido processo não alcançaria condutas porventura imputadas ao paciente em momento futuro. Em verdade, o pronunciamento judicial teria efeitos limitados às partes e à relação de direito material solucionada. Assim, não prosperaria o argumento de violação à decisão da Corte, pois se trataria de segregação autônoma e que, bem por isso, desafiaria impugnação própria. No tocante à apontada suficiência de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, a Turma consignou que a deflagração de novas investigações teria evidenciado maior envolvimento do paciente no contexto criminoso, a recomendar o manejo de instrumento acautelatório idôneo. Outrossim, as razões empregadas no decreto prisional teriam indicado, por minuciosos fundamentos, a periculosidade concreta do paciente, dadas a extensão do dano supostamente suportado pelo erário e a sofisticação e habitualidade das práticas delitivas em apuração. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que conhecia e concedia a ordem por considerar que as premissas lançadas na decretação da prisão preventiva não se sustentariam, tendo em conta o que disposto no art. 312 do CPP.

HC 134240/MT, rel. Min. Edson Fachin, 28.6.2016. (HC-134240)

SEGUNDA TURMA

Prerrogativas da advocacia e interceptação telefônica - 1

A Segunda Turma não conheceu de “habeas corpus” em que se discutia nulidade processual por violação ao direito de defesa e às prerrogativas do advogado em face de interceptação telefônica de defensor. A Turma afirmou que a questão não teria sido examinada pelo STJ e nem houvera manifestação das demais instâncias inferiores, de modo que a sua apreciação por essa Corte implicaria supressão de instância. Ademais, não se vislumbrou a possibilidade de concessão da ordem de ofício. Consignou que a ofensa das prerrogativas da defesa e do advogado poderia produzir consequências processuais de três ordens, mas não gerariam a automática absolvição do imputado. Em primeiro lugar, poderia servir para a cassação ou invalidação do ato judicial. Em segundo lugar, poderia ser fundamento para a invalidação dos atos processuais subsequentes ao ato atentatório e com ele relacionados. Em terceiro lugar, poderia haver base para a recusa do magistrado, caso a transgressão apontar para a parcialidade dele. Observou que o magistrado atendera pedido do paciente e determinara o desentranhamento e a inutilização da prova. Notou que essa autoridade judicial teria feito constar que, da diligência, não resultara material útil e que não percebera que o telefone seria de advogado que atuaria no processo. Tendo em vista esse contexto, a primeira consequência da afronta à prerrogativa profissional — cassação ou invalidação do ato judicial — estaria fora de cogitação nesse caso. O resultado da interceptação fora desentranhado e destruído, após a defesa informar que o terminal interceptado pertenceria ao patrono do acusado. Não haveria nulidade a ser decretada, visto que o ato já se tornara ineficaz.

HC 129706/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 28.6.2016. (HC-129706)

Prerrogativas da advocacia e interceptação telefônica - 2

No que se refere ao segundo efeito — a invalidação dos atos subsequentes —, o CPP estabelece que a nulidade de um ato atinge aos demais que tenham relação de dependência ou que sejam consequência desse primeiro ato (CPP, art. 573, § 1º). Na situação dos autos, os atos subsequentes não teriam violado as prerrogativas da defesa ou dos advogados, mas dependeriam e seriam consequência do ato violador. Sua invalidade decorreria do nexa com o ato violador de prerrogativas, não da violação em si. Logo, quanto a eles, as garantias defensivas e advocatícias não estariam em jogo. Sendo assim, seria indispensável a demonstração do liame entre o ato violador e o ato contaminado. No caso em julgamento, não haveria, ao menos aparentemente, atos ligados à interceptação. Tampouco, haveria elementos que indicassem que a interceptação tivesse revelado matéria reservada ao interesse da defesa. A instrução deficiente do “habeas corpus” não permitiria saber se a defesa tivera acesso ao material interceptado, antes de sua destruição. Além disso, existiriam elementos de que o advogado interceptado não seria figura central na defesa. Sublinhou que, em nenhum momento, o paciente ficara desassistido. Outros profissionais que o representariam seguiram atuando. Logo, se se tornasse sem efeito o ato, e não houvesse outros dele dependentes, não haveria razão para invalidar a ação penal. Quanto à terceira implicação — fundamentar a recusa do magistrado —, assinalou que a interceptação decorreria de suspeita infundada de participação em atividade criminosas pelo titular do terminal telefônico, sem que a qualidade de advogado tivesse sido percebida. A interceptação teria sido determinada pelo magistrado atendendo representação policial. Ou seja, não teria sido o julgador quem selecionara o telefone como alvo da investigação. Em suma, os elementos indicariam que o magistrado não buscara afrontar direitos da defesa. Também não revelariam ofensa a prerrogativas advocatícias decorrentes de desídia do julgador. A atuação, no ponto, não parece ter fugido da conduta que se espera de um magistrado imparcial. Portanto, não haveria evidente violação a direitos do paciente.

HC 129706/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 28.6.2016. (HC-129706)

Responsabilidade civil: agente público e legitimidade passiva

A Segunda Turma iniciou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que entendera pela impossibilidade de membro do Ministério Público figurar no polo passivo de ação indenizatória, em razão do estatuído no art. 37, § 6º, da CF. O Ministro Dias Toffoli (relator) negou provimento ao agravo regimental. Afirmou que, em ações de responsabilidade civil, a jurisprudência do STF não reconhecera a legitimidade passiva do agente público. Entretanto, este estaria obrigado a ressarcir o ente público, quando, em ação de regresso, houver o reconhecimento de que atuara com dolo ou culpa. Em seguida, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

ARE 753134 AgR-segundo/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 28.6.2016. (ARE-753134)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	29.6.2016	30.6 e 1º.7.2016	283
1ª Turma	28.6.2016	—	225
2ª Turma	28.6.2016	—	118

REPERCUSSÃO GERAL
DJe de 27 de junho a 1º julho de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 743.485-SP

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO – SERVIÇO PÚBLICO – AUTORIZAÇÃO – CERTIFICADO DE REGISTRO DE OPERAÇÃO – AUSÊNCIA – LICITAÇÃO – ARTIGO 175 DA CARTA DA REPÚBLICA – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade de a prestação do serviço público de transporte coletivo ser implementada mediante simples credenciamento de terceiros, sem licitação, considerado o preceito do artigo 175 da Constituição Federal.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

27 de junho a 1º de julho de 2016

HC N. 133.476-AM

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DEFENSORIA PÚBLICA. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE PROCESSUAL. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OPORTUNAMENTE. ORDEM DENEGADA.

1. À DEFENSORIA PÚBLICA, INSTITUIÇÃO PERMANENTE E ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO, COMPETE PROMOVER A ASSISTÊNCIA JURÍDICA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL AOS NECESSITADOS (ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL), SENDO-LHE ASSEGURADAS DETERMINADAS PRERROGATIVAS PARA O EFETIVO EXERCÍCIO DE SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL.

2. A INTIMAÇÃO PESSOAL DOS ATOS PROCESSUAIS CONSTITUI PRERROGATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA, DE QUEM SE EXIGE, CASO SE CONSIDERE PREJUDICADA EM SEU DIREITO, SUSCITAR SUA IRRESIGNAÇÃO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE A FALAR NOS AUTOS. NO CASO, NÃO OBSTANTE TENHA OPOSTO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, A DEFESA VEICULOU TAL INSURGÊNCIA SOMENTE QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PRECLUSA. PRECEDENTES.

3. ORDEM DENEGADA.

**noticiado no Informativo 830*

RCL N. 14.872-DF

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

RECLAMAÇÃO. 2. DIREITO ADMINISTRATIVO. 3. SERVIDORES PÚBLICOS. 4. INCORPORAÇÃO DA VANTAGEM REFERENTE AOS 13,23%. LEI 10.698/2003. 5. AÇÕES QUE VISAM À DEFESA DO TEXTO CONSTITUCIONAL. O JULGADOR NÃO ESTÁ LIMITADO AOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS INDICADOS PELAS PARTES. CAUSA *PETENDI* ABERTA. 6. ÓRGÃO FRACIONÁRIO AFASTOU A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SEM OBSERVÂNCIA DO ART. 97 DA CF (RESERVA DE PLENÁRIO). INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO CONFIGURA CLARO JUÍZO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 10. 7. É VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO CONCEDER REAJUSTE COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 37. 8. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

**noticiado no Informativo 828*

QUEST. ORD. EM INQ N. 3.980-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACUSADOS REPRESENTADOS POR ADVOGADOS DISTINTOS. PRAZO EM DOBRO PARA RESPOSTA. LIMITES DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 229 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. NÃO CABE A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 229, *CAPUT*, DO CPC/2015 EM INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS EM QUE OS ATOS PROCESSUAIS DAS PARTES SÃO PRATICADOS POR VIA ELETRÔNICA E TODOS OS INTERESSADOS - ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - TÊM ACESSO AMPLO E SIMULTÂNEO AO INTEIRO TEOR DOS AUTOS.

2. PEDIDO INDEFERIDO.

**noticiado no Informativo 829*

AG. REG. NO INQ N. 3.305-RS

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PROVA EMPRESTADA.

1. É ASSENTE NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE A ADMISSIBILIDADE, EM PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS OU CIVIS, DE PROVA EMPRESTADA PRODUZIDA EM PROCESSO PENAL, MESMO QUE SIGILOSOS OS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS.

2. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

**noticiado no Informativo 815*

Acórdãos Publicados: 405

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Reclamação e uso de algemas por ordem de autoridade policial (Transcrições)

(v. Informativo 827)

Rcl 7116/PE*

RELATOR: Ministro Marco Aurélio

RECLAMAÇÃO – ATO IMPUGNADO – ALCANCE. A reclamação há de estar dirigida contra o ato apontado a discrepar de pronunciamento do Supremo.

Relatório: O assessor Dr. Vinicius de Andrade Prado prestou as seguintes informações:

Em 6 de março de 2009, ao indeferir o pedido de liminar, Vossa Excelência consignou:

PRISÃO – APRESENTAÇÃO DO CUSTODIADO À IMPRENSA – ALGEMAS – VERBETE VINCULANTE Nº 11 DA SÚMULA DO SUPREMO – ALVARÁ DE SOLTURA - LIMINAR – INDEFERIMENTO.

1. Eis as balizas desta reclamação, retratadas pela Assessoria:

O reclamante, sustentando o desrespeito ao Verbetes Vinculante nº 11 da Súmula do Supremo, afirma ter sido preso preventivamente, por ordem judicial, em 10 de novembro de 2008. Na decisão, haver-se-ia consignado a presença de indícios de autoria e de materialidade da prática do crime de sequestro. Aduz que o ato mediante o qual efetivada a ordem de prisão, no entanto, seria nulo, pois teria sido algemado sem qualquer justificativa, ficando exposto à opinião pública.

O pedido de concessão de liminar visou à expedição de alvará de soltura. O pleito relativo ao mérito faz-se voltado à ratificação do provimento cautelar, declarando-se a nulidade de todos os atos processuais realizados a partir do “uso arbitrário das algemas” bem como do decreto de prisão preventiva e do ato que implicou o recebimento da denúncia.

Ante a deficiência da instrução processual, o reclamante foi intimado a providenciar a juntada de documento a demonstrar a ocorrência de desrespeito ao referido verbete vinculante. Também foram solicitadas informações ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Recife, onde tramita a Ação Penal nº 001.2008.014169-3 - folha 139.

O reclamante, atendendo à intimação, trouxe ao processo, além de fotografias e recorte de jornal, cópia do ofício encaminhado pela autoridade policial ao Juízo Criminal, todos relacionados ao momento em que executada a ordem de prisão.

No período de recesso forense, o reclamante apresentou petição endereçada ao Presidente do Supremo, na qual informou a inércia do Juízo Criminal em prestar as informações solicitadas e requereu fosse avocada a reclamação e decidido o pedido de liminar (folhas 142 e 143). Sua Excelência, mediante o despacho de folha 144, determinou a reiteração do pedido de informações ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Recife/PE.

No dia 28 de janeiro de 2009, nova petição foi protocolada – a de nº 6.332. O reclamante renovou ao Ministro-Presidente do Supremo o pedido de avocação do processo e de exame da medida cautelar.

2. Segundo consta da inicial, a prisão do reclamante ocorreu em 10 de novembro de 2008 e, ao que tudo indica, considerados os itens 1.4 e 1.5 da peça – folha 21 –, não houve a colocação de algemas. Estas teriam sido utilizadas, no dia imediato, quando o reclamante veio a ser “apresentado à imprensa como se fosse um troféu”. De qualquer forma, a matéria exige, presente o alvará de soltura, bem como os demais requerimentos, o crivo de Colegiado.

3. Indefiro a medida acauteladora.

4. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

5. Publiquem.

O Ministério Público Federal opina pela improcedência do pedido (folha 207 a 215). Admite o inadequado emprego das algemas, no dia posterior ao da efetivação da prisão, do que decorreria o desrespeito ao paradigma. Frisa, contudo, que a aludida inobservância resultou da conduta dos policiais, isto é, do ato administrativo por eles praticado – e não do Juízo criminal. Destaca não constar do pronunciamento impugnado (folhas 78 e 79) recomendação para a utilização do artefato. Reputa impróprio o reconhecimento automático da nulidade do ato processual que implicou a preventiva e dos posteriores. Articula com a prática de abuso de autoridade pela Polícia Civil pernambucana, presente o disposto no artigo 4º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 4.898/1965, o qual dependeria da representação da vítima, no que limitada a atuação do Supremo no caso, inclusive no tocante ao possível envio de cópia do processo ao Ministério Público local para apuração de eventual responsabilidade criminal. Evoca jurisprudência.

O reclamante, por meio da petição/STF nº 26.085/2012, insiste na legitimidade do Juízo criminal para responder pela inobservância do verbete vinculante nº 11, porquanto os policiais teriam agido em cumprimento à determinação judicial, a qual teria sido omissa quanto ao emprego das algemas. Assevera que o crime de abuso de autoridade seria de ação pública incondicionada, entendimento surgido a partir da publicação da Lei nº 5.249/1967. Reitera a pertinência da declaração de nulidade dos atos posteriores à imposição da preventiva, considerada a superveniente revogação da custódia, além da abertura de processo disciplinar contra o Órgão reclamado e os delegados responsáveis pela utilização inadequada das algemas.

É o relatório.

Voto: Assento, de início, o prejuízo do pedido relativamente à declaração da nulidade do ato que implicou a prisão preventiva, considerado o teor da petição/STF nº 26.085/2012, no que revelada, a esta altura, a revogação da constrição.

Percebam os parâmetros desta reclamação. O reclamante teve a custódia preventiva determinada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Recife/PE em 9 de novembro de 2008 (folha 78 a 80), não havendo o Órgão reclamado aludido à utilização de algemas quando da efetivação da prisão. No dia imediato, foi cumprida a ordem, tendo o reclamante sido inicialmente recolhido nas dependências do Grupo de Operações Especiais da Polícia Civil de Pernambuco. Decorrido mais um dia, ou seja, em 11 de novembro seguinte, foi apresentado à imprensa algemado, “como se fosse um troféu”. Aponta o indevido emprego das algemas pela Polícia Civil pernambucana, provado mediante a juntada, ao processo, de recorte de jornal (folha 113), mídia digital na qual gravada a reportagem jornalística veiculada (folha 114), além de fotografias (folha 125 a 129) e impressões de imagens retiradas da mencionado vídeo (folha 130 a 136). Reputa olvidado o verbete vinculante nº 11 da Súmula do Supremo, cujo teor reproduzo:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Indeferi a liminar por entender necessária a submissão da controvérsia ao crivo do Colegiado, consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Verifico a inadequação do pleito. A leitura do processo, especialmente do pronunciamento mediante o qual implementada a segregação, revela a ausência de manifestação do Juízo criminal acerca da utilização das algemas. Embora evidenciado o emprego injustificado do artefato, a providência decorreu de ato administrativo da autoridade policial, situação não abarcada pelo verbete, no que alude à prática de ato processual. As algemas foram utilizadas um dia após a prisão, quando o reclamante já se encontrava na delegacia de polícia, tão somente no momento da exibição dos presos à imprensa.

Eventual responsabilização do Estado ou, até mesmo, dos agentes envolvidos, decorrente dos fatos noticiados na inicial, deve ser buscada na via apropriada. Descabe potencializar o alcance da reclamação.

Ante o quadro, julgo improcedente o pedido.

**acordão publicado no Dje de 29.6.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

27 de junho a 1º de julho de 2016

Lei nº 13.301, de 27.6.2016 - Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 122, p. 1, em 28.6.2016.

Lei nº 13.303, de 30.6.2016 - Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Mensagem de veto). Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 125, p. 1, em 1º.7.2016.

Medida Provisória nº 736, de 29.6.2016 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 2.900.000.000,00, para o fim que especifica. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 124, p.2, em 30.6.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

27 de junho a 1º de julho de 2016

Decreto nº 8.792, de 29.6.2016 - Altera o Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, para dispor sobre os custos com prestação de serviços e o fornecimento de equipamentos e materiais indispensáveis à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 124, p. 7, em 30.6.2016.

Decreto nº 8.793, de 29.6.2016 - Fixa a Política Nacional de Inteligência. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 124, p. 5, em 30.6.2016.

Decreto nº 8.794, de 29.6.2016 - Altera o Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e o Decreto nº 7.492, de 2 de junho de 2011, que institui o Plano Brasil Sem Miséria, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 124, p. 5, em 30.6.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

2 a 31 de julho de 2016

Lei nº 13.305, de 4.7.2016 - Acrescenta art. 19-A ao Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que “institui normas básicas sobre alimentos”, para dispor sobre a rotulagem de alimentos que contenham lactose. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 127, p. 1, em 5.7.2016.

Lei nº 13.306, de 4.7.2016 - Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de fixar em cinco anos a idade máxima para o atendimento na educação infantil. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 127, p. 1, em 5.7.2016.

Lei nº 13.307, de 6.7.2016 - Dispõe sobre a forma de divulgação das atividades, bens ou serviços resultantes de projetos esportivos, paraesportivos e culturais e de produções audiovisuais e artísticas financiados com recursos públicos federais. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 129, p. 1, em 7.7.2016.

Lei nº 13.308, de 6.7.2016 - Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 129, p. 1, em 7.7.2016.

Lei nº 13.311, de 11.7.2016 - Institui, nos termos do *caput* do art. 182 da Constituição Federal, normas gerais para a ocupação e utilização de área pública urbana por equipamentos urbanos do tipo quiosque, *trailer*, feira e banca de venda de

jornais e de revistas. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 132, p. 1, em 12.7.2016.

Lei nº 13.312, de 12.7.2016 - Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para tornar obrigatória a medição individualizada do consumo hídrico nas novas edificações condominiais. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 132, p. 1, em 12.7.2016.

Lei nº 13.313, de 14.7.2016 - Altera a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento; a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, e a Lei nº 8.374, de 30 de dezembro de 1991, para dispor sobre o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por embarcações ou por sua carga; e a Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016, para dispor sobre a dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 135, p. 1, em 15.7.2016.

Lei nº 13.315 de 20.7.2016 - Altera as Leis nºs 12.249, de 11 de junho de 2010, 9.779, de 19 de janeiro de 1999, e 9.481, de 13 de agosto de 1997, para dispor sobre a incidência do imposto de renda retido na fonte sobre remessas ao exterior de valores destinados à cobertura de gastos pessoais, à promoção de produtos, serviços e destinos turísticos brasileiros e de rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 139, p. 1, em 21.7.2016.

Lei nº 13.322, de 28.7.2016 - Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, para dispor sobre o controle de dopagem, 12.780, de 9 de janeiro de 2013, que dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paralímpicos de 2016, 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e 8.010, de 29 de março de 1990; e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 145, p. 1, em 29.7.2016.

Mensagem de Veto Total nº 390, de 12.7.2016 - Projeto de Lei nº 7.343, de 2010 (nº 158/07 no Senado Federal), que “Altera o inciso XVI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, para definir os eventos que são considerados desastres naturais, para fins de liberação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição Extra nº 132, p. 3, em 12.7.2016.

Medida Provisória nº 739, de 7.7.2016 - Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 132, p. 1, em 12.7.2016.

Medida Provisória nº 740, de 13.7.2016 - Abre crédito extraordinário, em favor da Justiça do Trabalho, no valor de R\$ 353.771.447,00, para os fins que especifica. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 134, p. 1, em 14.7.2016.

Medida Provisória nº 741, de 14.7.2016 - Altera a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 135, p. 2, em 15.7.2016.

Medida Provisória nº 742, de 26.7.2016 - Dispõe sobre a flexibilização do horário de transmissão do programa oficial de informações dos Poderes da República, durante a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição Extra nº 142, p. 1, em 26.7.2016.

Decreto nº 8.805, de 7.7.2016 - Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto no 6.214, de 26 de setembro de 2007. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 130, p. 3, em 8.7.2016.

Decreto nº 8.816, de 20.7.2016 - Regulamenta a Lei nº 13.284, de 10 de maio de 2016, para dispor sobre a reserva de assentos para pessoas com deficiência e pessoas com mobilidade reduzida. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 139, p. 7, em 21.7.2016.

Decreto nº 8.820, de 22.7.2016 - Dispõe sobre a antecipação do abono anual devido aos segurados e aos dependentes da Previdência Social, no ano de 2016. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 141, p. 1, em 25.7.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Resolução nº 235, de 13.7.2016 – Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Publicada no DJe/CNJ, nº 120, p. 8, em 14.7.2016.

SUMÁRIO

Plenário

Lei estadual e bloqueadores de sinal de celular

Repercussão Geral

Condenação contra a Fazenda Pública e índices de correção monetária - 3

Citação com hora certa e processo penal

Contas de prefeito e competência para julgar

1ª Turma

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor

Anulação de anistia e prazo decadencial

Ato do CNJ e extensão de gratificação de servidor público - 2

2ª Turma

Recurso extraordinário e acórdão proferido em processo administrativo

Clipping do DJe

Transcrições

Presunção de Inocência – Direito Fundamental – Execução Provisória da Condenação – Inconstitucionalidade (HC 135.100-MC/MG)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Lei estadual e bloqueadores de sinal de celular

Lei estadual que disponha sobre bloqueadores de sinal de celular em presídio invade a competência da União para legislar sobre telecomunicações.

Com base nesse entendimento, o Plenário, em apreciação conjunta e por maioria, declarou a inconstitucionalidade da Lei 3.153/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul e da Lei 15.829/2012 do Estado de Santa Catarina. E, com a conversão de referendo de medida cautelar em julgamento de mérito, também por decisão majoritária, reputou inconstitucionais a Lei 4.650/2015 do Estado do Mato Grosso do Sul, o art. 1º, “caput” e parágrafo único, e o art. 2º, “caput” e parágrafo único, da Lei 13.189/2014 do Estado da Bahia, e a Lei 18.293/2014 do Estado do Paraná.

A Corte afirmou que, ao determinar às empresas de telefonia a instalação de equipamentos para interrupção de sinal nas unidades prisionais, o legislador local instituiu obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão do serviço móvel pessoal. Dessa forma, teria atuado no núcleo da regulação da atividade de telecomunicações, de competência da União, já que a ela caberia disciplinar a transmissão de sinais no campo eletromagnético de maneira adequada (CF, art. 21, XI e 175, IV).

Além disso, o STF teria declarado a inconstitucionalidade formal e suspenso a vigência de normas estaduais e distritais que teriam interferido diretamente na prestação da atividade desempenhada pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, sob o fundamento de que, em situações a envolver possível interdisciplinaridade, as questões relacionadas ao interesse geral ou nacional deveriam ser tratadas de maneira uniforme no País inteiro.

A disciplina dos serviços públicos que funcionariam em todo o território caberia à União. Seria com amparo nessa ideia que a doutrina proporia a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, reconhecendo-se a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais. Os procedimentos concernentes à operação de telefonia celular e ao bloqueio de sinal, em determinadas áreas, poderiam afetar diretamente a qualidade da prestação do serviço para a população circundante, tema a demandar tratamento uniforme em todo o País, ainda que a finalidade do legislador estadual fosse a segurança pública.

Ademais, a legislação estadual não trataria propriamente de direito penitenciário, mas da relação dos estabelecimentos penitenciários com um serviço externo, serviço de telecomunicações. Seria, portanto, inegável que a questão teria alguma conexão com a segurança pública, mas seu grande objetivo seria econômico. Os Estados teriam interesse em transferir os custos do bloqueio de sinal para as prestadoras do serviço.

O Tribunal observou que, o fundamento da legislação estadual pouco ou nada teria a ver com peculiaridades locais. A utilização de telefones no interior de estabelecimentos prisionais como meio para a prática de crimes seria uma questão

nacional. Nesse campo, tratamentos diferentes pelas diversas unidades da federação não se justificariam como resposta customizada a realidades não semelhantes.

Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que julgavam improcedente os pedidos. Pontuavam que a distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988, não se satisfaria somente com o princípio informador da predominância de interesses. Ponderavam existir espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora fossem legitimados a agir com autonomia, poderiam sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Nessas situações, a regra de circunscrever-se à territorialidade não atenderia plenamente o conflito existente entre elas.

No caso, não obstante a lei local indiretamente tivesse ponto de contato com o tema das telecomunicações, versaria, materialmente, sobre questões afeitas à competência concorrente dos Estados-membros como direito penitenciário, segurança pública e consumo. Inexistiria, dessa forma, afastamento claro de tal competência legislativa dos Estados-Membros pela legislação federal que regeria as telecomunicações.

ADI 3835/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. (ADI-3835)

ADI 5356/MS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. (ADI-5356)

ADI 5253/BA, rel. Min. Dias Toffoli, 3.8.2016. (ADI-5253)

ADI 5327/PR, rel. Min Dias Toffoli, 3.8.2016. (ADI-5327)

ADI 4861/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.8.2016. (ADI-4861)

REPERCUSSÃO GERAL

Condenação contra a Fazenda Pública e índices de correção monetária - 3

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009 (“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”) — v. Informativo 811.

Na espécie, o ora recorrido ajuizara ação ordinária em face do INSS com pedido de concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF. O juízo de primeiro grau, então, julgara procedente o pedido e determinara que o INSS instituisse, em favor do autor, benefício de prestação continuada, na forma do art. 20 da LOAS. O pagamento das prestações vencidas deveria ser acrescido de correção monetária pelo IPCA, a partir de cada parcela, e juros de mora de acordo com o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança. Interposta apelação pela autarquia previdenciária, a sentença fora mantida.

Em voto-vista, o Ministro Dias Toffoli seguiu a divergência iniciada pelo Ministro Teori Zavascki no sentido de dar provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia.

Destacou que, para o deslinde da controvérsia, seria necessário entender os motivos para a brusca alteração legislativa do art. 1º-F da Lei 9.497/1997 decorrente do art. 5º da Lei 11.960/2009. Ao se analisar o histórico legislativo da norma em referência, ficaria claro o entendimento segundo o qual — como afirmado no parecer do relator do projeto de lei — a mudança legislativa seria uma decisão pela “uniformização da atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública”. Desse modo, teria havido opção legislativa consensuada pelas duas casas do Congresso Nacional, num atendimento aos pleitos de municípios brasileiros que estavam, então, em situação financeira extremamente difícil.

Por outro lado, a questão da indexação da economia ou da moeda em face das ações governamentais não seria fácil e, para ela, não existiria solução única. As premissas eventualmente acolhidas no julgamento do recurso extraordinário em comento poderiam, ou não, inviabilizar o retorno da lógica inflacionária. Para um país sair de um processo de indexação e ingressar definitivamente no campo da estabilização seriam exigidas duas profundas mudanças: a) a visão de curto prazo não poderia subjugar a possibilidade de estabilização de longo prazo; e b) a estabilização não deveria ser apenas da taxa de inflação, mas também da moeda, sob pena de se ingressar em círculo vicioso. Portanto, qualquer decisão — política ou técnica — que pudesse levar novamente o país à beira do abismo hiperinflacionário não poderia sequer ser cogitada.

A utilização da TR como elemento constituinte do cálculo da remuneração da caderneta de poupança não autorizaria o reconhecimento de que houvesse inconstitucionalidade da norma objurgada. Assim, não se verificaria violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na atualização da poupança pela TR. Isso se daria porque inexistiria direito subjetivo a correção monetária igual à inflação e porque, ademais, essa opção necessitaria de um processo legislativo, instância própria para decisões dessa natureza.

Outrossim, não se constataria, na espécie, a existência de um direito constitucional à aplicação de determinado índice

para fins de atualização da correção monetária. No Brasil, não haveria índice oficial para a inflação de períodos passados. A inflação seria medida por meio de diversos índices, divulgados por várias instituições. Por fim, nem mesmo a tese da vulneração do direito fundamental de propriedade procederia, visto que, além de tal direito, o Estado teria também de garantir a estabilidade monetária e econômica do País, por meio dos competentes poderes estabelecidos constitucionalmente.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.
RE 870947/SE, rel. Min. Luiz Fux, 1º.8.2016. (RE-870947)

Citação com hora certa e processo penal

É constitucional a citação com hora certa no âmbito do processo penal (CPP: “Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo”).

Essa a conclusão do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade do aludido preceito processual.

No caso, o recorrente fora condenado, no âmbito de juizado especial criminal, à pena de seis meses de detenção, substituída por prestação de serviços comunitários, pela prática do crime previsto no art. 309 da Lei 9.503/1997 (dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano). Fora citado com hora certa, pois estaria ocultando-se para não o ser pessoalmente. A defesa arguiu, então, a inconstitucionalidade dessa modalidade de citação.

O Colegiado aduziu que a ampla defesa (CF, art. 5º, LV) une defesa técnica e autodefesa. A primeira é indeclinável. Não assegurar ao acusado a defesa técnica é causa de nulidade absoluta do processo, e consubstancia prejuízo ínsito e insanável (CPP, artigos 564, III, “c”; e 572). O Tribunal possui entendimento sumulado nesse sentido (Enunciado 523 da Súmula do STF). A autodefesa, por sua vez, representa a garantia de se defender pessoalmente e, portanto, de se fazer presente no julgamento. A respeito, a Lei 9.271/1996 inovara, para inviabilizar o julgamento do acusado à revelia, quando citado por edital, estabelecendo a suspensão do processo e, para evitar impunidade, a prescrição, até que apareça ou constitua patrono.

A indicação de advogado é ato revelador da ciência da ação penal, e a opção de não comparecer pessoalmente à instrução é consectário lógico do exercício da autodefesa, conjugado à garantia à não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII). Posteriormente, a Lei 11.719/2008 reservara, para o caso de citação pessoal frustrada por ocultação intencional do acusado, a com hora certa, e não mais a por edital, dando-se continuidade ao processo, devendo o juiz nomear defensor ao réu. O novo Código de Processo Civil não repercuta na vigência ou na eficácia do preceito, pois a referência aos artigos 227 a 229 do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 252 a 254.

A ficção alusiva à citação com hora certa restringe-se ao fato de o réu não ter sido cientificado, pessoalmente, da demanda. A premissa, na hipótese, é a premeditada ocultação do réu. Logo, sabe da existência da demanda. Se optara por não se defender pessoalmente em juízo, o fizera porque, no exercício da autodefesa, não o quisera. Tampouco pode ser compelido a fazê-lo, afinal o comparecimento à instrução é direito, faculdade. Entendimento diverso consubstanciará obrigá-lo a produzir prova contra si.

O Tribunal consignou que a citação com hora certa cerca-se de cautelas, desde a certidão pormenorizada do oficial de justiça até o aval pelo juiz. Julgando inexistirem elementos concretos de ocultação, o juiz determina a citação por edital, com a subsequente suspensão do processo caso o acusado não se apresente nem constitua advogado. A autodefesa, mesmo depois de formalizada a citação com hora certa, fica resguardada na medida em que o réu será cientificado dela, inclusive da continuação do processo (CPC, art. 254). Esconder-se para deixar de ser citado pessoalmente e não comparecer em sede judicial para defender-se revela autodefesa. Não se justifica impor a prisão preventiva. Entretanto, impedir a sequência da ação penal é demasiado, sob pena de dar ao acusado verdadeiro direito potestativo sobre o curso da ação penal, ignorando a indisponibilidade inerente.

É preciso compatibilizar a garantia do acusado à autodefesa com o caráter público e indisponível do processo-crime. O prosseguimento da ação penal, ante a citação com hora certa, em nada compromete a autodefesa; ao contrário, evidencia a opção do réu de não se defender pessoalmente em juízo, sendo compatível com a Constituição, portanto.

O Plenário, ademais, não se pronunciou quanto à aplicabilidade do instituto no âmbito específico dos juizados especiais, em razão de a controvérsia, no ponto, ultrapassar o objeto recursal.

Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio (relator), que, ao se manifestar acerca da citação com hora certa em processo submetido a juizado especial criminal, entendia pela inadmissibilidade desse ato processual. Explicava que o art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 impõe a remessa do processo à vara criminal quando o acusado não for encontrado. Tal preceito inviabiliza qualquer modalidade de citação ficta no juizado especial criminal, seja a editalícia, seja a com hora certa, por tornar inexecutáveis a composição civil e a transação penal, fins últimos dos juizados. Por fim, o Colegiado deliberou conceder “habeas corpus” de ofício em favor do recorrente, para extinguir a punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

RE 635145/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 1º.8.2016. (RE-635145)

Contas de prefeito e competência para julgar

O Plenário iniciou julgamento conjunto de recursos extraordinários.

No RE 848.826/DF, discute-se qual seria o órgão competente para julgar, em definitivo, as contas de prefeito. Na espécie, o tribunal regional eleitoral e o TSE entenderam que por tratar-se de contas de gestão, a competência seria do tribunal de contas do Estado (TCE) e, por consequência, denegaram o registro de candidatura do recorrente, que tivera suas contas rejeitadas pelo TCE. Em síntese, questiona-se a aplicação da “Lei da Ficha Limpa” e a interpretação do que seja “órgão competente” mencionado no art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010 [“Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: ... g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”].

O Ministro Roberto Barroso (relator), negou provimento ao recurso.

De início, traçou retrospecto acerca da oscilação da jurisprudência acerca da matéria ao longo do tempo. Destacou que o ato de fiscalizar a Administração Pública compreende o exame da prestação de contas de duas naturezas: contas de governo e contas de gestão. Assentou que a competência para julgamento será atribuída à casa legislativa ou ao tribunal de contas em função da natureza das contas prestadas e não do cargo ocupado pelo administrador.

O relator esclareceu que as contas de governo, também denominadas de desempenho ou de resultado, objetivariam demonstrar o cumprimento do orçamento dos planos e programas de governo. Referir-se-iam, portanto, à atuação do chefe do Poder Executivo como agente político. Pontuou que a Constituição reserva à casa legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do tribunal de contas, conforme determina o art. 71, I, da Constituição.

Por sua vez, as contas de gestão, também conhecidas como contas de ordenação de despesas possibilitariam o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que comporia a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade. Por isso, a competência para julgá-las em definitivo seria do tribunal de contas, sem a participação da casa legislativa, conforme determina o art. 71, II, da Constituição.

Consignou que essa sistemática seria aplicável aos Estados-Membros e Municípios por força do art. 75, “caput”, da Constituição. Assim sendo, para o relator, se o prefeito agir como ordenador de despesas, suas contas de gestão deveriam ser julgadas de modo definitivo pelo tribunal de contas competente sem a intervenção da câmara municipal.

Em divergência, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) deu provimento ao recurso.

Asseverou que a câmara municipal seria o órgão competente para julgar as contas de natureza política e de gestão. Ponderou que aquele órgão representaria a soberania popular, o contribuinte e, por isso, teria a legitimidade para o exame. Observou que, nos termos do Decreto-lei 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, a câmara legislativa teria, inclusive, poder de verificar os crimes de responsabilidade, entre os quais o de malversação do dinheiro público.

Assinalou que o parecer do tribunal de contas não seria meramente opinativo, porque prevaleceria até que fosse derrubado por dois terços da câmara municipal, nos termos do art. 31, § 2º, da Constituição.

Após, o julgamento foi suspenso.

No RE 729.744/MG, debate-se qual a consequência jurídica quando o Poder Legislativo local silencia ou quando não for atingido o quórum qualificado de dois terços dos membros da câmara municipal para rejeição das contas do prefeito (CF: “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. ... § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal”). Em síntese, indaga-se a eventual prevalência do parecer emanado do tribunal de contas no sentido da desaprovação das contas do prefeito, com a consequente declaração de sua inelegibilidade (LC 64/1990, art. 1º, I, “g”).

Na espécie, o TSE mantivera o deferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito que tivera suas contas rejeitadas pelo tribunal de contas estadual. Tal órgão eleitoral assentara a competência da câmara municipal para o julgamento das contas do prefeito, ainda que fosse ele ordenador de despesas. Apontara, ainda, que ao tribunal de contas estadual caberia apenas a emissão de parecer prévio. Assim, ainda que a corte de contas estadual desaprovasse as contas prestadas pelo prefeito, tal ato não seria apto a configurar a inelegibilidade do art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, haja vista a ausência de decisão irrecorrível proferida pelo órgão competente (câmara municipal).

Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso.

RE 848.826/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 4.8.2016. (RE-848826)

RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 4.8.2016. (RE-729744)

PRIMEIRA TURMA

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor

A Primeira Turma iniciou a apreciação de recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretende a declaração de nulidade do que decidido na apelação, em face da ausência de contrarrazões da defesa e da intimação do defensor para o julgamento.

Debate-se ainda, o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal [“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”], ou seja, o enquadramento jurídico do fato — se ato libidinoso ou estupro de vulnerável — e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita.

Na espécie, consta na denúncia que, teria havido a prática de atos libidinosos no interior de veículo automotor e que o recorrente teria constrangido a menor ao passar as mãos nas coxas e seios dela. Em juízo, a vítima relatara não ter havido penetração vaginal, em oposição ao que afirmado na fase de investigação.

O Ministro Marco Aurélio (relator) deu provimento ao recurso.

Asseverou que o processo penal pressuporia a concretude da defesa e, no caso, interposto recurso pelo Ministério Público, deveria ter sido designado defensor para formalizar a impugnação. Entendeu que a ausência de defensor dativo designado ao recorrente o mantivera indefeso. Frisou que, ainda que não houvesse pedido expresso por parte da defesa, ao interessado deveria ter sido dada ciência quanto à inclusão do processo em pauta.

Quanto ao tipo penal, o relator assentou que a conduta do réu restringira-se a tocar os seios e as partes íntimas da ofendida e a empreender movimentos no fecho da roupa, sem ultrapassar a barreira da vestimenta dela. Tal proceder não se equipararia àquele em que há penetração ou contato direto com a genitália da vítima, situação em que o constrangimento surge maior, a submissão à vontade do agressor é total e a violência deixa marcas físicas e psicológicas intensas.

Aduziu que o juízo, ao desclassificar o delito de estupro de vulnerável e condenar o recorrente pelo cometimento da contravenção penal versada no art. 65 do Decreto-lei 3.688/1941 (“Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”), teria atuado em harmonia com o Direito posto, observado o desvalor menor da ação. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade implicaria menor severidade na repressão.

No tocante ao afastamento da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “f”, do Código Penal (“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: ... II - ter o agente cometido o crime: ... f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”), assinalou que a denúncia ativera-se a apontar o parentesco do recorrente com a genitora da ofendida (tio). Não especificara quais as relações domésticas de hospitalidade mantidas, porquanto não fora consignado se o recorrente compunha o mesmo núcleo familiar da vítima ou se ela encontrava-se hospedada na residência dele. Assim, nesse ponto, não se poderia presumir o extravagante.

Em divergência, o Ministro Edson Fachin desproveu o recurso.

Consignou que, na situação dos autos, não se trataria de defensor dativo, mas de profissional constituído pelo recorrente. Apontou que o advogado fora regularmente intimado para apresentar contrarrazões e não o fizera, o que não configuraria nulidade.

Acerca da matéria de fundo, destacou que a descrição da denúncia faria referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, estariam presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro.

Em seguida, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber.

RHC 133121/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 2.8.2016. (RHC-133121)

Anulação de anistia e prazo decadencial

A Primeira Turma deu provimento a recurso ordinário em mandado de segurança para restabelecer anistia política concedida a ex-membro das Forças Armadas. Tal benefício fora declarado por meio de portaria expedida em 2003, com fundamento em portaria editada em 1964.

No caso, em 2012, o Poder Executivo anulara a portaria de 2003 como resultado de trabalho revisional iniciado em 2011, provocado por nota emitida pela AGU em 2006.

O impetrante questionava, em síntese, a constatação de má-fé pela Administração, bem assim sustentava a ocorrência de

decadência, haja vista que a nota emitida pela AGU em 2006 não se prestaria a interromper o transcurso do prazo quinquenal que a Administração possui para rever seus atos.

A Turma acolheu o argumento alusivo à decadência. Anotou que a anistia fora concedida em 2003, e sua anulação ocorreria em 2012. A nota emitida pela AGU em 2006, cujo efeito é similar ao de um parecer, não tem o condão de estancar o fluxo do prazo decadencial. De fato, não houvera conduta da Administração capaz de obstar o prazo decadencial, que se operara.

Além disso, não houvera má-fé por parte do anistiado.

O Colegiado salientou, ainda, que o transcurso do prazo decadencial poderia ser excepcionado em hipóteses de flagrante inconstitucionalidade, mas não seria a hipótese dos autos. A Administração promovera intensos debates, de 2003 a 2011, sobre a natureza das anistias concedidas em razão do regime militar. Concluíra, posteriormente, que seria insuficiente, para o reconhecimento da condição de anistiado, a simples referência a ato normativo editado no contexto de regime de exceção, exigindo-se provas complementares.

Não se trata de inconstitucionalidade da concessão de anistia, mas de nova interpretação de atos e fatos aptos ao reconhecimento do efetivo enquadramento como anistiado político. Assim, houve erro da Administração, em decorrência de nova interpretação conferida a ato emitido em 1964.

RMS 31841/DF, rel. Min. Edson Fachin, 2.8.2016. (RMS-31841)

Ato do CNJ e extensão de gratificação de servidor público - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, que determinara a alteração da Resolução 10/2010 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para que o referido ato normativo contemplasse, no rol de beneficiários da Gratificação por Condições Especiais de Trabalho (CET), determinada categoria de servidores — v. Informativo 805.

A Turma afirmou que a Lei estadual 11.919/2010, que criara a gratificação, não teria afastado o direito dos demais servidores efetivos — à luz do seu art. 1º, “caput” — à percepção daquele benefício. Essa interpretação seria corroborada pelo fato de que o próprio tribunal de justiça, ao regulamentar a lei, estendera a outros servidores efetivos o direito à citada gratificação.

Fundamentada a possibilidade de extensão da gratificação criada por lei, não haveria como, em sede de mandado de segurança — cuja dilação probatória seria limitada —, infirmar essa conclusão. Assim, havendo, em tese, direito à percepção da gratificação, não haveria ilegalidade na decisão do CNJ, que reconheceu a omissão e determinara que o tribunal de justiça regulamentasse as condições pelas quais outros servidores a recebessem.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que deferia o mandado de segurança por entender que a decisão impugnada, ao igualar a remuneração de categorias distintas de agentes públicos, revelaria desrespeito às balizas constitucionais relativas à atuação administrativa do CNJ.

MS 31285/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 2.8.2016. (MS-31285)

SEGUNDA TURMA

Recurso extraordinário e acórdão proferido em processo administrativo

A Segunda Turma iniciou julgamento de agravo regimental em que se discute o cabimento de recurso extraordinário para impugnar decisões proferidas em sede de processos administrativos.

No caso, o regimental fora interposto de decisão que negara seguimento a recurso extraordinário com agravo ao fundamento de que o vocábulo “causa”, constante do inciso III do art. 102 da CF abrange unicamente os processos judiciais. Sustenta o agravante que: a) o cabimento de recurso extraordinário independeria da natureza do procedimento em que proferida a decisão recorrida, fosse administrativo ou judicial; e b) a limitação dada à expressão “causa” acarretaria ofensa direta à Constituição Federal.

O Ministro Teori Zavascki (relator) negou provimento ao agravo regimental. Destacou que a jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que a expressão “causa” referida no inciso III do art. 102 da CF só alcançaria processos judiciais. Em razão disso, seria incabível a interposição de recursos extraordinários contra acórdãos proferidos pelos tribunais em processos administrativos, inclusive aqueles de natureza disciplinar instaurados contra magistrados.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

ARE 958311/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 2.8.2016. (ARE-958311)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	3.8.2016	1º e 4.8.2016	9
1ª Turma	2.8.2016	—	113
2ª Turma	2.8.2016	—	83

CLIPPING DO DJE

1º a 5 de agosto de 2016

HC N. 127.900/AM

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

- Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).
- O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.
- Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).
- A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).
- Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.
- De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.
- Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

*noticiado no Informativo 816

Rcl N. 18.564/SP

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada.

- Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.
- Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas.
- Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida.

*noticiado no Informativo 815

RE N. 655.265-DF

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. *STARE DECISIS*. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULING*) DO PRECEDENTE.

- A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460.
- Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória.
- O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.
- Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido.

*noticiado no Informativo 821

RE N. 723.651-PR

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IMPORTAÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO – CONSUMIDOR FINAL. Incide, na importação de bens para uso próprio, o Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final.

*noticiado no Informativo 813

RE N. 598.572-SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ASSEMBLADAS. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE 2,5%. ART. 22, §1º, DA LEI 8.212/91. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a lei complementar para instituição de contribuição social é exigida para aqueles tributos não descritos no altiplano constitucional, conforme disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição da República. A contribuição incidente sobre a folha de salários esteve expressamente prevista no texto constitucional no art. 195, I, desde a redação original. O artigo 22, § 1º, da Lei 8.212/91 não prevê nova contribuição ou fonte de custeio, mas mera diferenciação de alíquotas, sendo, portanto, formalmente constitucional.

2. Quanto à constitucionalidade material, a redação do art. 22, § 1º, da Lei 8.212 antecipa a densificação constitucional do princípio da igualdade que, no Direito Tributário, é consubstanciado nos subprincípios da capacidade contributiva, aplicável a todos os tributos, e da equidade no custeio da seguridade social. Esses princípios destinam-se preponderantemente ao legislador, pois nos termos do art. 5º, *caput*, da CRFB, apenas a lei pode criar distinções entre os cidadãos. Assim, a escolha legislativa em onerar as instituições financeiras e entidades equiparáveis com a alíquota diferenciada, para fins de custeio da seguridade social, revela-se compatível com a Constituição.

3. Fixação da tese jurídica ao Tema 204 da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis, após a edição da EC 20/98.”

4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

*noticiado no Informativo 819

AG. REG. NO ARE N. 948.578-RS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.

RECURSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação de honorários recursais, preconizados no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015, quando tratar-se de extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua.

*noticiado no Informativo 831

HC N. 125.016-SP

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: Estatuto da Criança e do Adolescente. *Habeas Corpus* Incidência da Súmula 691/STF. Ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Medida de Internação. Ordem concedida de ofício.

1. Não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar questão de direito não apreciada definitivamente pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 691/STF).

2. A conduta praticada pelo paciente não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, não se comprovou o cometimento de outras infrações graves ou mesmo o descumprimento de medida anteriormente imposta. Interpretação do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, exclusivamente com relação ao paciente, para que seja fixada medida socioeducativa diversa da internação.

*noticiado no Informativo 818

Acórdãos Publicados: 346

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Presunção de Inocência – Direito Fundamental – Execução Provisória da Condenação – Inconstitucionalidade (Transcrições)

HC 135.100-MC/MG

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: “*HABEAS CORPUS*”. **CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. “REFORMATIO IN PEJUS”. VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, “in fine”). DECRETAÇÃO. “ex officio”, DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (“CARCER AD POENAM”). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO. PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **acha-se substanciada** em acórdão assim ementado:

“**PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.**

AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ‘HABEAS CORPUS’ NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe ‘*habeas corpus*’ substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme recente decisão do Plenário da Suprema Corte, no julgamento do HC n. 126.292/SP, ‘a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência’. Logo, esgotadas as instâncias ordinárias, fica autorizado o recolhimento do réu para o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, mesmo que pendente o trânsito em julgado da condenação.

3. ‘*Habeas corpus*’ não conhecido. **Fica sem efeito a liminar anteriormente deferida.**”
(HC 348.598/MG, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS – grifei)

Busca-se, nesta sede processual, “a concessão da presente Ordem de ‘*Habeas Corpus*’ em caráter LIMINAR, no intuito de que seja imediatamente recolhido o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente (...)”.

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a postulação cautelar em causa. E, ao fazê-lo, verifico que o exame dos fundamentos em que se apoia esta impetração parece evidenciar, ao menos em juízo de estrita delibação, a plausibilidade jurídica da pretensão ora deduzida pelos autores do presente “*writ*”.

Com efeito, o exame dos autos revela que se teria registrado, na espécie, possível ofensa, por parte do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à cláusula legal que veda a “*reformatio in pejus*” (CPP, art. 617, “in fine”), eis que, em recurso exclusivo do réu, ora paciente, ordenou-se medida claramente lesiva à situação jurídica do sentenciado, que sofreu grave constrição imposta ao seu “*status libertatis*”.

Mais do que isso, o acórdão emanado do colendo Tribunal de Justiça local parece haver transgredido postulado essencial à configuração do processo penal democrático, ao inverter a fórmula da liberdade, que se expressa na presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), degradando-a à inaceitável condição de “*presunção de culpabilidade*”, como resulta de fragmento do voto proferido pelo eminente Desembargador Eduardo Machado, Revisor da apelação criminal interposta, exclusivamente, pelo ora paciente (Apelação Criminal nº 1.0024.09.707833-1/004, na parte em que deixou assentada orientação que prevaleceu no julgamento de mencionado recurso:

“Assim, a meu ver, o acusado, inicialmente é, de fato, presumidamente inocente. Entretanto, finalizada a instrução criminal e sobrevindo a sentença condenatória, esta presunção deve ser invertida. Ou seja, o acusado passa de presumidamente inocente para presumidamente culpado, incumbindo-lhe o ônus de provar o contrário.

Desta forma, não há que se falar em ofensa ao princípio de presunção de inocência (...)” (grifei)

Com essa inversão, o acórdão local entendeu suficiente à nulificação da presunção constitucional de inocência a mera prolação, já em primeira instância (como o evidencia o trecho do voto que venho de reproduzir), de sentença penal condenatória recorrível, em frontal colisão com a cláusula inscrita no inciso LVII do art. 5º de nossa Lei Fundamental, que erigiu o trânsito em julgado da condenação criminal em fator de legítima descaracterização do postulado do estado de inocência.

Não constitui demasia reafirmar que, em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII).

E a razão é simples: a presunção de inocência apoia-se nos fundamentos que estruturam o próprio modelo político-jurídico conformador do Estado Democrático de Direito, no qual as imputações criminais jamais se presumem provadas, como esta Suprema Corte tem reiteradamente advertido em seu magistério jurisprudencial:

“AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

– Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou para o réu, com a falta de pudor que

caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.”

(HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.

Na realidade, a presunção constitucional de inocência qualifica-se como importantíssima cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem enfatizado a jurisprudência desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Mesmo que não se considere o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostra inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou RESP), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral.

Concluindo: tenho por inquestionável a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar ora em exame.

Evidente, de outro lado, o perigo da demora, eis que se revela iminente a possibilidade de cumprimento do mandado de prisão cuja expedição foi ordenada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de “habeas corpus”, suspender, cautelarmente, a execução do mandado de prisão expedido contra o ora paciente na Apelação Criminal nº 1.0024.09.707833-1/004, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão de Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano em decorrência da condenação criminal que lhe foi imposta no Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024 (1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG), sem prejuízo da manutenção das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas pelo magistrado de primeira instância.

Caso o ora paciente já tenha sido preso em razão do decreto condenatório proferido nos autos do Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024 (1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG), deverá ser ele posto imediatamente em liberdade, se por al não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 348.598/MG, ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal nº 1.0024.09.707833-1/004) e ao Senhor Juiz-Presidente do 1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG (Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024.

Publique-se.

Brasília, 01 de julho de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

1º a 5 de agosto de 2016

Lei nº 13.329, de 1º.8.2016 - Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 147, p. 1, em 2.8.2016.

Lei nº 13.330, de 2.8.2016 - Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 148, p. 2, em 3.8.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

1º a 5 de agosto de 2016

Decreto nº 8.833, de 4.8.2016 - Promulga a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, firmada pela República Federativa do Brasil, em Cidade da Praia, em 23 de novembro de 2005. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 150, p. 2, em 5.8.2016

Informativo 834

SUMÁRIO

Plenário

Repercussão Geral

Contas de prefeito e competência para julgar - 2

Contas de prefeito e competência para julgar - 3

1ª Turma

Busca e apreensão, violação de correspondência e de domicílio

Extradicação de brasileiro naturalizado

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga - 2

PAD: prova emprestada e nulidade

2ª Turma

Nomeação de secretária parlamentar e configuração do crime de peculato

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

CNJ - Deliberação - Restrição a Direitos - Ausência de Notificação ao Prejudicado - Inadmissibilidade (MS)

34180-MC/DF)

Outras Informações

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL

Contas de prefeito e competência para julgar - 2

A competência para apreciação das contas dos prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, para os fins da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar 64/1990, é das câmaras municipais com o auxílio dos tribunais de contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores, nos termos do art. 31, § 2º, da CF. Essa a conclusão do Plenário ao dar provimento, por maioria, ao RE 848.826/DF.

No recurso extraordinário em questão, discutia-se a definição do órgão competente para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas: se do Poder Legislativo ou do tribunal de contas.

O Colegiado considerou legítima a candidatura de deputado que tivera o registro indeferido pela justiça eleitoral em razão da rejeição, pelo tribunal de contas, de contas relativas a sua atuação como ordenador de despesas quando era prefeito municipal — v. Informativo 833.

Ponderou que a câmara municipal representaria a soberania popular, o contribuinte e, por isso, teria a legitimidade para o exame. Observou que, nos termos do Decreto-lei 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, a câmara legislativa teria, inclusive, poder de verificar os crimes de responsabilidade, entre os quais o de malversação do dinheiro público.

Vencidos os Ministros Roberto Barroso (relator), Teori Zavaski, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, que negavam provimento ao recurso.

Destacavam que o ato de fiscalizar a Administração Pública compreende o exame da prestação de contas de duas naturezas: contas de governo e contas de gestão. Assentavam que a competência para julgamento seria atribuída à casa legislativa ou ao tribunal de contas em função da natureza das contas prestadas e não do cargo ocupado pelo administrador.

Esclareciam que as contas de governo, também denominadas de desempenho ou de resultado, objetivariam demonstrar o cumprimento do orçamento dos planos e programas de governo. Referir-se-iam, portanto, à atuação do chefe do Poder Executivo como agente político. Pontavam que a Constituição reserva à casa legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do tribunal de contas, conforme determina o art. 71, I, da Constituição.

Por sua vez, as contas de gestão, também conhecidas como contas de ordenação de despesas possibilitariam o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que comporia a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade. Por isso, a competência para julgá-las em definitivo seria do tribunal de contas, sem a participação da casa legislativa, conforme determina o art. 71, II, da Constituição.

Consignavam que essa sistemática seria aplicável aos estados-membros e municípios por força do art. 75, “caput”, da Constituição.

RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.8.2016. (RE-848826)

RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.8.2016. (RE 729744)

Contas de prefeito e competência para julgar - 3

Ao analisar o RE 729.744/MG, apreciado conjuntamente com o RE 848.826/DF (acima noticiado), a Corte, por decisão majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário.

No caso, a controvérsia diz respeito à competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito, sendo o parecer prévio do tribunal de contas meramente opinativo.

O Plenário manteve o deferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito que tivera suas contas rejeitadas pelo tribunal de contas estadual.

Frisou que, no tocante às contas do chefe do Poder Executivo, a Constituição conferiria ao Poder Legislativo, além do desempenho de funções institucionais legiferantes, a função de controle e fiscalização de contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolveria por meio de processo político-administrativo, cuja instrução se iniciaria na apreciação técnica do tribunal de contas.

No âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constituiria uma das prerrogativas institucionais da câmara dos vereadores, exercida com o auxílio dos tribunais de contas do estado ou do município, nos termos do art. 31 da CF.

Ressaltou que a expressão “só deixará de prevalecer”, constante do § 2º do citado artigo, deveria ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para a rejeição do parecer emitido pela corte de contas.

O Tribunal avaliou que, se caberia exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Executivo, com mais razão não se poderia conferir natureza jurídica de decisão, com efeitos imediatos, ao parecer emitido pelo tribunal de contas que opinasse pela desaprovação das contas de prefeito até manifestação expressa da câmara municipal.

O entendimento de que o parecer conclusivo do tribunal de contas produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da casa legislativa, ofenderia a regra do art. 71, I, da CF. Essa previsão dispõe que, na análise das contas do Chefe do Poder Executivo, os tribunais de contas emitiriam parecer prévio, consubstanciado em pronunciamento técnico, sem conteúdo deliberativo, com o fim de subsidiar as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, que não estaria obrigado a se vincular à manifestação opinativa daquele órgão auxiliar.

O ordenamento jurídico pátrio não admitiria o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de permitir-se à câmara municipal delegar ao tribunal de contas, órgão auxiliar, competência constitucional que lhe seria própria, além de criar-se sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição.

Do mesmo modo, não se conformariam com o texto constitucional previsões normativas que considerassem recomendadas as contas do município nos casos em que o parecer técnico não fosse emitido no prazo legal e permitissem às câmaras municipais o seu julgamento independentemente do parecer do tribunal de contas.

Ademais, seria importante sublinhar que, na apreciação das contas anuais do prefeito, não haveria julgamento dele próprio, mas deliberação sobre a exatidão da execução orçamentária do município. A rejeição das contas teria o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do prefeito, nos termos do art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar 64/1990. Não se poderia admitir, dentro desse sistema, que o parecer opinativo do tribunal de contas tivesse o condão de gerar tais consequências ao chefe de Poder local.

Ressaltou, entretanto, que, no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que proviam o recurso. Aduziam que o parecer prévio emitido pelo tribunal de contas apenas deixaria de prevalecer por decisão de dois terços dos membros do Poder Legislativo local. Esse documento, então, passaria a produzir efeitos integralmente a partir de sua edição. A eficácia cessaria, porém, se e quando apreciado e rejeitado por deliberação dos vereadores. Analisou que entendimento contrário teria a consequência prática de tornar o parecer emitido pelo órgão competente um nada jurídico, dado o efeito paralisante de omissão do Poder Legislativo.

Em seguida, o Tribunal suspendeu o julgamento e deliberou fixar a tese da repercussão geral em outra assentada.

RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.8.2016. (RE-848826)

RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.8.2016. (RE 729744)

PRIMEIRA TURMA

Busca e apreensão, violação de correspondência e de domicílio

A Primeira Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” em que se discute a validade de atos realizados durante investigação pela suposta prática de falsidade documental.

No caso, procurador do Ministério Público do Trabalho teria forjado a assinatura da procuradora-chefe, em promoção formulada por si próprio. O relator do inquérito deferira diligência requerida pelo “Parquet” apenas em relação ao equipamento usado pelo indiciado, com a finalidade de averiguar se a promoção fora lá elaborada. Quando do cumprimento do mandado, o procurador-chefe substituto autorizara a arrecadação também do computador do gabinete da chefia da Procuradoria Regional. A defesa insurge-se contra a apreensão desse equipamento, o que transbordaria os limites do mandado, bem assim contra a impossibilidade de indicar assistente técnico e de formular quesitos nessa fase inquisitorial. Além disso, sustenta que se teria procedido à análise do equipamento utilizado pelo recorrente de forma indevida, porque verificada sua correspondência eletrônica lá armazenada, em violação ao art. 5º, XII, da CF.

O Ministro Marco Aurélio (relator) proveu parcialmente o recurso, para anular a apreensão e a perícia feitas em computador diverso do usado pelo recorrente. Determinou, também, o desentranhamento do processo. Além disso, reconheceu, no mais, a validade da perícia realizada no equipamento utilizado pelo acusado e assentou inexistir, no inquérito, direito da defesa à indicação de assistente técnico e à formulação de quesitos.

Assentou que o art. 5º, XII, da CF tutela o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e telefônicas. A referência a dados abrange a transmissão e o armazenamento, ambos passíveis de afastamento, por decisão judicial, na forma da lei, para fins penais.

Por sua vez, a inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI), alcança bens públicos de uso especial, como gabinetes, por serem o centro da vida privada laborativa de seus integrantes. Nesse sentido, o art. 150 do CP, ao tipificar a invasão de domicílio, esclarece que se tutela, também, compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade. Além disso, o art. 245 do CPP disciplina a forma de execução da busca domiciliar, e o art. 246 do mesmo diploma afirma que idêntica cautela engloba a busca em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

No caso, o “Parquet” requerera a busca, a apreensão e a perícia nos computadores utilizados pelo recorrente e pela procuradora-chefe. Fora deferido o pedido apenas em relação ao primeiro, com o exclusivo fim de verificar se a promoção supostamente adulterada fora redigida no respectivo equipamento. O procurador-chefe substituto, ao entregar voluntariamente à polícia o computador utilizado pela titular, afastando a inviolabilidade do gabinete e o sigilo de dados dela, dispusera-se de direito alheio. Descabe invocar a teoria do órgão ou a natureza pública do equipamento, porquanto o conteúdo da máquina não diz respeito ao órgão, e sim à pessoa da procuradora que a manipulava. O acesso é possível, mas por ordem judicial. Se, por outro lado, a própria procuradora-chefe tivesse anuído à apreensão do computador, a situação seria diversa.

Destacou entendimento do STF segundo o qual os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão não de estar no ato que a determine, sem possibilidade de delegar a extensão à autoridade policial (CPP, art. 243, I e II). Nesse sentido, o mandado sob enfoque implementara a arrecadação do computador do recorrente com objetivo único e delimitado: verificar se certa promoção ministerial fora realizada no equipamento. O exame e a perícia dos dados armazenados na máquina se coadunam com o determinado pelo magistrado. A busca na caixa postal eletrônica do recorrente, para identificar se houvera o endereçamento da referida peça processual e, se positiva a resposta, o destino, não discrepa da finalidade da diligência. Nesse aspecto, a inviolabilidade de correspondência subsiste enquanto ela estiver em trânsito, porque uma vez recebida pelo destinatário, transforma-se em documento, passível de apreensão (CPP, art. 240, § 1º, “f”). Considerada a natureza documental ou de dados das mensagens contidas na caixa postal, a inviolabilidade é perfeitamente passível de afastamento por ordem judicial.

No que se refere ao direito do recorrente de indicar assistente técnico (CPP, art. 159, § 5º, II), há de ser exercido durante o curso do processo, e não no inquérito. Uma vez admitida a assistência, a intervenção desenvolve-se após a conclusão dos exames e elaboração dos laudos periciais. A formulação de quesitos pela defesa obedece lógica idêntica. Inexiste, pois, prejuízo ao recorrente, porque é viável postular essas diligências durante a ação penal. O caráter inquisitório da persecução na fase investigatória persiste, inclusive nos feitos submetidos à Lei 8.038/1990.

Em divergência, o Ministro Edson Fachin desproveu o recurso. Entendeu que, na hipótese, o fato de ter havido a entrega espontânea dos computadores traduz peculiaridade. Além disso, não cabe falar em violação ao direito à intimidade, por se tratar de material disponibilizado, inclusive, para o serviço público.

Ademais, no que diz respeito à suposta violação do sigilo de correspondência eletrônica, não houvera quebra da troca de dados, mas sim acesso aos dados registrados nos computadores.

Sublinhou, também, no que se refere ao cerceamento de defesa por indeferimento de diligência no curso da investigação, não ser o momento próprio para se invocar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Lembrou, inclusive, que a denúncia já fora recebida.

Em seguida, pediu vista a Ministra Rosa Weber.

RHC 132062/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 9.8.2015. (RHC-123062)

Extradicação de brasileiro naturalizado

É possível conceder extradicação para brasileiro naturalizado envolvido em tráfico de droga (CF, art. 5º, LI). Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, afastou a alegada deficiência na instrução do pedido e deferiu a extradicação. Na espécie, o extraditando fora condenado no Estado Requerente (França) à pena de três anos pela prática dos crimes de transporte, posse, aquisição e exportação de produtos estupefacientes, em observância da exigência contida no art. 36, II, “a”, da Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes de 1961.

Não existiriam nos autos notícias de que os fatos correlacionados teriam dado início à persecução penal no Brasil. A medida constritiva do nacional francês fora efetivada em 9.7.2013 e, em 25.7.2013, a prisão preventiva fora substituída por medidas cautelares (uso de tornozeleiras eletrônicas, entrega do passaporte, proibição de ausentar-se do Estado-Membro sem autorização judicial e compromisso de comparecer semanalmente ao competente juízo da vara federal).

De início, a Turma destacou a qualidade invulgar do trabalho profissional do extraditando que, em trinta anos de residência no Brasil, dedicara-se a atividade de grande relevância cultural para o País.

Apontou a regularidade formal do pedido, que está devidamente instruído com a documentação prevista no art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e no art. 10 do Tratado de Extradicação. Consignou que os fatos criminosos do pedido extradicionário não possuem conotação política e que o presente feito reveste-se de natureza executória. Assentou que, conforme informações da autoridade solicitante, o crime não estaria prescrito pela legislação francesa, tampouco pela brasileira. Ressaltou que, consideradas a data do crime (meados de 2009), a publicação da sentença condenatória (26.10.2010)

e a pena em concreto (três anos de reclusão), o prazo prescricional de oito anos, nos termos do art. 109, IV, c/c art. 110, do CP, observados os respectivos marcos interruptivos (art. 117 do CP), teria lugar somente em 26.10.2018. De qualquer forma, a alínea “e” do art. 4 do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a França aponta “a interrupção da prescrição no momento do recebimento do pedido no Estado requerido”, o que se deu em 7.11.2011 (data de recebimento do pedido de extradição pelo Ministério das Relações Exteriores).

Para a Turma, ao isolar cada conduta do tipo misto alternativo do tráfico de drogas, a pena mínima prevista é de cinco anos (Lei 11.343/2006, art. 33) e o prazo prescricional de 12 anos (CP, art. 109, III), a delinear, também por esse prisma, a inocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Esclareceu que a existência de circunstâncias favoráveis ao extraditando, como residência fixa, ocupação lícita e família estabelecida no Brasil, com mulher, três filhos e dois enteados, não são obstáculos ao deferimento da extradição.

O Colegiado frisou que, em momento algum, houvera a substituição da prisão preventiva para fins de extradição por prisão domiciliar, mas tão somente por medidas cautelares diversas da prisão. Assim, não se poderia falar em detração da pena privativa de liberdade aplicada ao extraditando, pois ambas as sanções possuiriam natureza e finalidade distintas. Enfatizou que, para fins de detração, não poderia considerar mais do que o período de dezesseis dias, que iriam da prisão preventiva implementada à expedição do alvará de soltura com as medidas alternativas impostas.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, que indeferiram a extradição.

O Ministro Luiz Fux entendia que a situação excepcional de saúde do extraditando autorizara o cumprimento da prisão preventiva na modalidade de prisão cautelar e que a medida constritiva decretada teria completado 3 anos em 9.7.2016. Ponderava que o extraditando estaria preso por tempo superior ao da condenação que lhe fora imposta pela Justiça Francesa, o que inviabilizaria o compromisso pelo Estado requerente de promover a detração, uma vez que não mais sobejaria pena a ser cumprida na França. O Ministro Roberto Barroso acompanhou o voto do Ministro Luiz Fux não pela detração, mas por motivos humanitários previstos no Tratado de Extradicação entre França e Brasil.

Ext 1244/República Francesa, rel. Min. Rosa Weber, 9.8.2016. (Ext-1244)

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga - 2

Em conclusão de julgamento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretendia garantir a nomeação de candidato aprovado em concurso público fora das vagas originalmente previstas no edital. O recorrente sustentava haver direito subjetivo à nomeação, em virtude do advento de posto adicional, ainda na vigência do concurso. Isso decorreria da existência, durante a validade do certame anterior, de tratativas entre os órgãos competentes para a deflagração de novo concurso, bem como de dotação orçamentária e da necessidade de criação de novas vagas. Novo concurso fora realizado apenas dois meses depois de expirado o prazo do certame pretérito — v. Informativo 820.

Prevaleceu o voto do Ministro Edson Fachin. Consignou que o prazo de validade do concurso em que aprovado o recorrente expirara antes da abertura do novo certame, a significar que o caso não se amoldaria ao precedente firmado pelo Plenário no RE 837.311/PI (DJe de 18.4.2016). Na ocasião, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixara a tese de que a existência de direito subjetivo à nomeação está ligada ao surgimento de nova vaga durante a validade do certame. A mera existência de tratativas sobre a inauguração de novo concurso permite inferir, apenas, sobre a existência de vaga, mas não gera direito líquido e certo.

O Ministro Roberto Barroso destacou, ainda, que a suposta vaga decorreria da aposentadoria de um servidor, mas não houvera manifestação do órgão competente quanto à disponibilidade orçamentária para que o cargo fosse provido, de modo a não se poder falar em preterição arbitrária.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que dava provimento ao recurso.

RMS 31478/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 9.8.2016. (RMS-31478)

PAD: prova emprestada e nulidade - 2

A prova colhida mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal pode ser utilizada para instruir procedimento administrativo punitivo. Essa a conclusão da Primeira Turma ao negar provimento, por maioria, a recurso ordinário em mandado de segurança no qual se pretendia a declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar.

Na espécie, servidor público federal que fora demitido por ato de improbidade administrativa questionava: a) defeitos na formação da comissão de inquérito e no termo de indiciamento; b) cerceamento de defesa proveniente da falta de intimação de relatório final; c) impossibilidade de compartilhamento de prova colhida em ação penal; e d) ausência de transcrição integral de dados obtidos por meio de interceptação telefônica — v. Informativo 800.

A Turma apontou a admissibilidade de se emprestar provas provenientes de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, para o processo administrativo disciplinar. Em consequência, assentou a inexistência do direito líquido e certo do recorrente.

Por outro lado, diante da lacuna quanto à existência efetiva do resultado em proveito próprio, cuja liquidez e certeza são requeridas em mandado de segurança, consignou a possibilidade de o recorrente resolver a lide nas vias ordinárias.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que davam provimento ao recurso para, afastadas as provas obtidas a partir de indevido aproveitamento, declarar a insubsistência de portaria da qual resultara a demissão do recorrente do serviço público.

O relator destacava que a quebra do sigilo telefônico fora determinada por órgão judicial para efeito específico, qual seja, investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, descaberia alargar, pela via da interpretação, o campo do preceito em questão, o qual objetiva a concretização da tutela constitucional da intimidade.

Para o Ministro Edson Fachin, não fora comprovado nos autos que o indiciado tivesse levado, pessoalmente, vantagem com a sua conduta.

RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 9.8.2016. (RMS-28774)

SEGUNDA TURMA

Nomeação de secretária parlamentar e configuração do crime de peculato

A Segunda Turma, por maioria, deu provimento a apelação interposta contra sentença penal condenatória para absolver o apelante com fundamento no art. 386, III, do CPP (“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: ... III - não constituir o fato infração penal”).

Na espécie, o recorrente fora condenado em primeira instância — ao tempo em que ainda não detinha foro no STF — pela suposta prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do CP, em razão da contratação, como sua secretária parlamentar, de funcionária de sua própria empresa, que teria continuado no exercício de atividade privada embora recebendo pelos cofres públicos.

Preliminarmente, a Turma não conheceu de petição formulada pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB) e indeferiu seu pedido de intervenção como “amicus curiae”. Afirmou que a agremiação partidária, autoqualificando-se como “amicus curiae”, pretenderia, em verdade, ingressar numa posição que a relação processual penal não admitiria, considerados os estritos termos do CPP.

O Colegiado, ainda, rejeitou pedido da defesa no sentido de que se aumentasse, no caso, o tempo de sustentação oral. A Turma ressaltou que, a despeito da classificação de ação penal originária, impor-se-ia o regime jurídico processual próprio da apelação, sendo aplicáveis, em razão disso, as disposições regimentais atinentes a essa classe recursal.

No mérito, a Turma destacou a necessidade de se analisar o crime de peculato sob a óptica da jurisprudência do STF. No Inq 2.913 AgR/MT (DJe de 21.6.2012), o Plenário concluiu que, em tese, a nomeação de funcionário para o exercício de funções incompatíveis com o cargo em comissão ocupado tipificaria o crime de peculato-desvio (CP, art. 312, “caput”). Já no julgamento do Inq 3.776/TO (DJe de 4.11.2014), a Corte assentara que a “utilização dos serviços custeados pelo erário por funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica de peculato (art. 312, do Código Penal), em razão do princípio da taxatividade (CF, art. 5º, XXXIX)”. O tipo em questão exigiria “apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou outro bem móvel”. Assim, tendo essas premissas em conta, seria a hipótese de se verificar se, na situação em comento, teria havido: a) desvio de serviços prestados por secretária parlamentar à custa do erário, no interesse particular do apelante, fato este penalmente atípico; ou b) utilização da Administração Pública para pagar o salário de empregado particular, fato que constituiria crime.

Contudo, a prova dos autos demonstraria que a pessoa nomeada secretária parlamentar pelo apelante teria, de fato, exercido atribuições inerentes a esse cargo, ainda que também tivesse desempenhado outras atividades no estrito interesse particular do recorrente.

De acordo com o art. 8º do Ato da Mesa 72/1997, da Câmara dos Deputados, o secretário parlamentar tem as seguintes atribuições: “redação de correspondência, discurso e pareceres do parlamentar; atendimento às pessoas encaminhadas ao gabinete; execução de serviços de secretaria e datilográficos; pesquisas; acompanhamento interno e externo de assuntos de interesse do Parlamentar; condução de veículo de propriedade do parlamentar; recebimento e entrega de correspondência, além de outras atividades afins inerentes ao respectivo gabinete”. Essas atribuições, nos termos do art. 2º do referido ato normativo, devem ser desempenhadas no gabinete parlamentar na Câmara dos Deputados ou no Estado-Membro de representação do parlamentar, ou seja, no escritório político do parlamentar.

Nesse contexto, teria ficado comprovado o efetivo exercício de atribuições inerentes ao cargo de secretária parlamentar — atendimento de pessoas que procuravam o deputado federal em seu escritório político — pela pessoa nomeada pelo apelante. Assim, a prova colhida sob o crivo do contraditório autorizaria a conclusão de que a conduta do apelante seria penalmente atípica, uma vez que teria consistido no uso de funcionário público que, de fato, exercia as atribuições inerentes ao seu cargo para, também, prestar outros serviços de natureza privada.

A despeito disso, a emissão de qualquer juízo de valor a respeito da moralidade da conduta verificada ou de seu

enquadramento em eventual ato de improbidade administrativa não caberia no processo em comento, isso tendo em consideração o seu caráter penal.

Vencidos os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia (relatora).

O Ministro Teori Zavascki desprovia a apelação. Mantinha a decisão do Plenário quando do recebimento da denúncia, no sentido do reconhecimento da tipicidade em tese da conduta verificada.

A Ministra Cármen Lúcia (relatora), apesar de também considerar o fato imputado ao recorrente como típico, provia parcialmente o recurso unicamente para reduzir a pena fixada na sentença.

AP 504/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 9.8.2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	10.8.2016	—	5
1ª Turma	9.8.2016	—	184
2ª Turma	9.8.2016	—	122

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 8 a 12 de agosto de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 847.429-SC

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares prestado mediante contrato de concessão. Natureza jurídica da contraprestação do serviço público (taxa ou tarifa).

Possui repercussão geral a questão constitucional relativa à possibilidade de delegação, mediante contrato de concessão, do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares, bem como a natureza jurídica da remuneração de tais serviços, no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 956.304-GO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Direito Constitucional e Administrativo. Abono de permanência. Discussão sobre o momento da suspensão do pagamento do referido benefício, se a partir do protocolo do requerimento da jubilação ou do aperfeiçoamento do ato de aposentadoria. Matéria dotada de repercussão econômica e jurídica. Questão suscetível de repetição em inúmeros processos. Repercussão geral reconhecida.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 964.659-RS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Direito Constitucional e Administrativo. Servidor público. Possibilidade de recebimento de remuneração inferior a um salário mínimo por servidor público que labora em jornada de trabalho reduzida. Repercussão geral reconhecida.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

8 a 12 de agosto de 2016

ADI N. 3.721-CE

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA “F” DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS.

1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de “necessidade temporária de excepcional interesse público” que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica.

2. A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de “a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”; e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art. 3º, § único).

3. As hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparelhamento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe.

4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida.

5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “f” e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará,

com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento.

*noticiado no Informativo 829

ADI N. 4.603-RN

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.450, de 31 de janeiro de 2011, do Estado do Rio Grande do Norte, a qual veda a cobrança, no âmbito daquele Estado, das tarifas de assinatura básica pelas concessionárias prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Violação do art. 22, IV, da Constituição Federal. Precedentes. Inconstitucionalidade formal. Procedência da ação.

1. A Lei nº 9.450/11, do Estado do Rio Grande do Norte, ao proibir a cobrança de assinatura básica dos consumidores e usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, violou o art. 22, inciso IV, da Lei Maior, o qual dispõe ser da União a competência para legislar sobre telecomunicações. Precedentes: ADI nº 2.615/SC, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18/5/15; ADI nº 4.369/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 3/11/14; ADI nº 3.847/SC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 9/3/12; ADI nº 4.478/AP, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 30/11/11).
2. Ação direta julgada procedente.

*noticiado no Informativo 628

ADI N. 4.649-RJ

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.934 de 29 de março de 2011, do Estado do Rio de Janeiro. Possibilidade de utilização, no mês subsequente, dos minutos da franquia não utilizados no mês anterior. Telecomunicações. Competência legislativa privativa da União. Violação do art. 22, IV, da Constituição Federal. Precedentes. Inconstitucionalidade formal. Procedência da ação.

1. A Lei nº 5.934/11 do Estado do Rio de Janeiro, ao dispor acerca da possibilidade de acúmulo das franquias de minutos mensais ofertados pelas operadoras de telefonia, violou o art. 22, inciso IV, da Lei Maior, que confere à União a competência privativa para dispor sobre telecomunicações. Precedentes.
2. Ação direta julgada procedente.

*noticiado no Informativo 642

RHC N. 130.270-BA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APELAÇÃO NA AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou, por analogia, os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte quanto à não admissão do *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional, não conhecendo do *writ* porque substitutivo do recurso especial.
2. A sustentação oral, compreendida no direito à ampla defesa protegido constitucionalmente (art. 5º, LV, da Constituição Federal), configura sem dúvida importante instrumento para seu exercício, ainda que não reconhecida pela jurisprudência do STF como ato essencial à defesa.
3. A intimação para a sessão de julgamento da apelação em nome de advogado regularmente constituído, com poderes para tanto, diante de requerimento para que todos os patronos dela constassem, notadamente o causídico não incluído, não conduz à decretação de nulidade do feito, ausente pedido de sustentação oral e não arguido vício seja nos embargos de declaração, seja nos recursos especial e extraordinário manejados na ação penal. Precedentes.
4. Inviável a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedente.
5. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

Acórdãos Publicados: 268

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

CNJ - Deliberação - Restrição a Direitos - Ausência de Notificação ao Prejudicado - Inadmissibilidade (Transcrições)

MS 34180-MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão **proferida** pelo E. Conselho Nacional de Justiça nos autos do **Procedimento de Controle Administrativo** nº 0002923-38.2014.2.00.0000, cujo **voto vencedor**, proferido pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente, **está assim fundamentado:**

“Bem examinados os autos, é fundamental lembrar inicialmente que remoção e promoção são formas de movimentação do magistrado na carreira. A remoção ocorre no plano horizontal, entre entrâncias de igual classificação, e a promoção no plano vertical, entre entrâncias de diferentes níveis.

Por outro lado, antiguidade e merecimento são critérios de provimento de cargo vago. A antiguidade é medida pelo tempo de carreira do magistrado, enquanto o merecimento é aferido a partir das condições estabelecidas no art. 93, II, 'a', 'b', 'c' e 'e', da Constituição Federal.

No caso dos autos, discute-se, essencialmente, se os magistrados mais antigos na carreira deveriam ter preferência para ocupar cargo novo em detrimento daqueles que estão em entrância de nível inferior. Em outras palavras, importa saber se deve haver precedência da remoção em relação à promoção por antiguidade.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79), recepcionada pela Constituição Federal, é omissa a esse respeito e prevê apenas que:

‘Art. 81. Na Magistratura da carreira dos Estados, ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção’.

De fato, quanto à promoção por antiguidade, não há disposição expressa na LOMAN, o que, de acordo com respeitável corrente adotada por alguns precedentes do CNJ, autorizaria a elaboração de Lei Complementar Estadual sobre a matéria ou mesmo a adoção discricionária, por ato interno do Tribunal local, da remoção para o preenchimento de cargos recém-criados.

No entanto, não se pode ignorar que o Supremo Tribunal Federal já assentou que a movimentação dos magistrados na carreira é matéria reservada à lei complementar de iniciativa do STF (atualmente a LC 35/1979) e que os privilégios concedidos à antiguidade estão todos previstos no texto constitucional, não podendo o legislador ordinário ampliá-los.

Refiro-me especificamente ao julgamento unânime da ADI 2.494/SC, relatada pelo Ministro Eros Grau, cujo voto reproduzo abaixo:

‘A requerente postula a declaração de inconstitucionalidade de preceito que determina a precedência da remoção de Juízes às promoções por antiguidade ou merecimento, no Estado de Santa Catarina. Suscita conflito entre o texto normativo do artigo 192 da Lei n. 5.624 e o artigo 93, ‘caput’, da Constituição do Brasil.

2. Esta Corte, em pronunciamentos reiterados, assentou que, até o advento da lei complementar prevista no artigo 93, ‘caput’, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar n. 35/79, recebida pela Constituição [nesse sentido: ADI/MC n. 2370, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 09.01.2001; ADI n. 1503, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 18.05.2001; ADI n. 1422, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 12.11.1999; ADI n. 2753, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 11.04.2003].

3. Verificou-se no caso, efetivamente, violação do preceito veiculado pelo artigo 93 da CB/88. A lei atacada cuidou de matéria constitucionalmente reservada a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal [artigo 93].

4. Há ainda outra questão a ser analisada. A lei complementar catarinense, ao acrescentar a promoção por antiguidade às hipóteses em que a remoção terá prevalência, fê-lo sem o devido respaldo legal. O artigo 81 da LOMAN estabeleceu que, na Magistratura de carreira dos Estados-membros, ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção.

5. O Supremo entende que os privilégios concedidos à antiguidade estão no texto constitucional, não podendo o legislador ordinário ampliá-los [ADI n. 468, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO DJ de 16/04/1993].

Julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional a Lei Complementar n. 212, que conferiu nova redação ao artigo 192 da Lei n. 5.624/79, do Estado de Santa Catarina’ (...).

Assim, na medida em que é vedado à lei estadual, ou a qualquer outro ato normativo de hierarquia igual ou inferior, complementar a LOMAN a fim de especificar novos critérios de movimentação dos magistrados estaduais na carreira, forçoso concluir que, até que sobrevenha o Estatuto da Magistratura, o art. 81 da LOMAN deverá permanecer hígido, intacto, com seu limite e grau de abrangência circunscritos ao quanto nele estritamente consignado, sendo, pois, vedada a precedência da remoção sobre a promoção por antiguidade aos magistrados estaduais, sob pena de configuração de flagrante ilegalidade.

Isso posto, dou provimento ao recurso para reconhecer a ilegalidade e anular os editais 12, 13 e 15 de 2014, determinando ao TJPI que, no concurso de provimento da 3ª Vara da Comarca de Campo Maior e das 9ª e 10ª Varas Cíveis da Comarca de Teresina, respeite a seguinte ordem: 1) promoção por antiguidade; 2) remoção; e 3) promoção por merecimento.” (grifei)

Esta impetração mandamental sustenta-se, em síntese, nos seguintes fundamentos:

“O CNJ, ao julgar o PCA em questão, alterou a orientação que vinha sendo adotada – firmada em face do próprio TJPI, em outro PCA –, para dar interpretação diversa ao art. 81 da LOMAN, porém, ao fazê-lo, não intimou os magistrados impetrantes, que serão afetados diretamente pela anulação dos respectivos editais em violação ao seu direito líquido e certo ao devido processo legal, assegurado pelo art. 5º, LV, da CF, e pelo art. 94, do RICNJ.

O PCA em questão foi provocado pelo magistrado ULISSES GONÇALVES DA SILVA NETO, juiz de direito da Comarca de Esperantina, de entrância intermediária, que agira motivado pelo indeferimento do seu pedido de inscrição para concorrer ao provimento de uma das vagas objeto dos referidos editais – de entrância final –, pelo critério de promoção por antiguidade.

O TJPI, agindo em conformidade com orientação do CNJ firmada no julgamento do PCA n. 0000920-52.2010.2.00.0000 – proposto e julgado anteriormente em face do próprio TJPI – publicou os editais em questão para provimento de cargos recém-criados da 3ª Vara de Campo Maior e da 9ª e 10ª Varas Cíveis de Teresina.

Seguindo orientação do CNJ no referido PCA (0000920-52.2010.2.00.0000), cuja ementa reproduz-se abaixo para fins didáticos, o TJPI limitou a abertura dos cargos exclusivamente para remoção, por antiguidade:

Diante desse cenário, e de uma tendência, inclusive, na jurisprudência deste eg. STF, no sentido de que a remoção pode preceder à promoção, não só em relação à hipótese aqui tratada – de primeiro provimento de cargo recém-criado –, mas de modo mais amplo, conforme decisão da 1ª Turma deste eg. Supremo no MS 25.125, de relatoria do em. Ministro Dias Toffoli, o em. Conselheiro Fabiano Silveira indeferiu a liminar em decisão de 21.05.2014:

Posteriormente, em 09.07.14, o em. Relator julgou improcedente o pedido, monocraticamente, com base em julgamento do PCA 1021-84.2013, no qual o Plenário do CNJ assentara que diante da omissão da Constituição Federal e da LOMAN, quanto à precedência da remoção em relação à promoção por antiguidade, e vice-versa, porém, considerando a alteração legislativa introduzida pela EC n. 45, ao acrescentar o inciso VIII-A ao art. 93 da CF, não há óbice para que cada Tribunal estabeleça a remoção como forma de provimento preferencial.

Em 04.08.2014, foi interposto recurso administrativo pelo magistrado ULISSES GONÇALVES DA SILVA NETO. Seguiu-se, então, a intimação do TJPI para apresentar suas contrarrazões.

O julgamento do recurso administrativo começou em 7.10.14, com a prolação do voto do em. Relator pela negativa de provimento ao recurso, mas foi suspenso em razão do pedido de vista do em. Ministro Presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski:

O julgamento foi retomado em 6.10.15, com o voto do em. Ministro vistor dando provimento ao recurso, porém, foi novamente suspenso em razão de vista conjunta dos Conselheiros Daldice Santana e Fernando Mattos:

No curso dessa vista, em 27.10.15, o impetrante EDSON ALVES DA SILVA, ao tomar conhecimento do julgamento do PCA, ora impugnado, pelo CNJ, manifestou-se nos autos, informando a sua condição de juiz titular da 10ª Vara Cível de Teresina – para a qual fora removido por antiguidade pelo Provimento 29, de 19.12.14 –, bem como a necessidade de sua intimação e dos demais afetados, em decorrência de interesse direto na desconstituição dos editais e na anulação em cascata dos provimentos que se seguiram entre março de 2014 e a presente data.

Posteriormente, em 09.03.2016, já na iminência da complementação do julgamento – ultimado em 15.03.16 –, o impetrante EDSON ALVES DA SILVA, juntamente com diversos outros magistrados, afetados direta ou indiretamente, apresentaram manifestação conjunta com breves razões de mérito que não foram sequer examinadas pelo CNJ.

Em 15.03.16 foi concluído o julgamento, por maioria, com a prevalência do voto vista do em. Ministro-Presidente, Ricardo Lewandowski,

tendo ficado vencidos os Conselheiros Fabiano Silveira, relator, e Norberto Campelo:

Acontece que o voto vencedor determinou a anulação pura e simples dos editais 12, 13 e 15 de 2014 e determinou ao TJPI que passasse a observar, no concurso de provimento da 3ª Vara da Comarca de Campo Maior Teresina e das 9ª e 10ª Varas Cíveis da Comarca de Teresina: 'a seguinte ordem: 1) promoção por antiguidade; 2) remoção; e 3) promoção por merecimento'. Assim, atingindo diretamente, de modo abusivo e ilegal, a esfera de direito subjetivo dos impetrantes, que são os atuais ocupantes das respectivas varas.

Dá a violação ao direito líquido e certo dos impetrantes ao devido processo legal, assegurado pelo art. 5º, LV, da CF, e pelo art. 94 do RICNJ, na medida em que terão de retornar para suas antigas varas, com desdobramento na esfera de direito subjetivo daqueles que as ocupam atualmente – gerando, a partir daí, um efeito cascata –, ou ficarão no limbo, em disponibilidade até serem reaproveitados, o que violaria inclusive o princípio da inamovibilidade:

Ora, sendo os impetrantes interessados diretamente na anulação dos atos impugnados no PCA, na medida em que seriam e serão afetados na sua esfera de direitos subjetivos pelo seu desfazimento, cabia ao CNJ observar a norma do art. 94 do seu regimento interno, intimando-os para comparecer na instrução do feito, inclusive para o fim de lhes assegurar a apresentação e a consideração de eventuais razões deduzidas pela manutenção do ato.

O chamamento dos ora impetrantes era indispensável, não apenas para formar o devido processo legal, mas igualmente por uma questão de segurança jurídica, para que o CNJ pudesse avaliar de modo concreto os efeitos da anulação dos respectivos editais em situações já estabelecidas e consolidadas, até mesmo para eventual modulação dos efeitos de eventual decisão anulatória.

Tanto mais porque o provimento inicial, por meio de remoção, vem sendo adotado pelo TJPI há pelo menos 5 anos, em decorrência de orientação do próprio CNJ àquela Corte no PCA 0000920-52.2010.2.00.0000. Por conseguinte, a modificação desse cenário de estabilidade de modo abrupto, ainda mais sem sequer intimar aqueles diretamente interessados na manutenção do ato, gera desnecessária e inaceitável insegurança jurídica.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação cautelar deduzida pela parte ora impetrante. E, ao fazê-lo, entendo, em juízo de estrita deliberação, que se acham presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar em referência.

Tenho para mim, sem prejuízo de oportuno exame quanto ao fundo da controvérsia analisado pelo CNJ, referente ao alcance do art. 81 da LOMAN, que o órgão em questão teria deixado de observar a cláusula constitucional inerente ao “due process of law”, pois – segundo sustentam os ora impetrantes – o Conselho Nacional de Justiça “anulou editais de remoção publicados pelo TJPI, em sede se ‘PCA’, sem intimar os juízes diretamente interessados no desfazimento do ato (...)”.

Esse fundamento da impetração mandamental pareceria assumir significativo relevo jurídico, eis que a deliberação ora impugnada nesta causa teria incidido em ofensa ao direito dos impetrantes à fiel observância do devido processo, em razão de não terem sido intimados para intervir no já referido PCA nº 0002923-38.2014.2.00.0000, como determina o art. 94 do RICNJ, não obstante “afetados diretamente pela anulação dos respectivos editais”.

Entendo, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte (RMS 28.517/DF, v.g.), que se impõe reconhecer, mesmo em se tratando de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo ou agentes públicos, de outro.

Cumprido ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, que o Estado, por seus agentes ou órgãos (como o CNJ, p. ex.), não pode, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268 -269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’.

– O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.”

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, pois, que assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção em torno da garantia constitucional do “due process of law”:

“(…) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa

(CF, art. 5º, LV).”

(RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – grifei)

Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do “due process of law”, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o Conselho Nacional de Justiça), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações possam implicar restrição a direitos:

– “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “due process of law”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

– Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).”

(MS 26.358-Agr/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Esse entendimento – que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa – tem o beneplácito do autorizado magistério doutrinário expendido pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“O Processo em Evolução”, p. 82/85, itens ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária), como pode assinalar em decisão por mim proferida, como Relator, no MS 26.200-MC/DF:

“O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza:

‘Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...)

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo.

E isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa, a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do ‘devido processo legal’, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade. O procedimento administrativo configura, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões.

Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos ‘arcana imperii’ dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder.

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.” (grifei)

Não foi por outra razão que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal – ao examinar a questão da aplicabilidade e da extensão, aos processos de natureza administrativa, da garantia do “due process of law” – preferiu decisão que, consubstanciada em acórdão assim ementado, reflete a orientação que ora exponho nesta decisão:

“Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação constituída – Interesses contrapostos – anulação – Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. (...).”

(RTJ 156/1042, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

O exame da garantia constitucional do “due process of law” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral, a precisa lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“Manual de Direito Administrativo”, p. 889, item n. 7.5, 12ª ed., 2005, Lumen Juris):

“(…) O princípio do contraditório está expresso no art. 5º, LV, da CF, que tem o seguinte teor:

O mandamento constitucional abrange processos judiciais e administrativos. É necessário, todavia, que haja litúgio, ou seja, interesses conflituosos suscetíveis de apreciação e decisão. Portanto, a incidência da norma recai efetivamente sobre os processos administrativos litigiosos.

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades. Mas outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações. (...)” (grifei)

Sendo assim, em juízo de estrita deliberação, e sem prejuízo de ulterior reexame da pretensão mandamental deduzida na presente sede processual, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a determinar a suspensão cautelar da eficácia da deliberação proferida pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do PCA nº 0002923-38.2014.2.00.0000.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, bem assim à Presidência do E. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

2. Dê-se ciência ao eminente Senhor Advogado-Geral da União (Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, III, e art. 38 c/c o art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, e o art. 6º, “caput”, da Lei nº 9.028/95).

Publique-se.

Brasília, 01 de julho de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe de 1º.8.2016

OUTRAS INFORMAÇÕES

8 a 12 de agosto de 2016

Decreto de 8.8.2016 - Amplia e sistematiza as determinações presidenciais de emprego das Forças Armadas para Garantia da Lei e da Ordem nos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição Extra, p. 1, em 8.8.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

“Impeachment” - Abertura da sessão de pronúncia no Senado Federal - O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, abriu, em 9.8.2016, a sessão de pronúncia realizada no plenário do Senado Federal para decidir se a presidente Dilma Rousseff será levada a julgamento pela suposta prática de crime de responsabilidade em processo de “impeachment”.

Eleição - Presidência - STF - Na sessão plenária de 10.8.2016, a Ministra Cármen Lúcia foi eleita presidente do Supremo Tribunal Federal, assim como o Ministro Dias Toffoli, para o cargo de vice-presidente da Corte, ambos para o biênio compreendido entre 2016 e 2018.

Informativo 835

SUMÁRIO

Plenário

PGR e conflito de atribuição entre órgãos do ministério público

Cobrança de estacionamento de veículos: competência e livre iniciativa

Embargos de declaração e erro material

Anape e legitimidade

Repercussão Geral

Contas de prefeito e competência para julgar - 4

Contas de prefeito e competência para julgar - 5
Concurso público e restrição à tatuagem
Município e taxa de combate a sinistros
Cooperativas de trabalho, terceiros e contribuição ao PIS/Pasep

1ª Turma

Circunstâncias judiciais e “bis in idem”
Progressão de regime: art. 75 do CP ou total da pena imposta - 2
Cooperação jurídica internacional e oitiva de extraditando

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Servidor Público - Transferência - Garantia de Matrícula - Congeneridade das Instituições de Ensino (Rcl 23.849/SP)

Outras Informações

PLENÁRIO

PGR e conflito de atribuição entre órgãos do ministério público

Cabe ao Procurador-Geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do ministério público.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido do não conhecimento da ação e remeteu os autos ao Procurador-Geral da República.

No caso, instaurara-se conflito negativo de atribuições entre ministério público estadual e ministério público federal, para apuração de crime contra o mercado de capitais previsto no art. 27-E da Lei 6.385/1976.

O Tribunal consignou que a competência para a apreciação de conflitos de atribuição entre membros do ministério público, por não se inserir nas competências originárias do STF (CF, art. 102, I), seria constitucionalmente atribuída ao Procurador-Geral da República, como órgão nacional do ministério público.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conheciam da ação.

Pontuavam que a competência seria do STF e que conclusão diversa culminaria por nulificar, de modo absoluto, a autonomia institucional dos ministérios públicos estaduais.

ACO 1567 QO/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 17.8.2016. (ACO-1567)

Cobrança de estacionamento de veículos: competência e livre iniciativa

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 16.785/2011, do Estado do Paraná. O diploma regulamenta a cobrança de estacionamento de veículos no Estado-Membro.

O Ministro Gilmar Mendes (relator), no que acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, concluiu pela inconstitucionalidade formal da lei. Remeteu a precedentes do STF para reafirmar que a disciplina acerca da exploração econômica de estacionamentos privados refere-se a direito civil. Em jogo, portanto, a competência privativa da União (CF, art. 22, I). O Ministro Marco Aurélio também frisou a indevida intervenção da norma na iniciativa privada, a implicar vício material.

Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso acompanhou o relator somente quanto à parte dispositiva, pois assentava a inconstitucionalidade material da norma. Reputou que a lei estabelece parâmetros para cobrança de estacionamento. Logo, trata de direito do consumidor. Porém, ao fazê-lo viola o princípio da livre iniciativa. Votaram nesse mesmo sentido as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Vencidos os Ministros Edson Fachin, que julgava o pleito improcedente, por considerar que a lei cuida de relação de consumo; Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), que o acolhiam parcialmente. Entendiam que a lei, em seus artigos 1º e 2º (“Art 1º. Fica assegurada aos consumidores usuários de estacionamento de veículos localizados no âmbito do estado do Paraná, a cobrança proporcional ao tempo de serviço efetivamente prestado para a guarda do veículo, devendo a proporcionalidade ser calculada de acordo com a fração de hora utilizada, sem prejuízo dos demais direitos em face aos prestadores do serviço. Art. 2º. O cálculo do serviço de estacionamento deverá ser feito de acordo com a efetiva permanência do veículo”), ao tratar de direito do consumidor, o faria de maneira compatível com a Constituição.

ADI 4862/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.8.2016. (ADI-4862)

Embargos de declaração e erro material

O Plenário iniciou a apreciação de embargos de declaração em embargos de declaração nos quais se alega a existência de erro material decorrente da falta de pronunciamento sobre o tema recursal no acórdão que dera provimento a recurso extraordinário.

Na espécie, o voto vencedor do acórdão embargado teria se fundamentado na jurisprudência da Corte acerca tão somente do art. 9º da Lei 7.689/1988, que mantinha a vigência do Finsocial, a despeito da redação do art. 56 do ADCT. Nos segundos embargos de declaração, a União reitera a necessidade de manifestação da Corte sobre a omissão, na medida em que a matéria posta em discussão refere-se à constitucionalidade da íntegra da Lei 7.689/1988, que também instituíra a contribuição social sobre o lucro, bem como a majoração das suas alíquotas.

O Ministro Luiz Fux (relator), deu provimento aos embargos de declaração para corrigir o erro material. Esclareceu que, como daria efeitos infringentes aos embargos declaratórios, teria aberto prazo para ouvir a outra parte.

Lembrou que tanto a contribuição social sobre o lucro (CSLL) quanto ao Finsocial estariam previstas na mesma lei. Apontou que, apesar de próximas, as duas questões não se confundiriam. Enfatizou, ainda, a necessidade de se evitar demandas desnecessárias a serem ajuizadas futuramente com o intuito de desconstituir o acórdão embargado.

Passo seguinte, ao analisar o mérito do recurso extraordinário, o relator destacou não haver inconstitucionalidade na contribuição sobre o lucro líquido instituída pela Lei 7.689/1988.

Consignou que, de fato, a demanda na origem versaria sobre a inconstitucionalidade “in totum” da Lei 7.689/1988, que instituiu a CSLL, bem como sobre a inconstitucionalidade da majoração de suas alíquotas e base de cálculo pelas Leis 7.956/1989 e 7.988/1989, em função do que determinam os artigos 150, III, “a” e 195, § 6º da Constituição.

Quanto à elevação da alíquota da CSLL de 8% para 10%, bem como da sua base de cálculo, que passara a incluir os lucros decorrentes das exportações incentivadas com o advento da Lei 7.856/1989, mencionou entendimento do Plenário no sentido de que, tratando-se de lei de conversão de Medida Provisória, o prazo de noventa dias, a que se refere o artigo 195, § 6º, da Constituição começaria a fluir da data da edição desta última. Ou seja, por ser a Lei 7.856/1989 resultado da conversão da MP 86, de 25.9.1989, tem-se por constitucional a cobrança da majoração da CSLL a partir do ano seguinte, isto é, a partir de 1º de janeiro de 1990 (período base de 1989).

Além disso, a Lei 7.988/1989 apenas teria ratificado a base de cálculo da CSLL já prevista pela Lei 7.856/1989. Assim, não haveria ofensa à anterioridade e nem à irretroatividade na sua aplicação para o lucro apurado no período base de 1989.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

RE 211446 ED-ED/GO, rel. Min. Luiz Fux, 18.8.2016. (RE-211446)

Anape e legitimidade

A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) tem legitimidade ativa para, via arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), questionar dispositivos de lei estadual que estabeleceria a isonomia de vencimentos entre as carreiras de procurador estadual e de delegado de polícia.

Nesse sentido concluiu o Plenário ao, por maioria, dar provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento ao pedido. A Corte frisou que julgados anteriores teriam reconhecido o direito de propositura por parte da Anape. Apontou que a agravante se insurgiria quanto à equiparação de determinada categoria com a de procuradores de Estado, o que afetaria a esfera de interesse jurídico tutelado pela entidade.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Assentava a ilegitimidade ativa da agravante, por falta de pertinência temática.

ADPF 328 AgR/MA, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 18.08.2016. (ADPF-328)

REPERCUSSÃO GERAL

Contas de prefeito e competência para julgar - 4

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

Essa a tese fixada por decisão majoritária do Plenário em conclusão de julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a definição do órgão competente para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age na qualidade de

ordenador de despesas — v. Informativos 833 e 834.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber.

RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 17.8.2016. (RE-848826)

Contas de prefeito e competência para julgar - 5

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

Essa a tese fixada por decisão majoritária do Plenário em conclusão de julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito e, por consequência, a natureza jurídica do parecer prévio do tribunal de contas — v. Informativos 833 e 834.

Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, que acresciam à tese a seguinte expressão: “É inconstitucional a prática dos órgãos legislativos de não julgar essas contas em prazo razoável, quando sobre elas já tenha sido emitido o parecer do Tribunal de Contas”.

Vencido, também, o Ministro Luiz Fux ao fundamento de que, diante da omissão da câmara municipal, prevaleceria o parecer prévio do tribunal de contas.

RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2016. (RE-729744)

Concurso público e restrição à tatuagem

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade de proibição, contida em edital de concurso público, de ingresso em cargo, emprego ou função pública para candidatos que possuam tatuagem.

No caso, o recorrente fora excluído de concurso público para provimento de cargo de soldado da polícia militar por possuir tatuagem em sua perna esquerda.

De início, o Tribunal reafirmou jurisprudência no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso dependeria da sua específica menção em lei formal, conforme preceitua o art. 37, I, da CF (“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”). Desse modo, revelar-se-ia inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecido em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei que disponha sobre a matéria.

No caso concreto, não existiria lei no sentido formal e material no ordenamento jurídico local que pudesse ser invocada para a existência da restrição editalícia que motivara a exclusão do recorrente do certame.

Sob outro enfoque, a mera previsão legal do requisito não levaria ao reconhecimento automático de sua juridicidade. O legislador não poderia escudar-se em pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas. Assim, seriam inadmissíveis e inconstitucionais restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelassem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.

Toda lei deveria respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, pois os obstáculos para o acesso a cargos públicos deveriam estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.

Além disso, não haveria qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. A opção pela tatuagem relacionar-se-ia, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CF, art. 5º, IV e IX).

Na espécie, estaria evidenciada a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, já que seria medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a amparasse. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não poderia ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação em concursos de provas e títulos para ingresso em carreira pública.

Entretanto, tatuagens que representassem obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que pregassem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, poderiam obstaculizar o acesso a função pública. Eventual restrição nesse sentido não se afiguraria desarrazoada ou desproporcional. Essa hipótese, porém, não seria a do recorrente que teria uma tatuagem tribal, medindo 14 por 13 cm.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Pontuava que o tribunal de justiça local, ao

examinar os elementos probatórios, não teria claudicado na arte de proceder. Apontava que o acórdão recorrido não conflitaria com a Constituição.

RE 898450/SP, rel. Luiz Fux, 17.8.2016. (RE-898450)

Município e taxa de combate a sinistros

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade de taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal.

Na espécie, o acórdão recorrido assentara a inconstitucionalidade da taxa por considerar o serviço público por ela financiado de competência estadual. Para a Corte local, haveria a inadequação do custeio, por meio de taxa, em face da ausência de especificidade e divisibilidade do serviço.

O Ministro Marco Aurélio (relator), negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber. O relator consignou ser inconcebível que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, viesse o Município a substituir-se ao Estado, fazendo-o por meio da criação de tributo sob o rótulo de taxa.

Assentou que a atividade precípua do Estado seria viabilizada mediante arrecadação decorrente de impostos. Por sua vez, a taxa decorreria do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Assim, no âmbito da segurança pública no que tange à preservação e combate a incêndios, nem mesmo o Estado poderia instituir validamente taxa.

Em divergência, o Ministro Luiz Fux deu provimento ao recurso. Apontou que a segurança seria responsabilidade de todos e, por isso, “a priori”, não haveria inconstitucionalidade se referida taxa fosse cobrada por Município. Dessa forma, seria constitucional a taxa de combate a sinistro instituída por lei municipal e cobrada exclusivamente pela prestação de serviço público de assistência, prevenção, combate e extinção a incêndio, especificamente em imóveis construídos, nos termos do inciso II do art. 145 da Constituição (“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ... II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”).

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli.

RE 643247/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 19.8.2016. (RE-643247)

Cooperativas de trabalho, terceiros e contribuição ao PIS/Pasep

A receita auferida pelas cooperativas de trabalho decorrente dos atos (negócios jurídicos) firmados com terceiros se insere na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.

Com base nessa orientação, o Plenário acolheu embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes. Na espécie, a embargante — cooperativa prestadora de serviço com terceiros tomadores de serviço — apontou que o recurso extraordinário teria tratado apenas de ato externo das cooperativas de trabalho (v. Informativo 766). Portanto, quando realizassem atos com terceiros, deveriam ser tributadas pelo PIS.

O Plenário reafirmou que a norma do art. 146, III, “c”, da Constituição, que assegura o adequado tratamento tributário do ato cooperativo, seria dirigida, objetivamente, ao ato cooperativo, e não, subjetivamente, à cooperativa. Elucidou que a questão da incidência da contribuição ao PIS não deveria levar em consideração se o ato do qual a receita ou o faturamento se origina seria qualificado como cooperativo ou não. Mas sim, se a sociedade tributada teria praticado o fato gerador dessa exação, se teria auferido receita ou faturamento, tendo em conta suas atividades econômicas e seus objetos sociais.

Assim, a partir da exegese constitucional do que seja o “adequado tratamento tributário do ato cooperativo”, a Corte, para o caso concreto, firmou o entendimento de que a receita ou o faturamento auferidos pelas cooperativas de trabalho decorrentes dos negócios jurídicos praticados com terceiros se inseririam na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.

Por fim, registrou que o tema do adequado tratamento tributário do ato cooperativo será retomado pelo Plenário para dirimir controvérsia acerca da cobrança de contribuições sociais destinadas à seguridade social incidentes, também, sobre outras materialidades, como o lucro, por ocasião do julgamento do RE 672.215/CE, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida.

RE 599362/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 18.8.2016. (RE-599362)

PRIMEIRA TURMA

Circunstâncias judiciais e “bis in idem”

É legítima a utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada a acusado pela prática do crime de concussão.

Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, conheceu e denegou a ordem em “habeas corpus” em que

pleiteado o reconhecimento do “bis in idem”.

A Turma afirmou que seria possível, no que se refere à culpabilidade (CP, art. 59), promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior tendo em consideração a condição de policial civil do agente.

O delito previsto no art. 316 do CP seria de mão própria, porém, presentes as circunstâncias do art. 59 do CP, se poderia levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade, a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público.

Dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública — no caso, uma autoridade policial — obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito comprometeria de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que seria atuar pelo bem comum e pelo bem público. Portanto, aquele que fosse investido de parcela de autoridade pública — fosse juiz, membro do Ministério Público ou autoridade policial — deveria ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido. Assim, a pena aplicada, de 2 anos e 6 meses, não seria desproporcional diante das circunstâncias.

Preliminarmente, o Colegiado exarou entendimento segundo o qual deveriam ser conhecidos os “habeas corpus” nas hipóteses em que fossem substitutivos de recurso extraordinário, como no caso em comento.

Vencidos os Ministros Luiz Fux (relator) e Rosa Weber.

O relator concedia a ordem por entender configurado o “bis in idem”. Já a Ministra Rosa Weber sequer conhecia da impetração em razão da ausência de manifesta ilegalidade ou teratologia.

HC 132990/PE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016.

Progressão de regime: art. 75 do CP ou total da pena imposta - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou prejudicado pedido de “habeas corpus”. Mas, concedeu a ordem, de ofício, para que o juízo da execução verificasse a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71), com a consequente aplicação da Lei 12.015/2009, que unificou os delitos de estupro e atentado violento ao pudor — v. Informativo 803.

Na espécie, o paciente fora condenado em primeira instância pelos delitos de: a) roubo (CP, art. 157, “caput”), à pena de 21 anos de reclusão; e b) estupro e atentado violento ao pudor (CP, artigos 213 e 214, ambos na redação anterior à Lei 12.015/2009), à pena de 44 anos e 4 meses de reclusão.

No “habeas corpus” pleiteava-se a revisão da sanção imposta, tendo em vista os seguintes argumentos: a) os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados na forma simples, não poderiam ser considerados hediondos; e b) todos os cálculos da execução penal deveriam observar o limite máximo de 30 anos, nos termos do art. 75, § 1º, do CP, notadamente porque a CF proíbe a prisão perpétua.

De início, a Turma reconheceu o prejuízo do “writ” impetrado no STF (em 9.9.2009) antes do julgamento do mérito de “habeas corpus” pelo STJ (em 15.12.2009). Nessa decisão, o STJ concedera em parte a ordem para assegurar ao paciente a progressão no regime de cumprimento de pena, observada a fração de 1/6.

Apesar disso, assentou a possibilidade do exame de concessão, de ofício, da ordem de “habeas corpus”.

O Colegiado destacou que a jurisprudência consolidada do STF seria no sentido de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor — tendo em conta o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/1990, ainda na redação dada pela Lei 8.930/1994 —, mesmo que praticados na forma simples, teriam caráter hediondo. Inviável, portanto, a interpretação requerida na impetração.

Outrossim, o Tribunal possuiria reiterados pronunciamentos no sentido de que o limite temporal enunciado no art. 75 do CP — 30 anos — não constituiria parâmetro para o cálculo dos benefícios da execução penal. Assim, tal limite diria respeito exclusivamente ao tempo máximo de efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Logo, não deve ser utilizado para calcular os benefícios da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor teria suscitado intensos debates no âmbito do STF. De modo geral, durante longo período de tempo, a Corte não admitira o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (CP, art. 71) entre os referidos delitos, diante da caracterização do concurso material (CP, art. 69). Essa discussão, contudo, teria perdido relevância com a edição da Lei 12.015/2009, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor. Diante dessa inovação legislativa, o STF teria passado a admitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Contudo, tendo em consideração a impossibilidade de se verificar, no caso em comento, o cabimento do reconhecimento da continuidade delitiva, caberia ao juízo da execução examinar a questão, aplicando-se retroativamente a Lei 12.015/2009.

Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que concediam a ordem em maior extensão, também para que o juízo da execução analisasse a viabilidade da progressão de regime e dos demais benefícios previstos na

LEP, considerado o teto máximo de 30 anos e não o total da pena imposta.

HC 100612/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 16.8.2016.

Cooperação jurídica internacional e oitiva de extraditando

Compete ao STF apreciar o pedido de cooperação jurídica internacional na hipótese em que solicitada, via auxílio direto, a oitiva de estrangeiro custodiado no Brasil por força de decisão exarada em processo de extradição.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que assentara a competência do STJ para julgamento de pedido de cooperação jurídica formulado pelo ministério público português por intermédio da Procuradoria-Geral da República.

A solicitação em comento tem como objeto a oitiva de extraditando custodiado preventivamente em procedimento extradicional cujo requerente é a República da Irlanda. Ocorre que os supostos delitos cometidos pelo extraditando, e que sustentam o processo de extradição, teriam, segundo alegado pelo ministério público de Portugal, repercussão também nesse país.

A Turma afirmou que não incidiria, na espécie, o conjunto de regras atinentes à carta rogatória, mas sim as regras que dispõem sobre o auxílio direto (CPC, artigos 28 a 34). Tal auxílio consistiria na obtenção de providências em jurisdição estrangeira, de acordo com a legislação do Estado requerido, por meio de autoridades centrais indicadas em tratado internacional. Prescindiria, ademais, do juízo de delibação a ser proferido pelo STJ.

Tratando-se, no caso, de produção probatória e oitiva de testemunho — o que, na seara da assistência jurídica internacional, não demandaria o mecanismo da carta rogatória e do respectivo “*exequatur*” — incidiria a regra do art. 28 do CPC (“Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”).

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que desprovia o recurso.

Pet 5946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	17.8.2016	18.8.2016	29
1ª Turma	16.8.2016	—	41
2ª Turma	—	—	—

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 15 a 19 de agosto de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 959.489-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, DA CF/88). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF/88).
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

15 a 19 de agosto de 2016

ADI N. 3.721/CE

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA “F” DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS.

1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de “necessidade temporária de excepcional interesse público” que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica.
2. A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de “a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”; e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art. 3º, § único).
3. As hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparelhamento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe.
4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida.
5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “f” e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento.

*noticiado no Informativo 829

EMB. DECL. NO AG. REG. NO RE N. 929.925/RS

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO PROPORCIONAL DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ORIUNDOS DE SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO COLETIVO. POSSIBILIDADE. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

*noticiado no Informativo 829

RE N. 567.708-SP

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO SOBRE PARCELA DE IMÓVEL. VALOR INDENIZATÓRIO. LUCRO CESSANTE E DEPRECIÇÃO DA PROPRIEDADE REMANESCENTE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA. ALEGADA UTILIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL TIDO POR IMPRESTÁVEL: OFENSA AO PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO AMPARADO NOS ELEMENTOS DE PROVA COLIGIDOS EM LAUDOS TÉCNICOS DIVERSOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. APRECIÇÃO DOS FATOS PROVADOS NO PROCESSO. A MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO RECORRIDO EXIGE O REEXAME DE FATOS E PROVAS: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DESTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

*noticiado no Informativo 817

Acórdãos Publicados: 264

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Servidor Público - Transferência - Garantia de Matrícula - Congeneridade das Instituições de Ensino (Transcrições)

Rcl 23.849/SP*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: Reclamação. Julgamento da ADI 3.324/DF. Decisão impregnada de eficácia vinculante. Garantia de matrícula de agentes públicos (civis ou militares) – e respectivos dependentes – transferidos por motivo de interesse público ou em razão de conveniência da Administração Pública. Acórdão plenário do Supremo Tribunal Federal que assegura matrícula do aluno, qualquer que seja o sistema de ensino, desde que respeitada a congeneridade das instituições de ensino: de instituição particular para instituição particular ou, então, de instituição pública para instituição pública, sendo indiferente, neste último caso, que se trate de instituição federal, estadual, distrital ou municipal. Legitimidade, no caso, de matrícula na USP (de natureza pública estadual) de aluna oriunda de instituição universitária federal (UNIRIO), pelo fato de manter união estável com integrante das Forças Armadas transferido “ex officio” do Rio de Janeiro para São Paulo, em razão de interesse da Administração Pública. Deliberação do Pró-Reitor de Graduação da USP que transgrediu a autoridade do julgamento que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com efeito vinculante, na ADI 3.324/DF. Invalidez do ato reclamado. Reconhecimento, em favor da parte reclamante, de seu direito de ser matriculada na USP. Reclamação julgada procedente.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, na qual se sustenta que o ato ora questionado – emanado do Senhor Pró-Reitor de Graduação da Universidade de São Paulo – teria transgredido a autoridade do julgamento que esta Suprema Corte proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 3.324/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

Aduz a parte ora reclamante, para justificar o alegado desrespeito à autoridade decisória do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, os seguintes fundamentos:

“3. Em 4/1/2016, o companheiro da Reclamante foi redistribuído ‘ex-offício’, do Rio de Janeiro para São Paulo, de acordo com a Ordem de Movimentação nº 02.42814.8/15/CC. E, por força desta redistribuição, o companheiro da Reclamante foi incorporado ao Centro de Coordenação de Estudos da Marinha em São Paulo, e automaticamente matriculado no curso de Engenharia Naval na Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP, em 5/1/2016 (docs. 9 a 11).

Assim, quando a Reclamante já cursava o sexto semestre do curso de Direito da UNIRIO, o seu companheiro foi redistribuído da capital do Estado do Rio de Janeiro para a capital do Estado de São Paulo, onde passou a integrar o Centro de Coordenação de Estudos da Marinha em São Paulo.

4. Por força disto, em 13/01/2016 a Reclamante postulou ao Reitor da Universidade de São Paulo – USP a sua transferência ‘ex-offício’ para o curso de Direito daquela Universidade estadual, o que restou formalizado por meio do Processo nº 16.1.1029.1.8 (doc. 12). Como este pedido foi instruído com declaração formalizada pela Marinha do Brasil no sentido de que (i) a Reclamante mantinha (e ainda mantém) união estável com seu companheiro; e (ii) o seu companheiro, Primeiro-Tenente daquela força armada, havia sido compulsoriamente transferido para São Paulo (doc. 13), postulou-se o deferimento da sua matrícula na Faculdade de Direito da USP. E isso com fundamento no art. 49 da Lei federal nº 9.394/96 e no art. 1º da Lei nº 9.536/97 (...).

Finalmente, em 24/3/2016, o pedido de matrícula formulado pela Reclamante foi apreciado e indeferido pela autoridade Reclamada sob os seguintes fundamentos:

Tendo em vista

a) a decisão normativa proferida pelo Magnífico Reitor nos autos USP nº 2002.1.23973.1.7 (publicada no Diário Oficial do Estado em 18.04.2003), bem como o quanto decidido pela Comissão de Legislação e Recursos (CLR) em sessão ocorrida em 17.05.2005 (autos USP nº 2003.1.15688.1.6)

INDEFIRO o pedido de transferência para a Universidade de São Paulo’ (doc.3).

6. Ao juízo da Reclamante, a decisão proferida pelo Pró-Reitor de Graduação da USP, Prof. Dr. Antonio Carlos Hernandez, contraria o que restou afirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.324, na qual se assentou a constitucionalidade do art. 1º da Lei federal nº 9.536/97. Fundado nestes elementos, a Reclamante suscita a presente reclamação.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a analisar a pretensão deduzida nesta sede reclamationária. E, ao fazê-lo, devo registrar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, quando utilizada, como na espécie, com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante, como sucede com aqueles proferidos em sede de fiscalização normativa abstrata (RTJ 169/383-384 – RTJ 183/1173-1174, v.g.):

“O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.

– O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamationária, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. **Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).**”

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Todos sabemos que a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – ação (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, “apud” Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro DJACI FALCÃO, RTJ 112/518-522) –, configura instrumento de extração constitucional destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “F”), consoante tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Esse instrumento formal de tutela, “que nasceu de uma construção pretoriana” (RTJ 112/504), busca, portanto, em essência, ao lado de sua função como expressivo meio de preservação da competência do Supremo Tribunal Federal, fazer prevalecer o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte (RTJ 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO), especialmente quando revestidos de efeito vinculante, como anteriormente enfatizado:

“Reclamação e preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. **Precedentes. Doutrina.**”

(RTJ 179/995-996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A destinação constitucional da via reclamationária, portanto – segundo acentua, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. IV/393, 2ª ed., Forense) –, além de vincular esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, prende-se ao objetivo específico de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados desta Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação – enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do “imperium” inerente à decisão desrespeitada –, assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/199-200, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva):

“O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como ‘causa finalis’ assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.”

(grifei)

Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, que o descumprimento, por quaisquer juízes, Tribunais, órgãos, entidades **ou** agentes da Administração Pública, **de decisões** proferidas pelo Supremo Tribunal Federal **autoriza a utilização da via reclamatória, vocacionada, em sua específica função processual**, a resguardar e a fazer prevalecer, **no que concerne** à Suprema Corte, **a integridade, a autoridade e a eficácia** dos comandos que emergem de seus atos decisórios, **desde que proferidos com eficácia vinculante, na linha** do magistério jurisprudencial **consagrado** por este Tribunal (**RTJ 187/150-152**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe examinar, de outro lado, se terceiros – que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato – **dispõem, ou não, de legitimidade ativa** para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, **quando promovida com o objetivo de fazer restaurar o “imperium” inerente** às decisões emanadas desta Corte **em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade**.

O **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **a propósito** de tal questão, **ao analisar** o alcance da norma inscrita **no parágrafo único** do art. 28 da Lei nº 9.868/99 (**Rcl 1.880-AgR/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **firmou** orientação **que reconhece a terceiros qualidade para agir, em sede reclamatória, quando necessário** se torne assegurar o **efetivo** respeito aos julgamentos desta Suprema Corte **proferidos** no âmbito de **processos de controle normativo abstrato**:

“(…) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.

– Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele – particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. (…)

(**RTJ 187/151**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, que assiste à parte ora reclamante plena legitimidade ativa “ad causam” para fazer instaurar este processo reclamatório.

Cumpra verificar, agora, se a situação exposta na presente reclamação traduz, ou não, hipótese de ofensa à autoridade do julgamento que o Supremo Tribunal Federal **proferiu, com efeito vinculante, em sede de fiscalização normativa abstrata**.

Observe que os elementos produzidos na presente reclamação **evidenciam** a alegada transgressão à autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal **proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 3.324/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **revelando-se suficientes para justificar, na espécie, o acolhimento** da pretensão deduzida pela ora reclamante.

Com efeito, o Plenário desta Suprema Corte, **ao julgar a ADI 3.324/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (**RTJ 198/64**), **firmou** entendimento **que confere suporte legitimador** à pretensão de direito material deduzida pela parte ora reclamante:

“UNIVERSIDADE – TRANSFERÊNCIA OBRIGATORIA DE ALUNO – LEI Nº 9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de pública para pública –, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública.” (grifei)

Cabe ressaltar, neste ponto, que essa orientação plenária tem-se refletido em sucessivos julgamentos, monocráticos e colegiados, emanados desta Corte (**AI 541.533-ED/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **AI 712.869/RN**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **AI 826.832/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **ARE 701.534/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 3.480/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Rcl 6.425/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **Rcl 7.483-MC/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 495.325-AgR/RR**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RE 575.830/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.), **valendo referir, dentre eles, aquele que, proferido** pela colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **apreciou controvérsia idêntica** à ora versada **nesta causa, em decisão que torna acolhível o pleito formulado** pela parte ora reclamante:

“1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Policial militar. Remoção ‘ex officio’. Matrícula em instituição pública federal. Possibilidade. Agravo regimental improvido. O servidor público estadual, estudante de universidade pública do Estado, removido de ofício, pode ser matriculado em instituição congênere federal, caso não haja vaga na universidade de origem.”

(**RE 464.217-AgR/RN**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

Impende mencionar, ainda, ante a pertinência do seu conteúdo, **fragmento da decisão** que o eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, **defrontando-se com situação jurídica idêntica** à dos presentes autos, **proferiu** no julgamento **da Rcl 11.920/SP**, **de que foi Relator**:

“Assim, conflita com o conteúdo decisório da ADI 3.324 a conclusão que a Universidade de São Paulo insiste em adotar, mesmo após o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre a questão, no sentido de que as universidades públicas estaduais não estariam obrigadas a acolher matrículas de funcionários públicos federais removidos de ofício, ou de seus dependentes, mesmo que egressos de instituições públicas (…). O desrespeito à autoridade da decisão desta Corte se revela, portanto, ao ser criada restrição não constante do texto da lei, tampouco da interpretação que esta Corte lhe atribuiu, porque, conforme demonstrado, apenas a transferência entre universidades privadas e públicas foram consideradas incompatíveis com a Constituição da República.” (grifei)

Em suma: tenho para mim **que os fundamentos subjacentes a esta ação reclamatória ajustam-se aos critérios** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **consagrou** na matéria em análise.

Sendo assim, em face das razões expostas e com apoio em delegação regimental (RISTF, art. 161, parágrafo único, na redação dada pela Emenda Regimental nº 13, de 25/03/2004), **julgo procedente** a presente reclamação, **para invalidar** a decisão administrativa ora reclamada, **proferida** pelo Senhor Pró-Reitor de Graduação da Universidade de São Paulo (**Processo/USP nº 2016.1.1029.1.8**), **determinando, em consequência, seja efetivada a matrícula** da ora reclamante **na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Senhor Pró-Reitor de Graduação da Universidade de São Paulo.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 16 de junho de 2016. (21h30)

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

*decisão publicada no DJe de 21.6.2016

OUTRAS INFORMAÇÕES

15 a 19 de agosto de 2016

Decreto nº 8.835, de 15.8.2016 - Altera o Decreto nº 4.050, de 12 de dezembro de 2001, que regulamenta o art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a cessão de servidores de órgãos e entidades da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 157, p. 2, em 16.8.2016.

Informativo 836

SUMÁRIO

Plenário

Minirreforma eleitoral: participação de minorias em debate e propaganda eleitoral

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - 1

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - 2

1ª Turma

Dispensa de licitação e peculato

2ª Turma

Desmembramento de processo e cerceamento de defesa

Suspensão de convênio e impossibilidade de adesão a plano de saúde

Clipping do DJe

Transcrições

Tóxico - Tráfico - Recurso em Liberdade - Lei de Drogas, Art. 44 - Inconstitucionalidade (HC 132.615/SP)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Minirreforma eleitoral: participação de minorias em debate e propaganda eleitoral

O Plenário, por maioria e em julgamento conjunto, reputou improcedentes pedidos formulados em ações diretas que questionavam os artigos 46, “caput”, e 47, § 2º, I e II, da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 e, por arrastamento, o art. 32, § 2º, da Resolução 23.457/2015 do Tribunal Superior Eleitoral [Lei 9.504/1997: “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: ... Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. ... § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente” e Resolução 23.457/2015 do TSE: “Art. 32. Os debates, transmitidos por emissora de rádio ou de televisão, serão realizados segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento, dando-se ciência à Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 46, § 4º) ... § 2º São considerados aptos, para os fins previstos no § 1º, os candidatos filiados a partido político com representação superior a nove parlamentares na Câmara dos Deputados e que tenham requerido o registro de candidatura na Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 46)”].

O Tribunal, de início, converteu a apreciação de referendo da cautelar em julgamento de mérito (ADI 5.577 MC-

Ref/DF). Na sequência, afirmou que o art. 46, “caput”, da Lei 9.504/1997 asseguraria a participação, nos debates eleitorais, dos candidatos dos partidos políticos com mais de nove representantes na Câmara dos Deputados. Observou que esse seria um critério razoável de aferição da representatividade do partido, pois não obstaría a participação de legendas com menor representatividade nos debates. De fato, a facultaria, a critério das emissoras de rádio e televisão. Frisou que o direito de participação em debates eleitorais — diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão — não teria assento constitucional e poderia sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.

Consignou que os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997 estariam em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional. Tais preceitos estabeleceriam regra de equidade e resguardariam o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias, além de assegurar situação de benefício não odioso àquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. Ademais, o tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulificaria a participação de nenhuma legenda concorrente.

Além disso, a consideração, na distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, da representatividade dos seis maiores partidos políticos de determinada coligação, formada para as eleições majoritárias (Lei 9.504/1997, art. 47, § 2º, I), seria critério que objetivaria equilíbrio na distribuição do tempo de horário eleitoral gratuito. Evitaria, assim, a concentração, em uma coligação majoritária, de dada quantidade de tempo de forma a monopolizar o horário ou a ter um tempo muito maior do que os outros candidatos adversários. A norma impugnada, também, desestimularia a criação de legendas de ocasião, isto é, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral.

Na ADI 5.423/DF e na ADI 5.491/DF, ficou vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, que julgava procedente o pedido quanto ao “caput” do art. 46 para aplicar-lhe efeito repristinatório. Aduzia que a constitucionalidade do dispositivo somente se confortaria com a expressão “com representação na Câmara dos Deputados”, e não com o critério superior a nove deputados. Vencidos, também, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que acatavam o pleito na integralidade. O Ministro Marco Aurélio pontuava que somente a Constituição poderia criar cláusula de barreira. Sublinhava que o tempo de propaganda eleitoral teria sido dividido em benefício da maioria. O Ministro Celso de Mello enfatizava que a Lei 9.504/1997, em sua anterior redação, assegurava a participação de candidatos de partidos com representação na Câmara dos Deputados. Realçava que as cláusulas de exclusão previstas na nova formulação efetivamente atingiriam de modo grave o direito de grupos minoritários.

Na ADI 5.577 MC-Ref/DF, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Celso de Mello, que assentavam a procedência do pleito.

ADI 5423/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24 e 25.8.2016. (ADI-5423)

ADI 5491/DF, rel. Min. Dias Toffoli 24 e 25.8.2016. (ADI-5491)

ADI 5577 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, 24 e 25.8.2016. (ADI-5577)

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato -I

Candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa.

Essa é a conclusão do Plenário que, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 5º do art. 46 da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 [“Art. 46. § 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”].

O Tribunal afirmou que a alteração promovida pela minirreforma deveria ser interpretada no sentido de somente possibilitar que dois terços dos candidatos aptos acrescentassem novos participantes ao debate — candidatos que não tivessem esse direito assegurado por lei e nem tivessem sido previamente convidados pela emissora. Assim, seria possível minorar o risco inverso, o de que o conflito de interesses estivesse na própria decisão da emissora em convidar ou não um candidato para o pleito.

Observou que em pequenas cidades brasileiras ainda seria comum que os veículos de comunicação social estivessem concentrados nas mãos de oligarquias ou de políticos locais. Dessa forma, a solução evitaria tanto que os candidatos quanto as emissoras pudessem intervir de modo ilegítimo na conformação dos participantes dos debates, garantindo-se, de modo pleno, a liberdade de informação, a paridade de armas e a legitimidade do pleito.

Vencida a Ministra Rosa Weber (relatora) e os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Teori Zavascki, que rejeitavam o pedido.

Reputavam que o preceito, no contexto da desigualação, realizaria a igualdade material na disputa política ao valorizar as agremiações detentoras de maior representatividade, enquanto melhor capacitadas a despertar o interesse do eleitorado, acerca dos seus compromissos, programas e ideias, em maior amplitude.

Inverter essa lógica contrariaria a realidade, bem como não se justificaria sob a ótica dos critérios interpretativos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vencidos, também, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que acolhiam o pleito.

Mencionavam que a regra legal questionada teria caráter excludente que vulneraria os postulados fundamentais do sistema político-eleitoral consagrado pela CF. Violaria, ainda, o princípio da igualdade de oportunidades que representaria a garantia básica de igual competitividade, que deveria prevalecer nas disputas eleitorais sob a égide de um modelo democrático. Ponderavam que essa cláusula de exclusão ou restrição atingiria o direito das minorias.

ADI 5487/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, 24 e 25. 8.2016. (ADI-5487)

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato -2

O Plenário iniciou o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto é o mesmo da ADI 5.487/DF (acima noticiada), porém, com pedido de interpretação conforme a Constituição para que o art. 46, “caput” e § 5º, da Lei 9.504/1997 fosse interpretado no sentido de que “ao elaborar as regras aplicáveis aos debates realizados antes do primeiro turno das eleições, os candidatos e partidos aptos a deliberar, nos termos da lei, poderão definir o número de participantes, ainda que em quantitativo inferior ao de partidos com representação superior a nove deputados”.

Com base nos mesmos fundamentos enunciados na mencionada ação direta, os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Edson Fachin e Celso de Mello julgaram improcedente o pedido formulado. Por sua vez, os Ministros Dias Toffoli (relator), Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia acolhiam-no parcialmente. Já o Ministro Marco Aurélio julgou-o procedente na íntegra.

Em seguida, o Tribunal deliberou aguardar a manifestação do Ministro Roberto Barroso, tendo em vista o voto por ele proferido na ADI 5.487/DF.

ADI 5488/DF, rel. Min. Min. Dias Toffoli, 24 e 25.8.2016. (ADI-5488)

PRIMEIRA TURMA

Dispensa de licitação e peculato

A Primeira Turma iniciou o julgamento de ação penal em que se imputa a deputada federal — secretária estadual de educação à época dos fatos — a suposta prática dos delitos descritos nos artigos 89, “caput”, c/c o 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/1993; bem assim no art. 312, c/c o 327, § 2º, ambos do CP.

No caso, a acusada — no período compreendido entre 2002 e 2004 — teria deixado de observar, ante a justificativa de inviabilidade de competição, as formalidades legais em processos de inexigibilidade de licitação. Adquirira livros didáticos diretamente das empresas contratadas, com recursos oriundos dos cofres públicos, beneficiando-as com superfaturamento dos objetos contratuais.

O Ministro Marco Aurélio (relator), no que acompanhado pelo Ministro Edson Fachin, julgou a acusação procedente, para condenar a ré à pena de cinco anos e quatro meses de detenção e multa — no tocante ao crime descrito na Lei 8.666/1993 — e à reprimenda de cinco anos e quatro meses de reclusão e multa — quanto ao delito descrito no Código Penal.

Ressaltou que a justificativa utilizada para a inexigibilidade de licitação fora a inviabilidade de competição. Para dar respaldo a essa alegação, foram consideradas válidas declarações de exclusividade emitidas por entidade não prevista em lei, ou ainda atestados não constantes do respectivo procedimento. Essas cartas de exclusividade não permitiam inferir a inexistência, à época, de outros fornecedores das mercadorias pretendidas. Além disso, inexistiria impedimento ao órgão estadual de efetuar pesquisa de preço em outras praças, ou mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos têm distribuição em todo o território nacional. Logo, não procede a assertiva de que a exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização das pesquisas.

O relator demonstrou que os preços praticados não foram compatíveis com o mercado ou mais vantajosos, mas que houvera significativo sobrepreço, inclusive por meio de aditivos contratuais. Estes eram acompanhados do máximo permitido em lei sobre o preço estabelecido no contrato original, porém, sem dados concretos que justificassem a majoração. Ao contrário, o órgão não negociara os preços, afirmando serem os praticados pelo mercado, sem comprovação.

Em síntese, ocorrera o desvio de dinheiro público, de que tinha posse a denunciada, em benefício das empresas contratadas.

Em divergência, o Ministro Luiz Fux, no que acompanhado pela Ministra Rosa Weber, julgou a acusação improcedente. Salientou a ausência de comprovação de dolo por parte da acusada. Além disso, sublinhou que o suposto instrumento para a prática efetiva do peculato desvio fora a dispensa de licitação. A dispensa, por si só, não configura o crime de peculato, é apenas o delito-meio, atingido pela consunção.

A Ministra Rosa Weber consignou a necessidade de demonstração da existência de dolo específico de lesão ao erário, o que não ocorrera. Lembrou que as contas foram aprovadas pelo TCU, embora com ressalvas, de modo que não se pode concluir pela prática de sobrepreço.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

AP 946/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 23.8.2016. (AP-946)

SEGUNDA TURMA

Desmembramento de processo e cerceamento de defesa

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o trancamento de ação penal instaurada em face de acusada da prática dos crimes previstos nos artigos 288 e 317, § 1º, do CP, e no art. 90 da Lei 8.666/1993.

A impetração sustentava, em síntese, que: a) a denúncia oferecida contra a paciente seria inepta, em razão da carência de descrição dos fatos específicos que pudessem caracterizar os crimes imputados; b) o desmembramento do processo careceria de amparo legal, pois o excessivo número de acusados somente poderia ensejar a cisão processual “quando acompanhada do relevante intuito de não prolongar a prisão processual”, circunstância não comprovada nos autos; e c) a separação dos autos, seguido de posterior reunião, teria acarretado disparidade de armas e cerceamento à defesa, tendo em conta a realização da oitava das testemunhas de acusação em duas oportunidades.

A Turma afirmou que a jurisprudência do STF seria no sentido de que a extinção da ação penal de forma prematura, via “habeas corpus”, somente se daria em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada: a) a atipicidade da conduta; b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou c) a presença de causa extintiva da punibilidade.

Entretanto, a denúncia formulada na espécie exporia de forma individualizada e detalhada como teriam se dado as condutas imputadas à paciente, correlacionando-as aos respectivos tipos penais. Assim, observado o disposto no art. 41 do CPP, ou seja, descrito o fato criminoso, com a indicação dos elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação e, por consequência, instaurar a persecução criminal, não haveria que se falar em inépcia da denúncia ou falta de justa causa para a ação penal.

Outrossim, a insurgência contra o desmembramento do processo também não prosperaria. O juízo de origem justificara tal medida na necessidade de se evitar a “procrastinação da instrução processual e delonga no deslinde da causa”, tendo em conta o número elevado de réus e advogados, o que tornaria praticamente inviável efetivar o bom andamento do feito. Desse modo, o desmembramento do processo, como consectário do excessivo número de acusados, tenderia a imprimir maior celeridade processual, além de racionalizar os trabalhos no âmbito do referido juízo, motivação que observaria o disposto no art. 80 do CPP (“Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”).

Com relação ao alegado cerceamento de defesa e ofensa à paridade de armas após o desmembramento dos autos, o Colegiado destacou que a posterior reunião dos processos teria implicado a superação dessas questões. Ademais, sobre essa matéria específica, o STJ não teria se pronunciado. Logo, o exame no “writ” em comento implicaria supressão de instância.

HC 127288/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 23.8.2016.

Suspensão de convênio e impossibilidade de adesão a plano de saúde

Ante a particularidade do caso, aliada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde, a Segunda Turma concedeu a ordem em mandado de segurança para afastar óbice imposto pelo TCU e permitir que o impetrante fosse admitido no plano de assistência à saúde disponibilizado aos servidores do Instituto de Colonização e Reforma Agrária - Incra, operado pela Geap - Autogestão em Saúde.

No caso, o TCU determinara cautelarmente a suspensão da inclusão de novos beneficiários no plano de saúde dos servidores do Incra tendo em conta aparente irregularidade na celebração do Convênio 1/2013, firmado entre Golden Cross Assistência Internacional Ltda. e Geap - Autogestão em Saúde.

O impetrante, servidor do Incra, ficara afastado dessa autarquia por mais de 18 anos para atuar em outro órgão público federal. Nesse período, fora atendido pelo plano de assistência à saúde da Justiça Federal. Acometido por doença grave, perdera sua capacidade laboral e retornara ao órgão de origem, que o aposentara por invalidez. A aposentadoria, todavia, ocorrera 27 dias após a notícia de suspensão de novas adesões ao plano de assistência à saúde que atendia aos demais servidores do Incra. Assim, o impetrante tivera negado seu pedido de adesão ao plano em comento.

Na impetração sustentava-se a ilegalidade e a arbitrariedade do ato apontado como coator, evocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e o direito do servidor de manter assistência médica na inatividade. Ademais, a supressão do exercício do direito de aderir ao plano de saúde disponibilizado aos demais servidores ativos e inativos do Incra

impediria o acesso ao tratamento médico de sua enfermidade, frustrando direitos fundamentais que visariam resguardar a integridade física, psíquica e moral do servidor.

A Turma afirmou que as peculiaridades da situação em comento justificariam a pretensão judicial deduzida no “writ”, no sentido de se afastar o embaraço imposto ao ingresso do impetrante no plano de saúde, sendo imperioso assinalar a persistente ausência de pronunciamento definitivo do TCU sobre a questão.

A situação referida impusera ao autor do mandado de segurança restrição que não poderia suportar nesse instante de vulnerabilidade, havendo a necessidade de se dar continuidade ao acompanhamento médico para tratamento da neoplasia, o qual não poderia ser descontinuado.

Desse modo, a suspensão provisória da autorização para a adesão do impetrante ao plano de assistência médico-hospitalar Geap - Autogestão em Saúde colidiria com o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, haveria a informações no sentido de que o TCU teria reformado parcialmente a decisão impugnada para, ao menos implicitamente, observar o princípio da dignidade da pessoa humana e preservar o direito à saúde dos beneficiários inicialmente impedidos de ingressar ou permanecer atendidos pelo citado plano de assistência à saúde.

MS 33619/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.8.2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	24.8.2016	25.8.2016	5
1ª Turma	23.8.2016	—	30
2ª Turma	23.8.2016	—	35

CLIPPING DO DJE

22 a 26 de agosto de 2016

MS N. 33.565/DF

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE APLICOU A PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AO IMPETRANTE. EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO PREVISTA NO ART. 103-B, § 4º, V, DA CARTA MAGNA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. HIPÓTESE DE COMUNICABILIDADE NÃO CONFIGURADA. SUSTENTADA INAPTIDÃO DAS PROVAS COLIGIDAS AO PROCESSO DE REVISÃO DISCIPLINAR PARA FUNDAMENTAR O ATO IMPUGNADO. SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA. ILIQUIDEZ DOS FATOS QUE DÃO SUPORTE À IMPETRAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA.

**noticiado no Informativo 830*

RMS N. 28.774/DF

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINSTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada.
2. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante, sendo necessária a demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não ocorreu no presente caso.
3. O acusado em processo administrativo disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/1990).
4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes.
5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

**noticiado no Informativo 834*

HC N. 124.231/SP

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

Ementa: *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE LIMINAR EM TRIBUNAL SUPERIOR. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. POSTERIOR JULGAMENTO DO MÉRITO DO *WRIT* IMPETRADO NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. ALTERAÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL. PREJUDICIALIDADE.

1. A superveniência de sentença penal condenatória que mantém a prisão preventiva anteriormente decretada acarreta a alteração do título prisional e, portanto, prejudica o *habeas corpus* impetrado em face da prisão antes do julgamento.
2. O posterior julgamento do mérito do *writ* impetrado em Tribunal *a quo* prejudica o *habeas corpus* submetido ao STF.
3. *Writ* prejudicado, com revogação da liminar anteriormente deferida. Igualmente prejudicados os pedidos de extensão formulados pelos corréus.

HC N. 130.411/SP

RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

Ementa: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *QUANTUM* DA PENA. AVALIAÇÃO.

OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS NOS ARTS. 33 E 44 DO CP. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei.
2. Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, cumpre observar o regime aberto e deferir a substituição da pena privativa da liberdade pelas restritivas de direitos, conforme artigos 33 e 44 do Código Penal.
3. *Writ* julgado extinto, sem resolução do mérito, mas com concessão da ordem, de ofício, para fixar o cumprimento da pena imposta em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal.

HC N. 132.699/PB

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição da custódia de corrê por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319). Pedido de extensão na forma do art. 580 do CPP. Superveniência de sentença de pronúncia em que se manteve a prisão do paciente e de outros envolvidos com remissão aos fundamentos do decreto originário. Prejudicialidade do *writ* não configurada nessa hipótese. Precedentes. Ausência de identidade entre a situação jurídica do paciente e a da corrê beneficiada. Ordem denegada.

1. A superveniência da sentença de pronúncia em desfavor dos envolvidos no caso, após retificada, mantendo-se não só as medidas cautelares implementadas em favor da corrê, como também a preventiva do paciente e outros com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário, não torna prejudicado o *habeas corpus*, na linha de precedentes.
2. A incidência do art. 580 do Código de Processo Penal pressupõe a identidade de situação jurídica entre o paciente e o agente beneficiado (RHC nº 115.995/PR-Extn, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 5/11/13), o que não ocorre na hipótese retratada, pois não há similitude entre a situação do paciente e a da corrê, cuja motivação para substituir a custódia por medidas cautelares diversas foi de caráter pessoal, vale dizer, participação de menor importância na empreitada criminosa.
3. Ordem denegada.

RHC N. 133.486/RJ

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Tentativa de latrocínio (CP, art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, II) Condenação. Pleito de desclassificação da conduta para o delito de roubo qualificado pela lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3º, primeira parte). Impossibilidade. Recorrente que agiu com *animus necandi*. Resultado morte não alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Conduta que se subsume perfeitamente àquela ensejadora da condenação. Precedentes. Necessário reexame de fatos e provas para se chegar a conclusão diversa das instâncias ordinárias. Inadmissibilidade na via do *habeas corpus*. Precedentes. Recurso não provido.

1. As instâncias de mérito concluíram, ao condenar o recorrente pelo crime de latrocínio tentado (CP, art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, II), que ele agiu com *animus necandi* em relação à vítima e que o resultado morte só não foi alcançado por circunstâncias alheias a sua vontade.
2. Esse entendimento converge com a jurisprudência da Corte, segundo a qual “o crime latrocínio, na modalidade tentada, para a sua configuração, prescinde da aferição da gravidade das lesões experimentadas pela vítima, sendo suficiente a comprovação de que o agente tenha atentado contra a sua vida com *animus necandi*, não atingindo o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade” (HC nº 113.049/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 10/9/13).
3. Para se operar a desclassificação da conduta ensejadora da condenação para a figura do roubo qualificado pela lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3º, primeira parte), necessário seria o reexame de fatos e provas, o que, na linha de precedentes, é incabível em sede de *habeas corpus*.
4. Recurso ao qual se nega provimento.

AG. RG. NA RCL N. 23.310/SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO LIMITADO AO TETO NA ÉPOCA DA CONCESSÃO. DECISÃO EMANADA DE JURISDIÇÃO QUE FEZ INCIDIR A DISCIPLINA DA REPERCUSSÃO GERAL. REGIME DA LEI 8.038/90. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA CORTE. INADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se, no âmbito de vigência do regime processual do CPC/73, no sentido de considerar incabível a reclamação que indique como paradigma recurso extraordinário julgado segundo a sistemática da repercussão geral, sendo admissível apenas a interposição de agravo interno junto ao órgão de origem.
2. É inadequada a utilização da reclamação como sucedâneo de ação rescisória ou dos recursos cabíveis ao tempo da decisão impugnada.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO RMS N. 26.349/DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. SUPRESSÃO DE VANTAGEM DENOMINADA “DIFERENÇA PESSOAL”.

1. *Writ* que impugna decisão do CJF que determinou a cessação do pagamento da parcela denominada “diferença pessoal – Lei nº 9.421/96”. O ato impugnado ampara-se na jurisprudência do TCU, firmada no sentido da ilegalidade da parcela. Incidência da primeira parte da Súmula 473/STF e da jurisprudência desta Corte quanto ao início do prazo decadencial de cinco anos, previsto na Lei nº 9.784/1999.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO ARE N. 958.421/RJ

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DOS VALORES DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – POSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 603.497-RG/MG, REL. MIN. ELLEN GRACIE – REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIÇÃO DE MENCIONADO RECURSO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

AG. REG. NO RE N. 858.979/RS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS DE RELEVANTE CARÁTER SOCIAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

AG. REG. NO ARE N. 959.583/SP

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE À MP Nº 1.523/97. PRECEDENTES.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE 626.489, com repercussão geral reconhecida, (Tema 313 - Aplicação do prazo decadencial previsto na Medida Provisória nº 1.523/97 a benefícios concedidos antes da sua edição), decidiu que o prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória nº 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.
2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.
3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

AG. REG. NA RCL N. 23.644/RS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

1. A reclamação dirigida a esta Corte só é cabível quando sustenta usurpação de sua competência, ofensa à autoridade de suas decisões em contrariedade a Súmula Vinculante (CRFB/1988, arts. 102, I, I, e 103-A, §3º). No segundo e no terceiro casos, exige-se que o pronunciamento tenha efeito vinculante ou, ao menos, que tenha sido proferido em processo subjetivo no qual o reclamante figurou como parte.
2. Inexistência, no presente caso, de situação que configure qualquer das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional.
3. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa prevista no art. 1.021, § 4º e 5º, do CPC/2015.

AG. REG. EM MS N. 33.735/DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR AVOCADO PELO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. PENALIDADES.

1. Decadência da impetração em relação à avocação dos procedimentos administrativos disciplinares. Ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte dias) da ciência do ato, decaí o direito de impetrar mandado de segurança (art. 23 da Lei nº 12.016/2009).
2. A penalidade de suspensão de 90 (noventa) dias foi aplicada por três vezes, pela prática de infrações disciplinares diversas, e não por fato único.
3. A perda do cargo foi expressamente condicionada ao julgamento definitivo de ação civil, a ser proposta pela autoridade competente, em conformidade com o art. 128, § 5º, I, a, da Constituição.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO RMS N. 25.267/DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AVALIAÇÃO DE TÍTULOS.

1. Candidato que pretende computar estágios realizados depois da formatura como “estágio curricular”, para o fim de obter pontuação por títulos previstos em edital de concurso público, já que não havia estágio curricular à época de sua graduação.
2. A banca examinadora valeu-se da Lei nº 6.494/1977 para definir “estágio curricular”.
3. Os critérios adotados por banca examinadora de concurso não devem ser revistos pelo Judiciário, salvo se houver ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que não é o caso. Precedentes.

RCL N. 23.242/PA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECLAMAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO FINANCEIRO. PRECATÓRIOS. REGIME MORATÓRIO DO ART. 97 DO ADCT. EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009. AADDI 4.425 e 4.357. VINCULAÇÃO DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA. OPÇÃO FORMALIZADA PELO PODER EXECUTIVO.

1. Da jurisprudência do STF não se colhe a suspensão da eficácia do regime moratório previsto no art. 97 do ADCT, seja na decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, seja na Questão de Ordem nas AADDI 4.425 e 4.357.
2. O Tribunal Pleno desta Corte manteve a eficácia do regime especial de pagamento de precatórios da EC 62/09 até o termo final assinalado no exercício financeiro de 2020, não distinguindo as modalidades de pagamento de parcela anual, prevista no art. 97, § 1º, II, do ADCT, e a de depósito em conta especial com vinculação de receita corrente líquida, prevista no art. 97, § 1º, I, do ADCT.
3. O Reclamante concretizou normativamente o que lhe competia para aplicar os enunciados constitucionais, de modo que resta hígida a opção de pagamento de precatórios em parcelas anuais, sem vinculação de receita corrente líquida.
4. Reclamação procedente.

Acórdãos Publicados: 323

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Tóxico - Tráfico - Recurso em Liberdade - Lei de Drogas, Art. 44 - Inconstitucionalidade (Transcrições)

HC 132.615/SP*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: Entorpecentes. Tráfico. Quantidade: cocaína (10,61g) e maconha (6g). Associação criminosa para o tráfico. Posse irregular de munição de uso permitido. Condenação penal ainda não transitada em julgado. Interposição de apelação criminal pela paciente. Denegação do

direito de recorrer em liberdade. **Inconstitucionalidade** da cláusula legal que, **fundada** no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, **veda**, aprioristicamente, **a concessão de liberdade provisória**. **Precedente** (Plenário). **Inexistência de obstáculo jurídico à outorga de liberdade provisória**. **Sentença** que, **no capítulo** referente à manutenção da prisão cautelar da paciente, **apoia-se** em fundamentos **que se mostram divorciados dos critérios** adotados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Ausência**, no caso, **de requisitos mínimos de cautelariedade**. **Insubsistência** da prisão cautelar da paciente. **Parecer** da Procuradoria-Geral da República **pela concessão** do “writ” constitucional. **Reconhecimento**, em favor da paciente, **do direito de guardar em liberdade a conclusão** da causa principal **até que nela sobrevenha o trânsito em julgado** da decisão que a encerrar. “**Habeas Corpus**” **deferido**.

– **A privação cautelar** da liberdade individual **constitui medida qualificada pela nota da excepcionalidade**, **somente** se justificando **em situações de real necessidade evidenciadas por circunstâncias concretas efetivamente comprovadas e referidas** na decisão que a decretar, **observados**, sempre, **os pressupostos e os fundamentos a que alude** o art. 312 do CPP. **Precedentes**.

– **Revela-se inconstitucional a cláusula legal que, fundada no art. 44** da Lei nº 11.343/2006 (*Lei de Drogas*), **veda**, aprioristicamente, **a concessão de liberdade provisória nas hipóteses dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação criminosa para o tráfico, entre outros**. **Precedente: HC 104.339/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Pleno**.

– **Impõe-se repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais** consubstanciados **em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores**, muitas vezes, **de linguagem típica** dos partidários do “direito penal simbólico” **ou**, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, **e que, manifestados com o intuito de decretar indevidas prisões cautelares ou de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, gravemente, os grandes princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura** o Estado de Direito, **expondo, com esse comportamento, uma inadmissível visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais** em nosso País. **Precedentes: HC 85.531/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..

DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“PROCESSO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. **Afasta-se o fundamento constante do decreto atinente à vedação da liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas, porquanto se encontra na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: HC nº 104.339**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012.

2. **Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade ‘in concreto’ do delito, indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de ‘conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública’.** A magistrada ressaltou que **‘as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo ‘eppendorfs’, além de 58 ‘eppendorfs’ vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas máscaras e três munições intactas, calibre 12’, tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.**

3. **Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.**

4. **Ordem denegada.”**

(HC 323.026/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

Busca-se, em síntese, na presente sede processual, seja concedida a ordem de “habeas corpus”, para assegurar à paciente o benefício da liberdade provisória.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **ao opinar pela concessão** da ordem de “habeas corpus”, **formulou parecer** que está assim fundamentado:

“O pleito deve ser concedido.

Se não mais subsiste a prisão preventiva obrigatória, não se pode cogitar de categorias de crimes que seriam essencialmente mais graves que outros e, portanto, passíveis da medida. O que a autoriza é a conduta concretamente realizada e as circunstâncias que a envolvem. De outro giro, tampouco há que se cogitar de um modelo abstrato de periculosidade ou de determinadas categorias de pessoas predispostas ao crime, tal como pretendia Lombroso. Também aqui a periculosidade há de ser vista a partir da conduta do agente e de sua história de vida.

No caso, é possível, de imediato, afastar a periculosidade da paciente resultante da quantidade de droga apreendida – 13 porções de cocaína (10,61g) e 1 porção de maconha (6g), visto que não pode ser considerada exorbitante. Além disso, a natureza do segundo entorpecente é considerada de menor teor ofensivo no contexto das drogas hoje proibidas.

De resto, a decisão que decretou a prisão cautelar não apontou, minimamente, conduta do paciente que pudesse colocar em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal.

Além disso, contrariou entendimento firmado por essa Corte no sentido de ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06. E a gravidade abstrata do delito não serve de mote à preventiva, conforme pacífica jurisprudência. (...):

Assim, o parecer é pela concessão da ordem.” (grifei)

Cumprir destacar, inicialmente, que, em consulta aos registros processuais **mantidos** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na “Internet”, **constatei** que o MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Cajuru/SP proferiu, **em 14/06/2016**, sentença condenatória, **impondo** à ora paciente **a pena** de 08 (oito) anos **de reclusão** pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, “caput”, e 35, **ambos** da Lei nº 11.343/2006, **a ser cumprida** em regime **inicialmente** fechado, **e, também, a sanção** de 01 (um) ano **de detenção**, em regime **aberto**, pelo cometimento do ilícito **descrito** no art. 12 da Lei nº 12.826/2003, **mantida a prisão cautelar**, situação processual essa que conduziria ao **não conhecimento** da presente ação de “habeas corpus” **em razão** de fato **superveniente** à impetração do “writ” **resultante** da prolação de condenação criminal, **com recusa** da possibilidade de a paciente em causa recorrer em liberdade.

Ocorre, no entanto, que a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte tem reiteradamente proclamado que não há perda de objeto do “habeas corpus” **quando a sentença condenatória superveniente mantém** a custódia cautelar **pelos mesmos fundamentos** do decreto de prisão preventiva originário, **tal como sucede** na espécie ora em julgamento (**HC 116.491/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 119.183/MG**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 122.939/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 127.860/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 128.278/PR**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, v.g.):

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO ‘MODUS OPERANDI’ E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

1. **O fundamento da necessidade da constrição da liberdade para a garantia da ordem pública foi adotado tanto na decisão de conversão do flagrante em preventiva como no indeferimento do pedido de revogação, permanecendo inalterado no momento da prolação da sentença**

condenatória. *Conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ‘habeas corpus’ fica prejudicado apenas quando a sentença condenatória que mantém o réu preso utiliza fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente.*

2. *Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados pelo juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão parece inadequada na espécie, harmonizando-se a construção da liberdade do Paciente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo ‘modus operandi’ e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar.*

3. *Ordem denegada.”*

(HC 123.304/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

Sendo esse o contexto, **passo a analisar** a pretensão deduzida na presente sede processual. **E, ao fazê-lo, entendo assistir razão** à douta Procuradoria-Geral da República, **eis que os fundamentos** em que se apoia seu douto parecer **ajustam-se, com integral fidelidade**, à orientação firmada **por esta** Suprema Corte.

É que a análise objetiva das razões invocadas na presente impetração revela inquestionável relevo jurídico da pretensão **deduzida** pelo impetrante, **especialmente se se examinar** o conteúdo da decisão **que decretou** (e posteriormente **manteve**) a prisão cautelar da ora paciente, **confrontando-se, para esse efeito, a fundamentação** que lhe deu suporte **com os padrões** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em julgamento.

Eis, no ponto, o teor da decisão que, **emanada** da MMª Juíza de Direito da comarca de Ribeirão Preto/SP (em regime de plantão), **motivou as sucessivas impetrações** de “habeas corpus” **em favor** da ora paciente:

“Tais fatos demonstram a conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública e provocando temeridade social, a fomentar a prática de outras condutas criminosas, inclusive de maior gravidade, tais como furtos e roubos para o sustento do vício, gerando grande risco à tranquilidade social e comprometendo seriamente a ordem pública.

Diante de tais circunstâncias, resta evidente a necessidade da prisão cautelar da indiciada (para manutenção da ordem pública e conveniência da instrução), eis que, se solta, poderá conturbar a instrução criminal e até continuar com a traficância, de modo que incabível, por ora, a concessão da liberdade provisória.

.....
Oportuno, ainda, consignar que a concessão da liberdade provisória encontra obstáculo na expressa vedação legal disposta no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, observado, igualmente, que a própria Constituição Federal estabeleceu tratamento diferenciado para o crime de tráfico de drogas (art. 5º, inc. XLIII).

.....
Diante do exposto, tendo em vista a necessidade da manutenção da ordem pública, com fundamento no artigo 312, ‘caput’, e artigo 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante de Josani Aparecida do Nascimento em preventiva e assim o faço nos termos do artigo 310, inciso II, do mesmo ‘codex’; expeça-se ofício ao estabelecimento prisional onde se encontra recolhida a indiciada a fim de comunicar a conversão da prisão em flagrante em preventiva.” (grifei)

Presentes tais circunstâncias, **cabre reconhecer** que os fundamentos subjacentes à decisão ora questionada **não se ajustam ao magistério jurisprudencial** firmado pelo Supremo Tribunal Federal **no exame do instituto da prisão cautelar**.

Tenho para mim que a decisão em causa, **ao impor** prisão cautelar à ora paciente, **apoiou-se** em elementos insuficientes, **destituídos** de base empírica idônea, **revelando-se, por isso mesmo, desprovida** da necessária fundamentação substancial, **tal como apontado**, corretamente, em seu parecer, pela douta Procuradoria-Geral da República.

Todos sabemos que a privação **cautelar** da liberdade individual é **sempre** qualificada **pela nota da excepcionalidade** (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **sendo de repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais** consubstanciados em tópicos sentenciários **meramente** retóricos, **eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores**, muitas vezes, **de linguagem típica** dos partidários do “direito penal simbólico” **ou**, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, **e que, manifestados** com o intuito de impor **indevidas** prisões cautelares **ou** de proceder a **inadequadas** exacerbações punitivas, **culminam por vulnerar, gravemente, os grandes princípios liberais consagrados** pela ordem democrática **na qual se estrutura** o Estado de Direito, **expondo, com esse comportamento, uma inadmissível visão autoritária e nulificadora** do regime das liberdades fundamentais em nosso País (HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte **tem censurado** decisões **que fundamentam** a privação cautelar da liberdade **no reconhecimento** de fatos **que se subsumem à própria descrição abstrata** dos elementos **que compõem a estrutura jurídica do tipo penal**:

“(…) PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIIDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (...).”

(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal **tem examinado** a utilização, **por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência** dessa **excepcional** medida privativa da liberdade, **quando inócua** hipótese que possa justificá-la:

“Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII).

O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as consequências.

Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato.”

(RTJ 137/287-295, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Impende assinalar, por isso mesmo, que a gravidade em abstrato do crime, **qualquer que seja, não basta para justificar, só por si, a privação cautelar** da liberdade individual de qualquer paciente.

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido que a natureza da infração penal não se revela** circunstância apta, **“per se”**, a justificar a privação cautelar do “status libertatis” **daquele que sofre** a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, **ainda** que o delito imputado ao réu **seja classificado como crime hediondo ou constitua espécie delituosa a este legalmente equiparada** (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 182/601-602, Red. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

“A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legítima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).”

(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

“A ACUSACÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.”**

(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, **a prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu, como assinalou a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:**

“A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

– **A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade.**

A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

– **A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes.**

A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

– **A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.**

A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.

– **A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.**

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE.

– **Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.**

– **Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.”**

(HC 105.270/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Revela-se inconstitucional, bem por isso, como anteriormente julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES), a cláusula legal que, fundada no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), veda, aprioristicamente, a concessão de liberdade provisória nas hipóteses dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação criminosa para o tráfico, entre outros.

Vale relembrar que esse entendimento tem sido observado pela jurisprudência desta Corte Suprema (HC 119.934/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 120.754/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 127.444/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.):

“Habeas corpus’. 2. Tráfico de entorpecentes e favorecimento real. Prisão em flagrante. Superveniência de sentença condenatória. 3. Decreto fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime e na vedação de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Constrangimento ilegal configurado. 4. Ordem concedida a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade, se por algum outro motivo não estiver preso (...).”

(HC 112.896/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. GILMAR MENDES, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Entendeu-se que (a) a mera inafiançabilidade do delito (CF, art. 5º, XLIII) não impede a concessão da liberdade provisória; (b) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão.

2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamento idôneo para a decretação da custódia cautelar. Precedentes.

4. Ordem concedida.”

(HC 113.945/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

“(…) 3. Quando da condenação, não basta, para o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, a simples alusão de que o réu permaneceu preso cautelarmente durante todo o processo.

4. Writ julgado extinto, sem resolução do mérito, mas com concessão da ordem, de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação. (...).”

(HC 120.727/SP, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)

Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, sobretudo, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, defiro o pedido de “habeas corpus”, para conceder à ora paciente liberdade provisória, assegurando-lhe, em consequência, o direito de aguardar em liberdade, se por al não estiver presa, a conclusão da causa principal (Processo-crime nº 0000157-13.2015.8.26.0530 – Vara Única da comarca de Cajuru/SP) até que nela sobrevenha o trânsito em julgado da decisão que a encerrar, sem prejuízo, se for o caso, da aplicação, a referida paciente, das medidas cautelares alternativas definidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Expeça-se, em consequência, o pertinente alvará de soltura da ora paciente, se por al não estiver presa.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 323.026/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC** 2031308-98.2015.8.26.0000) e ao Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Cajuru/SP (**Processo-crime** nº 0000157-13.2015.8.26.0530).

Arquivem-se os presentes autos.
Publique-se.

Brasília, 01 de julho de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no Dje de 1º.8.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

22 a 26 de agosto de 2016

Decreto de 24.8.2016 - Altera o Decreto de 8 de agosto de 2016, que amplia e sistematiza as determinações presidenciais de emprego das Forças Armadas para Garantia da Lei e da Ordem nos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 164, p. 3, em 25.8.2016.

Informativo 837

SUMÁRIO

Plenário

Mínirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - 3
ECA: classificação indicativa e liberdade de expressão - 13
Execução provisória da pena e trânsito em julgado

Repercussão Geral

Direito sucessório e distinção entre cônjuge e companheiro
OAB e competência jurisdicional

1ª Turma

Dispensa de licitação e peculato - 2
Audiência de instrução e ausência de testemunha - 2
Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor - 2
Arquivamento e remessa de autos
Ação penal privada subsidiária da pública ajuizada contra Presidente da República e legitimidade

2ª Turma

Cometimento de falta grave e comutação de pena
Extradicação e causas de interrupção da prescrição
Ato do CNJ e controle de constitucionalidade - 3

Clipping do DJe

Transcrições

Lavagem de Dinheiro - Organização Criminosa - Descaracterização Típica - Fato Anterior à Lei 12.850/2013 (RHC 130.738/DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato -3

Candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa.

Essa é a decisão do Plenário que, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu parcialmente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 5º do art. 46 da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 [“§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”] — v. Informativo 836.

O Tribunal consignou que as emissoras poderiam convidar outros candidatos não enquadrados no critério do “caput” do art. 46 (“Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: ...”), independentemente de concordância dos candidatos aptos, conforme critérios objetivos, a serem regulamentados pelo TSE, que atendessem os princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação.

Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido procedente, e vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Teori Zavascki, Rosa Weber, Edson Fachin e Celso de Mello, que o rejeitavam. O Ministro Roberto Barros reajustou o voto.

ADI 5488/DF, rel. Min. Min. Dias Toffoli, 31.8.2016. (ADI-5488)

ECA: classificação indicativa e liberdade de expressão - 13

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/90 (“Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”) — v. Informativos 650 e 806.

A Corte afirmou que tanto a liberdade de expressão nos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente seriam axiomas de envergadura constitucional e que a própria Constituição teria delineado as regras de sopesamento entre esses valores. A respeito, rememorou o julgamento da ADPF 130/DF (DJe de 6.11.2009), em que consignada a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação de outras liberdades constitucionais.

O presente caso destacaria a liberdade de expressão na sua dimensão instrumental, ou seja, a forma como se daria a exteriorização da manifestação do pensamento. A real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal. Assim, liberdade de programação seria uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada.

Por outro lado, a criança e o adolescente, pela posição de fragilidade em que se colocariam no corpo da sociedade, deveriam ser destinatários, tanto quanto possível, de normas e ações protetivas voltadas ao seu desenvolvimento pleno e à preservação contra situações potencialmente danosas a sua formação física, moral e mental. Nessa direção, o ECA concretizaria o valor de preservação insculpido na Constituição, ao estabelecer incentivos para que se alcançassem os objetivos almejados e ao fixar uma série de vedações às atividades a eles contrárias.

De modo a compatibilizar a defesa da criança e do adolescente contra a exposição a conteúdos inapropriados veiculados em diversões públicas e programas de rádio e de televisão, de um lado, e a garantia constitucional da liberdade de expressão, de outro, haveria que se observar o art. 21, XVI, da CF (“Art. 21. Compete à União: ... XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”), bem como o art. 220, § 3º, I e II, do mesmo diploma (“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição ... § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio

ambiente”).

A Constituição teria estabelecido mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. O sistema de classificação indicativa seria, então, ponto de equilíbrio ténue adotado pela Constituição para compatibilizar os dois postulados, a fim de velar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. O texto constitucional buscaria conferir aos pais, como reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio social.

A competência da União para exercer a classificação indicativa somente se legitimaria por expressa disposição constitucional. Mas essa incumbência não se confundiria com autorização, e sequer poderia servir de anteparo para que se aplicassem sanções de natureza administrativa. Assim, o uso do verbo “autorizar”, contido na expressão impugnada, revelaria sua ilegitimidade. A submissão de programa ao Ministério de Estado da Justiça não consistiria em condição para que pudesse ser exibido, pois não se trataria de licença ou de autorização estatal, vedadas pela CF. A submissão ocorreria, exclusivamente, com o fito de que a União exercesse sua competência administrativa para classificar, a título indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão (CF, art. 21, XVI).

Desse modo, o Estado não poderia determinar que a exibição da programação somente se desse em horários determinados, o que caracterizaria imposição, e não recomendação. Inexistiria dúvida de que a expressão questionada teria convertido a classificação indicativa em obrigatória.

A Constituição conferira à União e ao legislador federal margem limitada de atuação no campo da classificação dos espetáculos e diversões públicas. A autorização constitucional seria para que aquele ente federativo classificasse, informasse, indicasse as faixas etárias e/ou horários não recomendados, e não que proibisse, vedasse ou censurasse. A classificação indicativa deveria, pois, ser entendida como aviso aos usuários acerca do conteúdo da programação, jamais como obrigação às emissoras de exibição em horários específicos, mormente sob pena de sanção administrativa. O dispositivo adversado, ao estabelecer punição às empresas do ramo por exibirem programa em horário diverso do autorizado, incorreria em abuso constitucional.

Embora a norma discutida não impedisse a veiculação de ideias, não impusesse cortes em obras audiovisuais, mas tão-somente exigisse que as emissoras veiculassem seus programas em horário adequado ao público-alvo, implicaria censura prévia, acompanhada de elemento repressor, de punição. Esse caráter não se harmonizaria com os artigos 5º, IX; 21, XVI; e 220, § 3º, I, todos da CF.

A exibição do aviso de classificação indicativa teria efeito pedagógico, a exigir reflexão por parte do espectador e dos responsáveis. Seria dever estatal, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca desse sistema. Ademais, o controle parental poderia ser feito, inclusive, com o auxílio de meios eletrônicos de seleção e de restrição de acesso a determinados programas, como já feito em outros países. A tecnologia, inclusive, seria de uso obrigatório no Brasil, apesar de ainda não adotada (Lei 10.359/2001).

De todo modo, seria sempre possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou danos à integridade de crianças e adolescentes, tendo em conta, inclusive, a recomendação do Ministério de Estado da Justiça em relação aos horários em que determinada programação seria adequada. Nesse aspecto, a liberdade de expressão exigiria igualmente responsabilidade no seu exercício. As emissoras deveriam observar na sua programação as cautelas necessárias às peculiaridades do público infantojuvenil. Elas, e não o Estado, deveriam, não obstante, proceder ao enquadramento horário de sua programação.

Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente).

O Ministro Marco Aurélio julgava o pedido procedente em maior extensão para também declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, da obrigação de somente exibir, “no horário recomendado para o público infanto juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, contida no art. 76 do referido diploma, no que decorrente da indicação pelo Poder Público.

Já os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente) davam interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/1990. Reconheciam a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicionasse a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da Administração. Admitiam, desse modo, e apenas como juízo indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil.

ADI 2404/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2016. (ADI-2404)

Execução provisória da pena e trânsito em julgado

O Plenário iniciou julgamento conjunto de medida cautelar em ações declaratórias em que se discute a constitucionalidade do art. 283 do CPP (“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”).

O Ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a medida cautelar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinou a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão ainda não houvesse transitado em julgado. Do mesmo modo, determinou a soltura daqueles que tivessem sido presos, ante desprovimento de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual. Ressaltou que o pronunciamento abrangeria também o pedido sucessivo no sentido de aplicar, analogicamente, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cuja decisão condenatória não tivesse alcançado o trânsito em julgado (CPP, art. 319). E, se vencido na extensão maior do voto, deferiu a liminar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa estivesse sendo questionada no STJ.

O relator afirmou que em face da literalidade do disposto no art. 5º, LVII, da CF — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória — a culpa seria pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorreria apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abriria campo a controvérsias semânticas. A Constituição consagrara a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra seria apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção correria à conta de situações individualizadas nas quais se pudesse concluir pela incidência do disposto no art. 312 do CPP.

Ressaltou que, ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei 12.403/2011, limitara-se a concretizar, no campo do processo, garantia constitucional explícita, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio STF. Por outro lado, consignou a repercussão negativa do pronunciamento firmado no HC 126.292/SP (DJe de 17.5.2016), pois, ao alterar seu entendimento, o Tribunal teria afastado essa garantia.

Frisou que descaberia, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo STF, enquanto última trincheira da cidadania.

Realçou que não mereceria prosperar a distinção entre as situações de não culpa e de inocência. A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressuporia a configuração do crime, ou seja, a verificação de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dessa forma, o implemento da sanção não deveria ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implicaria negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito.

O princípio da não culpabilidade seria garantia vinculada, pela Constituição, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comportaria questionamentos. O preceito consistiria em reprodução de cláusula pétreia cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir.

Portanto, a harmonia do art. 283 do CPP com a Constituição seria completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade.

Em seguida, o julgamento foi suspenso.

ADC 43 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.9.2016. (ADC-43)

ADC 44 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.9.2016. (ADC-44)

REPERCUSSÃO GERAL

Direito sucessório e distinção entre cônjuge e companheiro

O Plenário iniciou o julgamento de recurso extraordinário em que se discute a validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.

Na situação dos autos, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de nove anos, até seu companheiro falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Diante desse contexto, o tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitara o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, se fosse casada com o falecido, a recorrente teria direito à totalidade da herança.

O Ministro Roberto Barroso (relator), no que acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, deu provimento ao recurso.

Concluiu que, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Aduziu que a

Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Entretanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.

Assim, o art. 1.790 do CC/2002, ao revogar as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. Ressaltou, ainda, que com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

Em seguida, pediu vista o Ministro Dias Toffoli.

RE 878694/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 31.8.2016. (RE-878694)

OAB e competência jurisdicional

Compete à justiça federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quer mediante o conselho federal, quer seccional, figure na relação processual.

Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário interposto em face de acórdão que assentara a competência da justiça estadual para processar execuções ajuizadas pela OAB contra inscritos inadimplentes quanto ao pagamento das anuidades.

Afirmou que a OAB, sob o ângulo do conselho federal ou das seccionais, não seria associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento (CF, art. 5º, XVIII). Consubstanciaria órgão de classe, com disciplina legal — Lei 8.906/1994 —, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória.

A OAB seria, portanto, autarquia corporativista, o que atrairia, a teor do art. 109, I, da CF, a competência da justiça federal para o exame de ações — de qualquer natureza — nas quais ela integrasse a relação processual. Assim, seria impróprio estabelecer distinção em relação aos demais conselhos existentes.

RE 595332/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 31.8.2016. (RE-595332)

PRIMEIRA TURMA

Dispensa de licitação e peculato - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, condenou deputada federal — secretária estadual de educação à época dos fatos — à pena de cinco anos e quatro meses de detenção e multa pela prática dos delitos descritos nos artigos 89, “caput”, c/c o 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/1993; bem assim à reprimenda de quatro anos e quatro meses de reclusão e multa pelo cometimento do crime previsto no art. 312, c/c o 327, § 2º, ambos do CP. No entanto, no que se refere ao peculato, assentou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, à luz da pena em concreto — v. Informativo 836.

No caso, a acusada — no período compreendido entre 2002 e 2004 — deixara de observar, ante a justificativa de inviabilidade de competição, as formalidades legais em processos de inexigibilidade de licitação. Adquirira livros didáticos diretamente das empresas contratadas, com recursos oriundos dos cofres públicos, beneficiando-as com superfaturamento dos objetos contratuais.

O Colegiado ressaltou que a justificativa utilizada para a inexigibilidade de licitação fora a inviabilidade de competição. Para dar respaldo a essa alegação, foram consideradas válidas declarações de exclusividade emitidas por entidade não prevista em lei, ou ainda atestados não constantes do respectivo procedimento. Essas cartas de exclusividade não permitiam inferir a inexistência, à época, de outros fornecedores das mercadorias pretendidas. Além disso, inexistiria impedimento ao órgão estadual de efetuar pesquisa de preço em outras praças, ou mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos têm distribuição em todo o território nacional. Logo, não procede a assertiva de que a exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização das pesquisas.

Demonstrou que os preços praticados não foram compatíveis com o mercado ou mais vantajosos, mas que houvera significativo sobrepreço, inclusive por meio de aditivos contratuais. Estes eram acompanhados do máximo permitido em lei sobre o preço estabelecido no contrato original, porém, sem dados concretos que justificassem a majoração. Ao contrário, o órgão não negociara os preços, afirmando serem os praticados pelo mercado, sem comprovação.

Em síntese, ocorrera o desvio de dinheiro público, de que tinha posse a denunciada, em benefício das empresas contratadas.

No tocante à dosimetria alusiva ao crime de peculato (quatro anos e quatro meses de reclusão e multa), a Turma lembrou que o acréscimo de quatro meses se refere à continuidade delitiva, de modo que não pode incidir para efeito de afastamento da prescrição (Enunciado 497 da Súmula do STF).

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, que julgavam a acusação improcedente.

AP 946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 30.8.2016. (AP-946)

Audiência de instrução e ausência de testemunha - 2

Na via estreita do “habeas corpus” não se admite o exame de nulidade cujo tema não foi trazido antes do trânsito em julgado da ação originária e tampouco antes do trânsito em julgado da revisão criminal.

Com base nessa orientação, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pleiteava a reabertura da instrução para oitiva de testemunhas, sob a alegação de que teria havido cerceamento de defesa — v. Informativo 767.

Tratava-se de controvérsia relativa ao ato de magistrado que realizara audiência sem a presença de advogado da defesa e não nomeara defensor “ad hoc”.

A Turma consignou, quanto à testemunha que fora arrolada pela defesa e determinada sua condução coercitiva, o não cumprimento da diligência pelo oficial de justiça porque ela encontrava-se hospitalizada. Além disso, o advogado do recorrente não protestara pela substituição da testemunha. Assim, a referida nulidade não fora apontada pela defesa, seja nas alegações finais do processo originário ou em qualquer outro momento, mas somente apresentada na via do “habeas corpus”.

Desse modo, a matéria estaria preclusa, a teor do disposto no CPP (“Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, ‘d’ e ‘e’, segunda parte, ‘g’ e ‘h’, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos”).

Vencido o Ministro Dias Toffoli (relator), que dava provimento ao recurso para anular o processo a partir do encerramento da instrução. Assentava constituir nulidade absoluta o término daquela fase processual sem a oitiva das testemunhas de defesa.

RHC 124041/GO, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 30.8.2016. (RHC-124041)

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor - 2

A Primeira Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se discutia nulidade de apelação, em face da ausência de contrarrazões da defesa e da intimação do defensor para o julgamento. Debatia-se, também, o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal [“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”], ou seja, o enquadramento jurídico do fato — se ato libidinoso ou estupro de vulnerável — e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita.

Na espécie, constara na denúncia que teria havido a prática de atos libidinosos no interior de veículo automotor e que o recorrente teria constrangido a menor ao passar as mãos nas coxas e seios dela. Em juízo, a vítima relatara não ter havido penetração vaginal, em oposição ao que afirmado na fase de investigação — v. Informativo 833.

A Turma consignou que a hipótese dos autos não configuraria nulidade, tendo em vista que o advogado do recorrente não seria defensor dativo, mas profissional constituído pelo recorrente. Além disso, o causídico fora regularmente intimado para apresentar contrarrazões e não o fizera.

Acerca da matéria de fundo, destacou que a descrição da denúncia faria referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, estariam presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que provia o recurso.

RHC 133121/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin 30.8.2016. (RHC-133121)

Arquivamento e remessa de autos

A Primeira Turma iniciou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que indeferira a remessa a juízo de 1ª instância dos autos para apurar a eventual responsabilidade penal de terceiros quanto a alegado fato criminoso.

O Ministro Marco Aurélio (relator) desproveu o agravo regimental. Asseverou que, no caso, o inquérito diria respeito, unicamente, a investigado com foro por prerrogativa de função no STF, cujos autos foram arquivados.

Afirmou que em Direito, o meio justificaria o fim, e não este, aquele. Os autos do inquérito já arquivado deveriam permanecer na Corte para efeito de documentação. Além disso, estaria viabilizado o fornecimento de cópias de peças ao Ministério Público.

Em divergência, tendo em vista que consta do relatório a solicitação da remessa dos autos para prosseguimento da

investigação quanto a outros indiciados, o Ministro Edson Fachin deu provimento ao agravo regimental. Determinou o retorno dos autos à origem na forma requerida pelo Procurador-Geral da República. Pontuou que assim decidira em casos similares.

Em seguida, pediu vista a Ministra Rosa Weber.

Inq 3158 AgR/RO, rel. Min. Marco Aurélio, 30.8.2016. (Inq-3158)

Ação penal privada subsidiária da pública ajuizada contra Presidente da República e legitimidade

A Primeira Turma iniciou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que considerara inepta petição inicial de ação penal privada subsidiária da pública ajuizada contra a Presidente da República por suposto indício de autoria e materialidade da prática dos crimes tipificados nos artigos 147, 299, 312, 316, 317, 319, 320, 327, 330, 344, 347, 348, 349, 359-A e 359-C do CP; art. 350 do Código Eleitoral; art. 1º, § 1º, I e II, e § 4º da Lei 9.613/1998; e art. 1º, §§ 1º, 2º e § 3º da Lei 12.850/2013.

No caso, o agravante sustenta sua legitimidade à propositura da presente ação penal privada subsidiária da pública, ao afirmar que as condutas imputadas à Presidente da República atingiriam todo o povo brasileiro, e, nessa medida, o próprio requerente, considerada sua condição de cidadão.

Preliminarmente, a Turma, por maioria, assentou sua competência para apreciar a matéria. Observou que nas hipóteses de manifesto descabimento, e tendo em vista o congestionamento do Plenário, se poderia resolver a questão na Turma. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que fixava a competência do Pleno. Ponderava que na hipótese de se dar seguimento a ação penal contra a Presidente da República caberia àquele órgão julgar o agravo regimental.

Quanto ao mérito, o Ministro Roberto Barroso (relator) negou provimento ao agravo regimental. Reputou não existir direito difuso de queixa titularizado por todos os cidadãos. Se assim fosse, seria possível o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública para todos os tipos de crime, por toda a coletividade, sempre que se considerasse inerte o órgão acusador. Esse direito seria titularizado apenas pelo ofendido, sujeito passivo do delito, que seria aquele diretamente atingido pelos efeitos da conduta criminosa. Frisou que não haveria qualquer crime entre aqueles imputados à querelada que possuísse como sujeito passivo o agravante.

Em seguida, pediu vista o Ministro Marco Aurélio.

Pet 6071 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 30.8.2016. (Pet-6071)

SEGUNDA TURMA

Cometimento de falta grave e comutação de pena

A Turma não conheceu de pedido formulado em “habeas corpus” no qual pleiteada a concessão do benefício de comutação de pena concedido pelo Decreto 7.873/2012.

Essa norma concede a referida benesse a determinadas pessoas, desde que observados os requisitos nela fixados, dentre eles a exigência prevista no seu art. 4º (“A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto”).

Na espécie, fora negado o pleito de aplicação de comutação de pena ao paciente em razão do cometimento de falta grave. Segundo afirmado pelo magistrado “a quo”, tal fato ensejaria a impossibilidade de concessão do benefício.

A impetração sustentava que a falta grave ocorrida em 5.11.2012 teria sido homologada apenas em 31.3.2014, portanto, em data posterior à publicação do decreto (26.12.2012). Isso, de acordo com a defesa, inviabilizaria o indeferimento da comutação de pena, porquanto não teria sido observado o período estabelecido no indigitado dispositivo do Decreto 7.873/2012, levando-se em consideração a data da homologação judicial.

De início, a Turma asseverou que o “writ” em questão se voltaria contra decisão monocrática, não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, fato que configuraria o não exaurimento da instância antecedente, a ensejar o não conhecimento do pedido (HC 118.189/MG, DJe de 24.4.2014).

Contudo, caberia ao STF proceder à análise, de ofício, da questão debatida em “habeas corpus”, nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

No caso em comento, caberia decidir se, para obstar a comutação de pena, a homologação judicial da sanção por falta grave necessariamente precisaria se verificar no prazo de 12 meses — contados retroativamente à data de publicação do decreto —, ou se seria suficiente que a falta grave tivesse sido praticada nesse interstício, ainda que a homologação judicial da sanção ocorresse em momento posterior.

Não somente em face do próprio texto legal, como também de sua “ratio”, seria de se exigir apenas que a falta grave

tivesse sido cometida no prazo em questão. O art. 4º do Decreto 7.873/2012 se limitaria a impor a homologação judicial da sanção por falta grave, mas não exigiria que ela tivesse que se dar nos 12 meses anteriores à sua publicação.

Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de nem sequer haver tempo hábil para a apuração de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto.

HC 132236/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 30.8.2016. (HC-132236)

Extradicação e causas de interrupção da prescrição

A Segunda Turma iniciou julgamento de embargos de declaração interpostos em face de acórdão que deferira o pedido extradicionário de nacional espanhol condenado pela prática dos crimes de “estafa” e de “falsificação de documento comercial”, que tipificam, no Brasil, os delitos de estelionato e de falsificação de documento particular (CP, artigos 171 e 298).

No recurso, sustenta-se a ocorrência de omissão e contradição no acórdão embargado na medida em que fora considerado como marco interruptivo da prescrição a data do protocolo do pedido de extensão da extradicação, o que, segundo alegado, não encontraria amparo legal. Tendo isso em conta, teria ocorrido a prescrição da pretensão executória quanto ao crime de “estafa” (estelionato).

O Ministro Dias Toffoli (relator) acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para — reconhecida a prescrição da pretensão executória quanto ao referido crime — indeferir o pedido de extradicação.

Preliminarmente, registrou que o Estado requerente teria comunicado a desistência do pedido de extradicação. Contudo, apenas quando negada a extradicação não seria admitido novo pedido baseado no mesmo fato (Lei 6.815/1980, art. 88). Dessa feita, diante da eventual possibilidade de reiteração do pedido extradicionário, haveria que se enfrentar os embargos declaratórios em questão.

No acórdão embargado, ficara consignado que não se teria operado a prescrição da pretensão executória quanto à pena mínima de 1 ano de reclusão cominada ao crime de estelionato, cujo prazo prescricional é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP. Isso porque esse lapso temporal não teria decorrido entre a data do trânsito em julgado e a data do protocolo, no Supremo Tribunal Federal, do pedido de extensão da extradicação.

Não teria sido indicado no julgado, todavia, o fundamento legal para se considerar a data do protocolo de pedido de extradicação como marco interruptivo da prescrição, e nisso residiria a omissão.

O CP e a Lei 6.815/1980 não preveem, como causa interruptiva da prescrição, a apresentação do pedido de extradicação. E, à míngua de previsão em tratado específico, por força do princípio da legalidade estrita, não haveria como se criar um marco interruptivo em desfavor do extraditando.

Considerando-se que a condenação do extraditando pelo crime de estelionato (“estafa”) transitara em julgado em 16.3.2011 e que, à falta de disposição expressa em tratado específico, o recebimento do pedido de extensão da extradicação não constituiria causa interruptiva da prescrição, haveria que se reconhecer a prescrição da pretensão executória. Em face da pena mínima cominada ao delito em questão (1 ano de reclusão), a aludida causa extintiva de punibilidade se operaria em 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP.

Por outro lado, nos termos do art. 117, V, do CP, o início ou continuação do cumprimento da pena interrompem a prescrição. Caso se entendesse que, por se tratar de extradicação executória, o cumprimento do mandado de prisão preventiva para extradicação significaria início de cumprimento de pena, a prescrição teria se interrompido em 7.7.2014 e, portanto, não haveria que se falar em prescrição da pretensão executória.

Ocorre que, mesmo em se tratando de extradicação executória, a prisão preventiva não perderia sua natureza cautelar. Essa espécie de prisão seria condição de procedibilidade para o processo de extradicação, destinando-se, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradicação (Ext 579 QO/Governo da República Federal da Alemanha, DJU de 10.9.1993)

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki.

Ext 1346/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 30.8.2016. (Ext-1346)

Ato do CNJ e controle de constitucionalidade - 3

Em face do arquivamento dos atos objeto do mandado de segurança, a Segunda Turma, em conclusão de julgamento, julgou prejudicado o “writ” impetrado contra ato do CNJ.

Na espécie, tratava-se de agravo regimental ajuizado contra liminar deferida em mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática de conselheira do CNJ, que, em procedimento de controle administrativo, determinara a tribunal de justiça estadual que elaborasse nova lista de antiguidade de membros da magistratura, com exclusão de critério não previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman).

Questionava-se a possibilidade de órgão, como o CNJ, pronunciar-se sobre a declaração de inconstitucionalidade — v.

Informativo 810.

Diante desse quadro superveniente, o Ministro Teori Zavascki (relator) reformulou seu voto para considerar prejudicado o mandado de segurança.

MS 33586/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 30.8.2016. (MS-33586)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	31.8.2016	1º.9.2016	15
1ª Turma	30.8.2016	—	36
2ª Turma	30.8.2016	—	12

CLIPPING DO DJE

29 de agosto a 2 de setembro de 2016

MED. CAUT. EM MS N. 34.130/DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE ATOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NO RITO DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT* DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVER DE APECIAÇÃO DA DENÚNCIA ORIGINALMENTE APRESENTADA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

1. No julgamento da ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, Redator para o Acórdão o Min. Luís Roberto Barroso, DJe 18.12.2015, o Tribunal assentou que no rito do processo de *Impeachment* cabe à Câmara dos Deputados autorizar ou não a instauração do processo contra o Presidente da República nos crime de responsabilidade e ao Senado Federal compete o recebimento, pronúncia e julgamento da denúncia, devendo o presente *writ* ser examinado à luz da Constituição, da Lei 1.079/1950 e, especialmente, do que esta Corte decidiu na ADPF 378.
2. Tratando-se de mera condição de procedibilidade para a instauração do processo de *Impeachment*, inexistente *fumus boni iuris* quanto às alegações de ofensa à ampla defesa e ao contraditório, consubstanciadas na ausência de notificação da denunciada sobre a realização de esclarecimentos acerca da denúncia e posterior indeferimento de pedido de reabertura de prazo para a manifestação da defesa, juntada de documento estranho ao objeto da denúncia e ausência de manifestação do Procurador da impetrante na sessão de leitura do relatório na Comissão Especial. Isso porque, nessa fase ainda não há acusado ou litigante.
3. A autorização advinda da votação havida na Comissão Especial da Câmara dos Deputados é para o prosseguimento sob o teor da denúncia, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em Plenário, o que for estranho ao 'vero e proprio' teor primeiro da denúncia.
4. Medida liminar indeferida.

*noticiado no Informativo 821

Inq N. 4.023/AP

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

Ementa: INQUÉRITO. DENÚNCIA. DEPUTADO FEDERAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE, DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PROVA EMPRESTADA: POSSIBILIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DE GRAVAÇÕES: DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. INÉPCIA: INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DAS CONDUTAS. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. Inexiste nulidade na utilização de prova emprestada em processo criminal, notadamente fundamentada em decisão judicial deferindo o seu compartilhamento.
2. Este Supremo Tribunal afirmou a desnecessidade de transcrição integral dos diálogos gravados, quando irrelevantes para o embasamento da denúncia: Precedentes.
3. É apta a denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, individualiza as condutas do denunciado no contexto fático da fase pré-processual, expõe pormenorizadamente os elementos indispensáveis à ocorrência, em tese, dos crimes nela mencionados, permitido o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.
4. Para o recebimento da denúncia, analisa-se a presença de indícios suficientes da materialidade e da autoria dos delitos imputados ao Denunciado.
5. A denúncia é proposta da demonstração de prática de fatos típicos e antijurídicos imputados à determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita.
6. Ausência de situação prevista no art. 395 do Código de Processo Penal.
7. Denúncia recebida.

HC N. 127.288/SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ART. 288 DO CP (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.720/2012). FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317, § 1º, DO CP. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a extinção da ação penal de forma prematura, via *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de causa extintiva da punibilidade.
2. A denúncia descreve de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas à paciente, correlacionando-as aos tipos penais em questão (art. 288, na redação originária, e art. 317, §1º, do CP e art. 90 da Lei 8.666/1993). Revela a existência de grupo de pessoas associadas e organizadas para a prática de fraudes licitatórias e corrupção passiva, com a indicação detalhada do *modus operandi* empregado na empreitada criminosa. As ações nela descritas possuem relevo para a esfera penal.

3. Avançar nas alegações postas na impetração, sobre a carência de provas concretas acerca da prática dos crimes narrados, revela-se inviável nesta ação constitucional, por pressuporem o revolvimento dos fatos e provas da causa.
4. O desmembramento do processo, como consectário do excessivo número de acusados, para imprimir maior celeridade processual, encontra respaldo no art. 80 do Código de Processo Penal. Precedentes. A reversão desse entendimento, com a posterior reunião dos processos, implicou a superação dessas questões, de modo que não há como avançar no exame da vulneração da paridade de armas e da ampla defesa quanto aos atos processuais realizados no período em que os autos permaneceram desmembrados, já que, sobre essa matéria específica, o STJ não se pronunciou.
5. Ordem denegada.

*noticiado no Informativo 836

MS N. 33.619/DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SUSPENSÃO DE INCLUSÃO DE NOVOS BENEFICIÁRIOS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. GEAP. ÓBICE AO INGRESSO DE SERVIDOR DO PODER EXECUTIVO CEDIDO À JUSTIÇA FEDERAL, QUE, ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE, RETORNOU AO ÓRGÃO DE ORIGEM PARA APOSENTARIA POR INVALIDEZ. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO TRATAMENTO DA DOENÇA INICIADO DURANTE PERÍODO DE CESSÃO. VEDAÇÃO ADMINISTRATIVA EXCEPCIONADA PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE EM EXAME. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

*noticiado no Informativo 836

Acórdãos Publicados: 191

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Lavagem de Dinheiro - Organização Criminosa - Descaracterização Típica - Fato Anterior à Lei 12.850/2013 (Transcrições)

RHC 130.738/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

Ementa: Crime de lavagem de dinheiro ou de valores (Lei nº 9.613/98). Pretendida extinção do processo penal instaurado contra os réus. Alegação de inépcia da denúncia. Suposta inobservância, pelo Ministério Público, do art. 41 do CPP. Inocorrência. Doutrina. Precedentes. Referência, na peça acusatória, como infrações antecedentes, a crimes contra a Administração Pública (Lei nº 9.613/98, art. 1º, V) e ao delito de organização criminosa (Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII). Eventos ocorridos entre 1997 e 2004. Fatos imputados aos réus supostamente cometidos em momento anterior à vigência da Lei nº 12.683/2012 e da Lei nº 12.850/2013. Consequente atipicidade penal do crime de lavagem de dinheiro no ponto em que a denúncia indica como infração antecedente o delito de organização criminosa, que somente veio a ser tipificado pela Lei nº 12.850/2013. Impossibilidade constitucional de suprir-se a ausência de tipificação do delito de organização criminosa (legalmente inexistente à época dos fatos denunciados), como infração penal antecedente, pela invocação da Convenção de Palermo. Incidência, no caso, do postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX). Matéria constitucionalmente sujeita à reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes. Inadmissibilidade, de outro lado, de considerar-se o crime de formação de quadrilha como equiparável ao delito de organização criminosa para efeito de repressão estatal ao crime de lavagem de dinheiro cometido antes do advento da Lei nº 12.683/2012 e da Lei nº 12.850/2013. Subsistência parcial da acusação penal, no caso, apenas quanto ao delito de lavagem de dinheiro, cujo ilícito antecedente, tal como descrito na denúncia, corresponda aos crimes contra Administração Pública (Lei nº 9.613/98, art. 1º, inciso V). Recurso ordinário parcialmente provido.

DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em “habeas corpus” interposto contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

“‘HABEAS CORPUS’. LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI N. 9.613/1998, ART. 1º, V e VII). INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ‘HABEAS CORPUS’ NÃO CONHECIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento prematuro da persecução penal pela via estreita do ‘habeas corpus’ é medida excepcional, admissível somente quando emerge dos autos, de plano e sem a necessidade de apreciação probatória, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia.

2. Na espécie, o crime de lavagem de ativos foi suficientemente narrado na denúncia, com indicação da prática anterior de crimes contra a administração pública – objeto de outra ação penal – e a grande movimentação financeira e a variação patrimonial dos denunciados no período da prática das supostas condutas delituosas.

3. A inicial acusatória, assim, permite aos réus se defenderem plenamente dos fatos ali narrados, uma vez que preencheu os requisitos do art. 41 do CPP, pois discriminou as condutas em tese praticadas, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

4. ‘Habeas corpus’ não conhecido.”

(HC 190.618/PE, Red. p/o acórdão Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ – grifei)

Busca-se, em síntese, nesta sede processual, a extinção do processo penal instaurado contra os ora recorrentes, alegando-se, para tanto, a inépcia da denúncia sob o fundamento da ausência de individualização das condutas imputadas aos pacientes e da falta de descrição típica dos fatos delituosos.

Sustentam os recorrentes que “a acusação deve estabelecer, no mínimo, um vínculo concreto entre os pacientes e a suposta empreitada criminosa a eles atribuída”. Quanto ao segundo fundamento, afirmam o que se segue:

“A inicial acusatória não faz detalhado histórico dos crimes antecedentes à alegada lavagem de dinheiro, não caracteriza e nem sequer

menciona elementos tipificadores da existência da suposta 'organização criminoso', não apontando, com exatidão, a origem tida por ilícita de valores que sequer sabe-se o 'quantum'."

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, opinou pelo não provimento do presente recurso ordinário em parecer assim ementado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI N. 9.613/1998, ART. 1º, V e VII). PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP DEVIDAMENTE OBSERVADOS. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO." (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a examinar o pleito em causa. E, ao fazê-lo, cabe-me assinalar, desde logo, que a denúncia que contiver todos os elementos essenciais à adequada configuração típica do delito e que atender, integralmente, às exigências de ordem formal impostas pelo art. 41 do CPP não apresentará o vício da inépcia, pois permitirá ao réu a exata compreensão dos fatos expostos na peça acusatória, sem qualquer comprometimento ou limitação ao pleno exercício do direito de defesa.

Com efeito, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao examinar esse ponto específico da impetração, deixou evidenciado, sem qualquer dúvida, que a peça acusatória ora questionada contém os elementos mínimos exigidos pelo art. 41 do CPP, tal como se verifica na seguinte passagem do voto condutor do acórdão proferido naquela Alta Corte judiciária:

"Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento prematuro da persecução penal pela via estreita do 'habeas corpus' é medida excepcional, admissível somente quando emerge dos autos, de plano e sem a necessidade de apreciação probatória, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia.

Sobre esta última hipótese de trancamento do processo, há de se dizer que a denúncia é uma petição por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do 'jus puniendi', devendo a peça cumprir certos requisitos formais – previstos no art. 41 do CPP – de tal modo a permitir ao denunciado compreender os termos da acusação e dela defender-se.

Segundo o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, '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' (...).

Na espécie, o crime de lavagem de ativos foi suficientemente narrado na denúncia, com indicação da prática anterior de crimes contra a administração pública – objeto de outra ação penal –, além dos indícios de grande movimentação financeira e de variação patrimonial dos cinco denunciados no período da ocorrência das supostas condutas delituosas." (grifei)

Isso significa, portanto, que a peça acusatória ora questionada ajusta-se ao magistério jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (HC 83.266/MT, Red. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

"1. Não é inepta a denúncia que, apesar de sucinta, descreve fatos enquadráveis no artigo 14 da Lei n. 6.368/76, atendendo a forma estabelecida no artigo 41 do Código de Processo Penal, além de estar instruída com documentos, tudo a possibilitar a ampla defesa."

(HC 86.755/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

Quanto à alegação de que a denúncia não apresentou um detalhado histórico dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, cumpre destacar fragmento do acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que, adequadamente, resolveu essa questão:

"Ressalte-se que nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98 o processamento e julgamento dos crimes nela previstos independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país'.

Ademais o § 1º do mesmo art. 2º da Lei 9.613/98 dispõe que 'a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime'.

Assim, conforme expressa previsão legal é suficiente para a instauração da ação penal relativamente ao crime de lavagem de dinheiro, a existência de indícios da prática do crime antecedente. 'In casu', tais indícios encontram-se presentes tão somente pela existência de ações penais em tramitação a fim de investigar crimes contra a administração pública, delitos antecedentes, praticados pelos pacientes. Trata-se das seguintes ações penais, referidas na denúncia:

- a) 247.2005.001588-8: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO e outros;
- b) 247.2005.001512-8: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO;
- c) 247.2005.001709-0: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO;
- d) 247.2005.001638-8: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO;
- e) 247.2005.001510-1: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO;
- f) 247.2005.001639-6: réu: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO e
- g) 67.170-3: réus: JERONIMO GADELHA DE ALBUQUERQUE NETO, CLÁUDIA ADRIANA GADELHA DE ALBUQUERQUE,

FÁBIO ADRIANO CAVALCANTI GADELHA DE ALBUQUERQUE, KATIANA GADELHA e outros, cuja denúncia foi recebida em fevereiro de 2004 estando o processo na fase das alegações finais." (grifei)

Impõe-se registrar, por relevante, que essa orientação tem sido observada em julgamentos proferidos por esta Suprema Corte (HC 89.739/PB, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.):

"HABEAS CORPUS'. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE, BASTANDO A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO SUFICIENTE PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

Não é inepta a denúncia que, como no caso, individualiza a conduta imputada a cada réu, narra articuladamente fatos que, em tese, constituem crime, descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes', bastando que a denúncia seja 'instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente', mesmo que o autor deste seja 'desconhecido ou isento de pena'. Precedentes (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, DJe-152 de 15.08.2008). Além disso, a tese de inexistência de prova da materialidade do crime anterior ao de lavagem de dinheiro envolve o reexame aprofundado de fatos e provas, o que, em regra, não tem espaço na via eleita.

O trancamento de ação penal, ademais, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como 'a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas' (HC 91.603, rel. Ellen Gracie, DJe-182 de 25.09.2008), o que não é caso dos autos.

Ordem denegada."

(HC 94.958/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Há a considerar, no entanto, um fato que assume relevo jurídico no exame do presente recurso ordinário.

A análise dos autos evidencia que a denúncia imputou aos ora recorrentes a suposta prática do delito de lavagem de dinheiro *aleadamente ocorrida entre os anos de 1997 e de 2004, havendo o Ministério Público indicado como crimes antecedentes infrações penais* contra a Administração Pública e, também, o delito de organização criminosa, *culminando por deduzir, formalmente, contra mencionados recorrentes acusação com apoio no "(...) artigo 1º, incisos V e VII, c/c § 4º, da Lei nº 9.613/98 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro) (...)"*, na redação anterior à edição da Lei nº 12.683/2012.

Tenho para mim, quanto à imputação penal apoiada no inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, na redação anterior às Leis nº 12.683/2012 e nº 12.850/2013, que não pode ela prosperar em face de situação configuradora de ausência de tipicidade penal do crime de lavagem de dinheiro ou de valores, considerada a circunstância temporal de que, à época da conduta denunciada, o delito de organização criminosa ainda não se achava devidamente tipificado, pois o tipo penal do crime de organização criminosa somente surge, como sabemos, com o advento da Lei nº 12.850, de 02/08/2013 (art. 1º, § 1º, e art. 2º), vale dizer, em momento posterior à prática dos comportamentos descritos na denúncia.

Esse entendimento – é importante enfatizar – tem sido manifestado em precedentes desta Corte Suprema (AP 470/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – ADI 4.414/AL, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 96.007/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 108.715/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.), cabendo destacar, entre tais julgados, aquele proferido no exame do RHC 124.082/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI:

“Recurso ordinário em ‘habeas corpus’. Penal. Crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98). (...). Inviabilidade da denúncia quanto ao delito de lavagem de dinheiro fundado na participação em organização criminosa (art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98, com a redação anterior à Lei nº 12.683/12). Ausência de definição jurídica na legislação pátria à época dos fatos. (...) Definição jurídica não suprida pela Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.015/04. Precedente. Recurso parcialmente provido. Extensão dos efeitos a corréus (CPP, art. 580).

4. (...) é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 – a qual foi imputada ao recorrente –, pois, à época dos fatos narrados na denúncia (1998 a 2005), não havia definição jurídica na legislação pátria para ‘organização criminosa’.

5. A Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.015/04, não supriu essa omissão, conforme assentado majoritariamente pela Corte no julgamento da AP nº 470/MG.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, concedendo-se a ordem de ‘habeas corpus’ para trancar a ação penal proposta contra o recorrente no tocante ao art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98. (...)” (grifei)

Constata-se, desse modo, que, analisada a imputação deduzida contra os pacientes, ora recorrentes, sob a perspectiva da participação em “organização criminosa” na condição de crime antecedente, mostra-se destituída de tipicidade penal essa conduta precisamente em razão de inexistir, à época dos fatos (1997-2004), definição jurídica tipificadora do delito de organização criminosa.

Nem se diga que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria suprível pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal, a existência do delito de organização criminosa como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98, em sua primitiva redação.

Cumpra ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

Mostra-se constitucionalmente relevante, portanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES-VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT), o entendimento segundo o qual, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)” (grifei).

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, como a própria formulação conceitual de “organização criminosa”, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, “Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentário ao Código Penal”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, como a Convenção de Palermo) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa.

Vê-se, pois, considerada a própria diretriz jurisprudencial desta Suprema Corte prevalecente na matéria, e tendo em vista, sobretudo, o momento em que aleadamente praticado o crime de lavagem (1997-2004), que, naquele instante, por ausência de tipificação penal, o delito de organização criminosa não podia ser caracterizado como crime antecedente.

Nem se diga, de outro lado, que a referência na denúncia à organização criminosa como delito antecedente equivaleria, para efeito de configuração do crime de lavagem de dinheiro, à figura típica da quadrilha (CP, art. 288), hoje denominada “associação criminosa”.

A razão dessa impossibilidade jurídica, além da inadmissibilidade da invocação de analogia “in malam partem” em sede penal, é uma só: à época da suposta prática do crime de lavagem de dinheiro, o delito de quadrilha não se achava incluído no rol taxativo dos delitos antecedentes definidos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 03/03/98, considerada a primitiva redação dessa norma legal.

A configuração típica do crime de lavagem de dinheiro exige, para aperfeiçoar-se, a presença de uma infração penal antecedente, que se qualifica como elemento normativo do tipo, a significar que, ausente este, deixa de caracterizar-se o crime de lavagem (MARCIA MONASSI MOUGENOT BONFIM e EDILSON MOUGENOT BONFIM, “Lavagem de Dinheiro”, p. 58, item n. 12.1, 2ª ed., 2008, Malheiros):

“A lavagem de dinheiro exige que os bens, direitos ou valores a serem introduzidos na economia ou no sistema financeiro sejam oriundos de um delito, denominado ‘crime antecedente’ pela legislação brasileira (v. art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998). Trata-se de elemento normativo do tipo.

Nesse sentido, portanto, a lavagem depende de um crime principal, primário ou anterior – chamado antecedente –, sem o qual não se configura. Por isso, o delito de lavagem de dinheiro é considerado crime acessório, secundário ou derivado.” (grifei)

Impende registrar, neste ponto, que prevalecia, no momento da suposta prática delituosa, a antiga redação do art. 1º da Lei nº 9.613/98, que relacionava, em caráter exaustivo, os denominados crimes antecedentes, entre os quais não se achava incluído o delito de quadrilha, hoje “associação criminosa”.

Esse rol encerrava conteúdo normativo fechado em face do seu caráter **eminente** taxativo e **em razão** de tratar-se de regra de tipificação penal, **segundo registra a lição** de ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO (“Lavagem de Dinheiro – A Tipicidade do Crime Antecedente”, p. 97, item n. 4.3, 2003, RT), **para quem** “O princípio da taxatividade, a seu turno, impõe a elaboração de ‘numerus clausus’, quanto aos delitos prévios”.

É por tal razão que o **magistério doutrinário** (ALBERTO SILVA FRANCO, “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, p. 23, 5ª ed., 1995, RT; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/347, item 2.4, 19ª ed., 2013, Saraiva, v.g.), **atento** à **significativa importância do tipo penal e à função constitucional de garantia que lhe é inerente** (RTJ 177/485-486, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **já advertia não se configurar o crime de lavagem de dinheiro, presente o contexto normativo vigente em momento que precedeu** a edição da Lei nº 12.683/2012, **naqueles casos** em que os bens, direitos ou valores objeto de ocultação ou dissimulação **fossem provenientes** de delitos **estranhos ao rol taxativo** do art. 1º da Lei nº 9.613/98, **na redação anterior** ao advento da Lei nº 12.683/2012, **como sucedia**, então, **com o crime de quadrilha**, que desse **mesmo rol não** constava.

Não foi por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, **tendo a exata percepção de que não são intercambiáveis** os tipos penais **concernentes ao delito de organização criminosa e ao crime de formação de quadrilha** (HC 96.007/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.), **proferiu, a esse respeito**, clara decisão **que bem distingue uma espécie delituosa da outra**:

“LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.”

(HC 108.715/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Dá a correta asserção feita pelo eminente Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, **como Relator, no julgamento**, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **do RHC 41.588/SP, quando, examinando** o crime de lavagem de dinheiro **no quadro normativo** que vigorava **antes** da edição da Lei nº 12.683/2012 e da Lei nº 12.850/2013, **assinalou**:

“Em suma, não há, no direito penal brasileiro, o delito de ‘organizar-se criminosamente’.

Não existindo o tipo penal ‘organização criminosa’ no direito pátrio, não há, para efeito de crime antecedente do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, antes da alteração, considerá-lo como equivalente ao crime de quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal. Essa a conclusão do acórdão proferido no já mencionado HC nº 92.682, publicado no DJe 02.12.10, esclarecendo: ‘Em síntese, não se tem a organização criminosa, inconfundível com o delito de quadrilha previsto no artigo 288 da Código Penal, como enquadrável para o efeito do versado no artigo 1º em comento’.

.....
Aliás, a bem da verdade, a denúncia não menciona propriamente que os recorrentes ocultaram e dissimularam, de forma habitual, a disposição, movimentação e propriedade de valores e bens provenientes de ‘crime de organização criminosa’, mas sim dos crimes tipificados nos artigos 288, 317 e 321 do Código Penal.” (grifei)

Registro, finalmente, que perfilho a orientação que venho de expor **neste** julgado, **como resulta claro** de decisão que, **por mim proferida em caso anterior**, está assim ementada:

“LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE. QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA ‘ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA’). CONDUTAS PRATICADAS EM MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013. IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO. INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX). DOCTRINA. PRECEDENTES. INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013. ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO.”

(HC 111.021/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e pelas razões expostas, dou parcial provimento ao presente recurso ordinário, **em ordem a excluir** da denúncia, **tão somente, a imputação** pelo crime de lavagem de dinheiro **cujo ilícito antecedente, tal como apontado na peça acusatória, corresponda** ao delito de organização criminosa, **remanescendo, unicamente, o delito** previsto no art. 1º, **inciso V**, da Lei nº 9.613/98.

Publique-se.

Brasília, 01 de julho de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
 Relator

*decisão publicada no DJe de 2.8.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

29 de agosto a 2 de setembro de 2016

Lei nº 13.331, de 1º.9.2016 - Altera a Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário-CDA, o Warrant Agropecuário-WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio-CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio-LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio-CRA, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 170, p. 1, em 2.9.2016.

Medida Provisória nº 744, de 1º.9.2016 - Altera a Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta e autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasil de Comunicação - EBC. Publicada no DOU,

Seção 1, Edição nº 170, p. 2, em 2.9.2016.

Informativo 838

SUMÁRIO

Plenário

Cassação de mandato parlamentar e autocontenção do Judiciário
Embargos de declaração em embargos de declaração e efeitos infringentes - 2
Exigência para participar de licitação e conflito legislativo

1ª Turma

Concurso público e suspeita de irregularidade de titulação - 4
Injúria: ofensa recíproca e perdão judicial

2ª Turma

Pensão: comprovação de união estável e concubinato - 2
Furto qualificado: dosimetria e circunstâncias judiciais - 2
Extradição e causas de interrupção da prescrição - 2
Cumprimento pena em penitenciária federal de segurança máxima e progressão de regime
Incidente de insanidade mental e obrigatoriedade

Clipping do DJe

Transcrições

Mandado de Segurança Preventivo - Superveniência do Ato Receado - Prejudicialidade - Inocorrência - Informações
Oficiais - Presunção de Veracidade (MS 34.217-MC/DF)

PLENÁRIO

Cassação de mandato parlamentar e autocontenção do Judiciário

O Plenário, por maioria, denegou a ordem em mandado de segurança impetrado por deputado federal contra atos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e do Conselho de Ética (COÉTICA), ambos da Câmara dos Deputados, que culminaram na recomendação ao plenário da Casa Legislativa pela cassação do mandato do impetrante com fundamento em quebra de decoro parlamentar.

Na impetração, sustentava-se, em síntese, a existência de direito líquido e certo, consubstanciado nos seguintes argumentos: a) suspensão do processo político-parlamentar, inclusive para fins de defesa e obstrução; b) processamento pela autoridade competente, garantia que teria sido violada em razão do impedimento do relator, por identidade com o bloco parlamentar do impetrante; c) devido processo legal, contraditório e ampla defesa como estabilidade da acusação (em referência ao aditamento da representação e da respectiva instrução); d) votação pelo sistema eletrônico, e não nominal, no Conselho de Ética, o que teria gerado “efeito manada”; e) observância do quórum de instalação da sessão na CCJC (maioria absoluta), o que teria sido afrontado pelo cômputo de suplentes em duplicata com os respectivos titulares.

O Colegiado assentou, de início, que o STF somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico da jurisprudência nesse sentido é a preservação dos direitos das minorias. Entretanto, nenhuma das hipóteses ocorre no caso.

Além disso, consignou que a suspensão do exercício do mandato do impetrante, por decisão do STF em sede cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato, pois ninguém pode beneficiar-se da própria conduta reprovável. Portanto, inexistente direito subjetivo a dilações indevidas ou ofensa à ampla defesa. Destacou que o precedente firmado no MS 25.579 MC/DF (*DJe* de 19-10-2005) não se aplica à espécie, pois se refere a parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo e responsabilizado por atos lá praticados. Naquele caso, aliás, a medida liminar foi indeferida,

pois se entendeu que a infração se enquadrava no Código de Ética e Decoro Parlamentar.

O Tribunal também afirmou que a alegação de que o relator do processo no Conselho de Ética estaria impedido por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante, por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos, não configura situação justificadora de intervenção judicial, conforme decisão proferida no MS 33.729 MC/DF (*DJe* de 4-2-2016).

Ademais, não há que falar em transgressão ao contraditório decorrente do aditamento da denúncia, providência admitida até em sede de processo penal. O impetrante teve todas as possibilidades de se defender, o que foi feito de forma ampla e tecnicamente competente.

Sublinhou, de igual modo, a ausência de ilicitude na adoção da votação nominal do parecer no Conselho de Ética. Tal forma de voto privilegia a transparência e o debate parlamentar, e é adotada até em hipóteses mais graves. Nesse sentido, cabe deferência para com a interpretação regimental acolhida pela Câmara dos Deputados, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do seu regimento interno fora do plenário da Casa. Inexiste vedação expressa a embasar a alegação do impetrante e tampouco ocorreu o denominado “efeito manada”.

Por fim, a Corte registrou a validade do quórum de instalação da sessão na CCJC. Lembrou que os suplentes a que se refere o regimento interno são dos partidos (ou dos blocos de partidos), e não propriamente dos titulares ausentes. Não haveria um suplente para cada titular, portanto. Além disso, o art. 58, § 1º, da CF alude à representação proporcional dos partidos ou blocos na composição das mesas e de cada comissão, e não ao quórum de instalação das sessões.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que concedia a segurança. Entendia impor-se a suspensão do processo tendo em conta o afastamento do impetrante do exercício do mandato. Além disso, considerava procedente a alegação de irregularidade no quórum de votação. Por fim, também deferia o pedido tendo em conta o impedimento do relator na Casa legislativa.

MS 34.327/DF, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 8-9-2016.

Embargos de declaração em embargos de declaração e efeitos infringentes - 2

O Plenário retomou julgamento de embargos de declaração em embargos de declaração interpostos de acórdão proferido em ação penal. O embargante, à época vice-presidente de comissão municipal de licitação, fora condenado por fraude nesse tipo de certame (v. *Informativo* 820).

Em voto-vista, o ministro Dias Toffoli acolheu em parte os embargos de declaração, com efeitos modificativos. Foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (presidente).

Registrou, preliminarmente, que o STF, ao reconhecer contradição intrínseca na dosimetria da pena, já tivera a oportunidade de acolher embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos modificativos, para reduzir a pena imposta (AP 470 EDj-décimos sétimos/MG, *DJe* de 10-10-2013).

No caso em comento, teria havido “bis in idem” quanto à valoração negativa da conduta social e da personalidade do embargante no acórdão condenatório. Os mesmos elementos que majoraram a culpabilidade também teriam justificado a negatização de sua conduta social e personalidade. Desse modo, haveria que se decotar da pena-base a referida valoração negativa.

Igualmente, ainda na primeira fase da dosimetria, teriam sido consideradas favoráveis ao embargante as consequências do crime, pois “os procedimentos licitatórios se aperfeiçoaram por preços de mercado, tendo sido as obras e os serviços realizados”. Apesar desse reconhecimento, o vetor não teria repercutido na pena.

Assim, a pena do embargante haveria que ser a reduzida para quatro anos de detenção em regime aberto e, posteriormente, substituída pela pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, e por outra pena de multa.

Os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux acompanharam o voto proferido pela ministra Cármen Lúcia (relatora), em assentada anterior, no sentido de rejeitar os embargos de declaração.

Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Teori Zavascki.

AP 565 ED-ED/RO, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-9-2016.

Exigência para participar de licitação e conflito legislativo

Por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 3.041/2005 do Estado de Mato Grosso do Sul, sem efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo.

A lei impugnada instituiu a chamada Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor (CVDC). Tal documento passou a ser exigido dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais, seja por meio de negociações diretas, seja por modalidades de licitação existentes.

A CVDC teria sido concebida como documento essencial para a habilitação de fornecedores em todas as licitações ou

contratos cujo valor total excedesse cinquenta Unidades Fiscais Estaduais de Referência de Mato Grosso do Sul (UFERMS). Além disso, estariam excluídos do universo de contratantes com o Poder Público local aqueles que detivessem contra si as seguintes anotações: a) descumprimento de sanção administrativa fixada em decisão definitiva, na qual o fornecedor tivesse sido condenado; b) sentença judicial de âmbito individual transitada em julgado, em que, no mérito, o fornecedor tivesse sido condenado por ofensa a direito do consumidor; c) sentença judicial de âmbito coletivo prolatada em ações coletivas.

O Tribunal afirmou que a Constituição outorgou privativamente à União a responsabilidade pelo estabelecimento de normas gerais sobre licitações e contratos (CF/1988, art. 22, XXVII). Essa competência pressuporia a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, “não gerais”, a serem editadas pelos demais entes federativos (CF/1988, arts. 24, 25, §1º, e 30, II).

A ordem constitucional reconhecera, em favor dos Estados-membros, autonomia para criar direito em matéria de licitações e contratos independentemente de autorização formal da União. Todavia, essa autonomia não seria incondicionada, devendo ser exercida apenas para a suplementação das normas gerais expedidas pela União, previstas na Lei 8.666/1993.

Caberia, então, analisar se a lei estadual, ao dispor sobre licitações e contratos, limitou-se a sua competência estadual ou, a pretexto de suplementar a norma geral, teria recriado condições normativas que somente lei geral poderia prever.

Asseverou que, para ser considerada válida, a suplementação deverá passar por um teste constituído de duas etapas: a) a identificação, em face do modelo nacional concretamente fixado, das normas gerais do sistema; b) verificação da compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais estabelecidas e as inovações fomentadas pelo direito local.

A Corte sublinhou que a lei atacada definitivamente não transporia o teste proposto. Ao criar requisito de habilitação obrigatório para a maioria dos contratos estaduais, o Estado-membro se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de participar de licitações. Criou, ainda, uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor seria motivo suficiente para justificar o impedimento à contratação de pessoas físicas e jurídicas pela Administração local. Embora a CVDC se aplicasse apenas aos contratos de valores superiores a cinquenta UFERMS, a sua exigência estaria longe de configurar condição especificamente ligada a determinado tipo de objeto. Seria, ao revés, limitação não episódica, incidente linearmente à maioria dos contratos estaduais.

Consignou ainda que o diploma impugnado introduzira requisito genérico e inteiramente novo para habilitação em qualquer licitação. Ao assim prover, a legislação estadual se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos e se apropriou de competência que, pelo comando do art. 22, XXVII, da CF/1988, caberia privativamente à União.

Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (presidente) acompanharam o relator. Porém, por reputarem violados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, economicidade e livre concorrência, julgaram procedente o pedido para declarar, também, a inconstitucionalidade material da norma.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam o pleito improcedente. O ministro Marco Aurélio pontuava que o Estado-membro teria atuado com observância às normas gerais editadas pela União e a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O ministro Celso de Mello enfatizava que o diploma legislativo em comento teria sido editado de modo plenamente legítimo, no âmbito de sua própria competência normativa, e responderia, também, no plano material, a exigência que a Constituição imporia a todos os entes da Federação, no sentido de tornar viável e efetiva a proteção aos direitos básicos do consumidor.

ADI 3.735/MS, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 8-9-2016.

PRIMEIRA TURMA

Concurso público e suspeita de irregularidade de titulação - 4

Com base no princípio da segurança jurídica, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que invalidara critério estabelecido por comissão de concurso para aferir pontos de títulos de especialização em certame voltado à outorga de delegações de notas e registros.

Diversos candidatos teriam apresentado diplomas de pós-graduação, na modalidade especialização, que teriam sido inicialmente admitidos pela comissão do concurso. Diante da existência de suspeitas quanto à regularidade de muitas das titulações, a comissão interpretou o edital e a Resolução 81/2009/CNJ de modo a impedir que títulos inidôneos servissem à classificação, sem que antes fossem submetidos a avaliação da validade. Esse fato levou vários candidatos beneficiados pela contabilização de títulos a ingressarem com procedimentos de controle administrativo no CNJ para que fosse declarada a

nulidade do ato da comissão, com a consequente divulgação do resultado definitivo do certame. Com o acolhimento parcial dos pedidos formulados, o CNJ afastou a orientação da comissão (v. *Informativos* 808 e 813).

A Turma afirmou que o edital de concurso público — enquanto estatuto de regência do certame — constituiria a lei interna dele. Os destinatários, portanto, estariam estritamente vinculados às suas cláusulas, desde que mantida a relação de harmonia, no plano hierárquico-normativo, com o texto da Constituição e com as leis da República. Além disso, nenhum ato de comissão de concurso poderia introduzir, no âmbito das relações de direito administrativo entre o Poder Público e os candidatos inscritos no certame, um fator de instabilidade e de incerteza, apto a frustrar, de maneira indevida, legítimas aspirações dos referidos candidatos.

Assim, não seria possível a aplicação retroativa de regra de limitação de títulos de pós-graduação, sob pena de afronta à segurança jurídica. A criação de critério “ad hoc” de contagem de títulos de pós-graduação, depois da abertura da fase de títulos, implicaria violação ao referido postulado normativo. As regras dispostas previamente no edital estariam de acordo com a Resolução 81/2009/CNJ, e não previam qualquer limitação para a contagem de títulos de especialização. Tampouco dispunham sobre formas de evitar a sobreposição e acumulação de certificados.

Segundo consignado, esse novo critério também ofenderia o princípio da impessoalidade, pois permitiria o favorecimento de alguns candidatos em detrimento de outros. Além disso, a solução de aferir cada um dos títulos apresentados, para evitar abusos, teria como consequência a perpetuidade do processo seletivo.

Por sua vez, aplicar a Resolução 187/2014/CNJ ao certame, com o fim de criar um limite para a contagem de títulos de pós-graduação, encontraria dois óbices: a) o CNJ determinara, com fundamento na segurança jurídica, que as modificações efetuadas por esse ato normativo não deveriam ser aplicadas aos processos seletivos em andamento; b) a jurisprudência do STF tem validado as decisões do CNJ que impedem a aplicação retroativa dos critérios dessa Resolução aos concursos de serventias extrajudiciais ainda não concluídos.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que concediam a ordem em parte. Permitiam, no âmbito do controle de legalidade, ante as condições específicas dos candidatos e das instituições de ensino, a desconsideração de certificados emitidos em contrariedade ao disposto na legislação educacional ou em situações de superposições e acúmulos desarrazoados, fraudulentos ou abusivos.

MS 33.406/DF, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão min. Roberto Barroso, julgamento em 6-9-2016.

Injúria: ofensa recíproca e perdão judicial

Em virtude da incidência do perdão judicial (CP/1940, art. 107, IX), a Primeira Turma extinguiu ação penal e declarou extinta a punibilidade de deputado federal acusado de suposta prática de crime de injúria.

O deputado federal teria publicado em rede social declarações ofensivas à honra de governador de Estado-membro. A publicação, extraída do perfil pessoal do acusado, teria sido capturada por meio de “print screen”.

A Turma reconheceu a materialidade e autoria delitivas, e afastou a inviolabilidade parlamentar material, pois as declarações teriam sido proferidas fora do recinto parlamentar e em ambiente virtual. Observou, portanto, não haver relação entre as declarações e o exercício do mandato.

Reputou configurado, de um lado, o elemento subjetivo, constituído pela vontade livre e consciente de atribuir qualificações negativas ao ofendido. Por outro lado, entendeu que o comportamento do ofendido traria reflexos à punibilidade da conduta.

O acusado postou as mensagens ofensivas menos de 24 horas depois de o ofendido publicar manifestação, também injuriosa, ao deputado. Seriam, assim, mensagens imediatamente posteriores às veiculadas pelo ofendido, e elaboradas em resposta a elas. Ao publicá-las, o acusado citou parte do conteúdo da mensagem postada pelo ofendido, comprovando o nexo de pertinência entre as condutas.

Dessa maneira, o ofendido não só, de forma reprovável, provocara a injúria, como também, em tese, praticara o mesmo delito, o que gerara a retorsão imediata do acusado. Sendo assim, estariam configuradas as hipóteses de perdão judicial, nos termos do art. 140, § 1º, do CP/1940 (“Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria”). Logo, não haveria razão moral para o Estado punir quem injuriou a pessoa que provocou.

AP 926/AC, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 6-9-2016.

SEGUNDA TURMA

Pensão: comprovação de união estável e concubinato - 2

A Segunda Turma retomou o julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato do Tribunal de Contas da

União (TCU) que determinara a cassação de pensão instituída em favor de companheira de servidor público federal. A Corte de Contas apontara como razão de decidir a ausência de comprovação do reconhecimento judicial de união estável. A impetrante sustenta ser beneficiária de pensão vitalícia instituída ainda em vida pelo servidor público mediante “ação de acordo de alimentos regularmente homologado” (v. *Informativo* 829).

Em voto-vista, o ministro Dias Toffoli divergiu, em parte, dos fundamentos do voto da ministra Cármen Lúcia (relatora) e concedeu a ordem. Acompanhou a relatora para rejeitar a suposta violação ao devido processo legal, por tratar-se de análise de legalidade de ato inicial de concessão de pensão. Sustentou que esse processo não se submeteria ao postulado do contraditório e da ampla defesa, nos termos do Enunciado 3 da Súmula Vinculante (“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”).

Consignou, no entanto, não haver controvérsia entre as alegações apresentadas pela impetrante, as provas constantes nos autos e as circunstâncias fáticas consideradas no acórdão do TCU acerca do fato de a pensão ter sido concedida pelo Ministério da Educação em favor da impetrante (em razão de relacionamento duradouro mantido com o instituidor do benefício) e do cônjuge feminino sobrevivente (cônjuge virago), com rateio entre as duas mulheres.

Para o ministro Dias Toffoli, o fundamento adotado pelo TCU quanto à ausência de título judicial a reconhecer o relacionamento entre a impetrante e o “de cujus” não subsistiria diante das provas apresentadas nos autos do presente “mandamus”. Nesse ponto, indicou a peça vestibular do acordo de alimentos, na qual a impetrante e o servidor falecido declararam terem convivido durante muitos anos, em união que gerou dois filhos. Mencionou, ainda, a sentença proferida naquele processo, na qual fora homologado o acordo de alimentos em favor da impetrante, a ser pago pelo “de cujus”, no percentual de 25% dos rendimentos brutos, salvo os descontos compulsórios.

Destacou que não haveria, na decisão do TCU, referência ao ato de oposição do cônjuge virago ao rateio da pensão concedida pelo Ministério da Educação com a impetrante. Entendeu que não se configuraria legítimo que, sob o fundamento de se preservar interesse não mais possível de ser exercido pela titular, se esvaziasse a força do título judicial formado nos autos de acordo de alimentos, ainda que o acórdão do TCU tivesse reconhecido o óbito do cônjuge sobrevivente.

Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Teori Zavascki.

MS 32.652/DF, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 6-9-2016.

Furto qualificado: dosimetria e circunstâncias judiciais - 2

A Segunda Turma retomou o julgamento de “habeas corpus” impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que mantivera decisão condenando o paciente à pena de três anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (CP/1940, art. 155, § 4º). A defesa sustenta a desproporcionalidade da pena-base aplicada e pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O STJ considerara as seguintes circunstâncias desfavoráveis ao réu: a) presença de culpabilidade, uma vez que o paciente estaria consciente da ilicitude do seu comportamento; b) ocorrência de rompimento de obstáculo à subtração da coisa (CP/1940, art. 155, § 4º, I); c) caracterização de maus antecedentes, tendo em conta a existência de quatro processos criminais em curso (v. *Informativo* 759).

Em voto-vista, a ministra Cármen Lúcia denegou a ordem. Não verificou constrangimento ilegal quanto à alegação de ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Por um lado, afastou a consciência da ilicitude (pressuposto da culpabilidade) e o rompimento de obstáculo (elementar do tipo) como circunstâncias idôneas a justificar a exacerbação da pena-base.

Por outro, verificou a existência de outras circunstâncias referidas pelo magistrado sentenciante, omitidas na fase do art. 59 do CP/1940, como o acusado haver escalado muro para furtar, ter retirado grande quantidade de objetos do local do delito e ter sido flagrado vendendo os produtos do crime. Essas circunstâncias foram expressamente invocadas no julgamento da apelação como suficientes para afirmar o acerto da pena, sem que sua utilização implicasse “reformatio in pejus”.

Ademais, considerou não se aplicar ao caso a suposta incompatibilidade entre a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do CP/1940 (crime praticado durante o repouso noturno) e a forma qualificada do delito de furto, prevista no § 4º do mesmo artigo, invocada pelo ministro Gilmar Mendes (relator) para a concessão de ofício da ordem.

Explicou que se admite a compatibilidade entre a causa de aumento e a qualificadora do crime de furto, tendo em conta que os dois comandos normativos são conciliáveis. Nesse sentido, o furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo pode ou não ser praticado durante o repouso noturno, de modo que essas duas figuras não se excluem. Tal conduta é ainda mais reprovável, o que enseja a incidência da causa de aumento.

Por fim, entendeu não caber a substituição da pena por restritiva de direitos, consideradas as circunstâncias dos autos, em especial a quantidade de bens furtados, o “modus operandi” e os vários processos a que responde o paciente por delitos na mesma natureza, motivo pelo qual estava preso pouco antes do cometimento do crime.

Em seguida, pediu vista o ministro Teori Zavascki.
HC 122.940/PI, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-9-2016.

Extradição e causas de interrupção da prescrição - 2

Por reconhecer a prescrição da pretensão executória quanto a um dos crimes, a Segunda Turma, em conclusão de julgamento, acolheu embargos de declaração com efeitos modificativos e indeferiu pedido de extradição.

Os embargos declaratórios foram opostos em face de acórdão que deferira pedido de extradição de nacional espanhol condenado pela prática dos crimes de “estafa” e de “falsificação de documento comercial”. No Brasil, tais delitos encontram correspondência aos crimes de estelionato e de falsificação de documento particular (CP/1940, arts. 171 e 298).

No recurso, sustentou-se a ocorrência de omissão e contradição no acórdão embargado na medida em que a data do protocolo do pedido de extensão da extradição foi considerada como marco interruptivo da prescrição. Segundo alegado, essa baliza não teria amparo legal. Tendo isso em conta, a prescrição da pretensão executória quanto ao crime de “estafa” (estelionato) estaria configurada (v. *Informativo* 837).

Preliminarmente, por decisão majoritária, o Colegiado não conheceu da proposta de desistência formulada pelo Estado requerente. Registrou que, apenas na hipótese de negativa da extradição, não seria admitido novo pedido baseado no mesmo fato (Lei 6.815/1980, art. 88). Diante da eventual possibilidade de reiteração do pedido extraditacional, haveria que se enfrentar os embargos declaratórios em questão.

Vencidos, quanto à preliminar, os ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia, que entendiam caber ao STF homologar o pedido, independentemente da eventual concordância do extraditando.

No mérito, a Segunda Turma registrou que, no acórdão embargado, ficara consignado que não se teria operado a prescrição da pretensão executória quanto à pena mínima de 1 ano de reclusão cominada ao crime de estelionato, cujo prazo prescricional é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP/1940.

Esse lapso temporal não teria decorrido entre a data do trânsito em julgado e a data do protocolo, no STF, do pedido de extensão da extradição. Não teria sido indicado no julgado, todavia, o fundamento legal para se considerar a data do protocolo do pedido de extradição como marco interruptivo da prescrição, e nisso residiria a omissão.

O Código Penal e a Lei 6.815/1980 não preveem, como causa interruptiva da prescrição, a apresentação do pedido de extradição. Ademais, à míngua de previsão em tratado específico, por força do princípio da legalidade estrita, não haveria como se criar um marco interruptivo em desfavor do extraditando.

Considerando-se que a condenação do extraditando pelo crime de estelionato (“estafa”) transitou em julgado em 16-3-2011 e que, por falta de disposição expressa em tratado específico, o recebimento do pedido de extensão da extradição não constituiria causa interruptiva da prescrição, haveria que se reconhecer a prescrição da pretensão executória. Em face da pena mínima cominada ao delito em questão (1 ano de reclusão), a aludida causa extintiva de punibilidade ocorreria em 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP.

Ademais, nos termos do art. 117, V, do CP, o início ou a continuação do cumprimento da pena interrompem a prescrição. Caso se entendesse que, por se tratar de extradição executória, o cumprimento do mandado de prisão preventiva para extradição significaria início de cumprimento de pena, a prescrição teria se interrompido em 7-7-2014 e, portanto, não haveria que se falar em prescrição da pretensão executória.

Ocorre que, mesmo em extradição executória, a prisão preventiva não perderia sua natureza cautelar. Essa espécie de prisão seria condição de procedibilidade para o processo de extradição, destinada, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradição (Ext 579 QO/Governo da República Federal da Alemanha, *DJ* de 10-9-1993).

Ext 1.346 ED/DF, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-9-2016.

Cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima e progressão de regime

O cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima por motivo de segurança pública não é compatível com a progressão de regime prisional.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, por maioria, não conheceu de “habeas corpus” em que se discutia a possibilidade da concessão do benefício em face de seu deferimento por juiz federal sem que houvesse a impugnação da decisão pela via recursal.

No caso, o juízo da execução penal suscitou conflito de competência ao ser comunicado de que a benesse da progressão de regime fora concedida ao paciente. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao resolver o conflito, cassou a progressão.

A Segunda Turma afirmou que a transferência do apenado para o sistema federal tem, em regra, como fundamento razões que atestam que, naquele momento, o condenado não tem mérito para progredir de regime. Observou que a transferência seria cabível no interesse da segurança pública ou do próprio preso (Lei 11.671/2008, art. 3º).

Frisou que o paciente seria líder de organização criminosa. Ademais, mesmo sem cometer infrações disciplinares, o preso que pertencesse à associação criminosa não satisfaria aos requisitos subjetivos para a progressão de regime. A pertinência à sociedade criminosa seria crime e também circunstância reveladora da falta de condições de progredir a regime prisional mais brando. A Segunda Turma ainda registrou que a manutenção do condenado em regime fechado, com base na falta de mérito do apenado, não seria incompatível com a jurisprudência do STF.

Vencida a ministra Cármen Lúcia, que concedia a ordem para que fosse assegurado ao condenado o regime semiaberto. Pontuava configurar constrangimento ilegal o afastamento pelo STJ, em conflito de competência, da decisão transitada em julgado que deferira ao paciente a progressão de regime.

HC 131.649/RJ, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-9-2016.

Incidente de insanidade mental e obrigatoriedade

O incidente de insanidade mental é prova pericial constituída em favor da defesa. Logo, não é possível determiná-lo compulsoriamente na hipótese em que a defesa se oponha à sua realização.

Essa é a conclusão da Segunda Turma ao conceder a ordem em “habeas corpus” que discutiu a legitimidade de decisão judicial que deferira pedido formulado pelo Ministério Público Militar determinando a instauração de incidente de insanidade mental, com fundamento no art. 156 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a ser realizado por peritos médicos de hospital castrense.

A Segunda Turma afirmou que o Código Penal Militar (CPM) e o Código Penal (CP) teriam adotado o critério biopsicológico para a análise da imputabilidade do acusado. Assim, a circunstância de o agente ter doença mental provisória ou definitiva, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico), não seria suficiente para ele ser considerado penalmente imputável, sem análise específica dessa condição para aplicação da legislação penal.

Havendo dúvida sobre a imputabilidade, seria indispensável que, por meio de procedimento médico, se verificasse que, ao tempo da ação ou da omissão, o agente era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

Contudo, no caso em comento, a defesa não solicitara a realização do mencionado exame. Tendo isso em conta, o Colegiado asseverou que o paciente não estaria obrigado a se submeter a esse exame.

HC 133.078/RJ, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 6-9-2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	—	8.9.2016	5
1ª Turma	6.9.2016	—	36
2ª Turma	6.9.2016	—	68

CLIPPING DO DJE

5 a 9 de setembro de 2016

HC N. 127.288-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ART. 288 DO CP (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.720/2012). FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317, § 1º, DO CP. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a extinção da ação penal de forma prematura, via *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de causa extintiva da punibilidade.
2. A denúncia descreve de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas à paciente, correlacionando-as aos tipos penais em questão (art. 288, na redação originária, e art. 317, §1º, do CP e art. 90 da Lei 8.666/1993). Revela a existência de grupo de pessoas associadas e organizadas para a prática de fraudes licitatórias e corrupção passiva, com a indicação detalhada do *modus operandi* empregado na empreitada criminosa. As ações nela descritas possuem relevo para a esfera penal.
3. Avançar nas alegações postas na impetração, sobre a carência de provas concretas acerca da prática dos crimes narrados, revela-se inviável nesta ação constitucional, por pressuporem o revolvimento dos fatos e provas da causa.
4. O desmembramento do processo, como consectário do excessivo número de acusados, para imprimir maior celeridade processual, encontra respaldo no art. 80 do Código de Processo Penal. Precedentes. A reversão desse entendimento, com a posterior reunião dos processos, implicou a superação dessas questões, de modo que não há como avançar no exame da vulneração da paridade de armas e da ampla defesa quanto aos atos processuais realizados no período em que os autos permaneceram desmembrados, já que, sobre essa matéria específica, o STJ não se pronunciou.
5. Ordem denegada.

*noticiado no Informativo 836

MS N. 33.619-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SUSPENSÃO DE INCLUSÃO DE NOVOS BENEFICIÁRIOS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. GEAP. ÓBICE AO INGRESSO DE SERVIDOR DO PODER EXECUTIVO CEDIDO À JUSTIÇA FEDERAL, QUE, ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE, RETORNOU AO ÓRGÃO DE ORIGEM PARA APOSENTARIA POR INVALIDEZ. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO TRATAMENTO DA DOENÇA INICIADO DURANTE PERÍODO DE CESSÃO. VEDAÇÃO ADMINISTRATIVA EXCEPCIONADA PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE EM EXAME. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

**noticiado no Informativo 836*

Inq N. 3.932-DF e Pet N. 5.243-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

Ementa: PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA.

1. Os Tratados de proteção à vida, à integridade física e à dignidade da mulher, com destaque para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará” (1994); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - “Carta Internacional dos Direitos da Mulher” (1979); além das conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela ONU - devem conduzir os pronunciamentos do Poder Judiciário na análise de atos potencialmente violadores de direitos previstos em nossa Constituição e que o Brasil se obrigou internacionalmente a proteger.

2. Os direitos humanos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são analisados sob o enfoque de que “em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam - na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas - elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido” (HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004).

3. A Lei Maria da Penha inaugurou o novel paradigma que culminou, recentemente, no estabelecimento de pena mais grave o Feminicídio, não admite que se ignore o pano de fundo aterrador que levou à edição dessas normas, voltadas a coibir as cotidianas mortes, lesões e imposições de sofrimento físico e psicológico à mulher. Não é por outro motivo que o art. 6º da Lei 11.340/2006 estabelece que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” e que, em seu art. 7º, o mesmo diploma preveja a proteção da mulher contra “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.

4. Discursos que relativizam a gravidade e a abjeção do crime sexual contribuem para agravar a vitimização secundária produzida pelo estupro, porquanto a característica principal do sistema processual penal é um profundo desinteresse pela vítima. Deveras, conforme pesquisa de Claire Sherman Thomas, a defesa do criminoso sexual tende a justificar a conduta violenta por meio da atribuição de culpa à própria vítima.

5. A violência sexual deve ser lida como um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em estado de medo, sendo certo que o estupro é um crime não de luxúria, mas sim de exercício de violência e poder, conforme conceituação de aceitação internacional formulada por Susan Brownmiller.

6. O direito exerce importante papel na construção social das diversas e variadas subjetividades, donde decorre a necessidade de os operadores jurídicos considerarem a realidade das relações sociais, com o fim de consolidar um olhar distinto diante da discriminação e da violência que caracterizam as relações de gênero no país.

7. A incitação ao crime, enquanto delito contra a paz pública, traduz afronta a bem jurídico diverso daquele que é ofendido pela prática efetiva do crime objeto da instigação.

8. A incitação ao crime abrange tanto a influência psíquica, com o objetivo de fazer surgir no indivíduo (determinação ou induzimento) o propósito criminoso antes inexistente, quanto a instigação propriamente dita, que reforça eventual propósito existente. Conseqüentemente, o tipo penal do art. 286 do Código Penal alcança qualquer conduta apta a provocar ou a reforçar a intenção da prática criminosa. Na valiosa lição de Nelson Hungria, incita a prática do crime aquele que atira a primeira pedra contra a mulher adúltera.

9. In casu,

(i) o parlamentar é acusado de incitação ao crime de estupro, ao afirmar que não estupraria uma Deputada Federal porque ela “não merece”;

(ii) o emprego do vocábulo “merece”, no sentido e contexto presentes no caso sub judice, teve por fim conferir a este gravíssimo delito, que é o estupro, o atributo de um prêmio, um favor, uma benesse à mulher, revelando interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher “poderia” ou “mereceria” ser estuprada.

10. A relativização do valor do bem jurídico protegido - a honra, a integridade psíquica e a liberdade sexual da mulher - pode gerar, naqueles que não respeitam as normas penais, a tendência a considerar mulheres que, por seus dotes físicos ou por outras razões, aos olhos de potenciais criminosos, “mereceriam” ser vítimas de estupro.

11. O desprezo demonstrado pelo bem jurídico protegido (dignidade sexual) reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, com potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais, deixando, a depender da situação, de reprovar a violação sexual, como seria exigível mercê da expectativa normativa.

12. As recentes notícias de estupros coletivos reforçam a necessidade de preocupação com discursos que intensifiquem a vulnerabilidade das mulheres.

13. In casu,

(i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que “não estupraria” Deputada Federal porque ela “não merece”;

(ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente accidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet;

(iii) a campanha “#eu não mereço ser estuprada”, iniciada na internet em seguida à divulgação das declarações do Acusado, pretendeu expor o que se considerou uma ofensa grave contra as mulheres do país, distinguindo-se da conduta narrada na denúncia, em que o vocábulo “merece” foi empregado em aparente desprezo à dignidade sexual da mulher.

14. (i) A incitação ao crime, por consubstanciar crime formal, de perigo abstrato, independe da produção de resultado naturalístico.

(ii) A idoneidade da incitação para provocar a prática de crimes de estupro e outras violências, físicas ou psíquicas, contra as mulheres, é matéria a ser analisada no curso da ação penal.

(iii) As declarações narradas na denúncia revelam, em tese, o potencial de reforçar eventual propósito existente em parte daqueles que ouviram ou leram as

- declarações, no sentido da prática de violência física e psíquica contra a mulher, inclusive novos crimes contra a honra de mulheres em geral.
- (iv) Conclusão contrária significaria tolerar a reprodução do discurso narrado na inicial e, conseqüentemente, fragilizar a proteção das mulheres perante o ordenamento jurídico, ampliando sua vitimização.
15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014).
- (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar.
16. A incitação ao crime, mercê da pena máxima de seis meses prevista no art. 286 do Código Penal, se enquadra no conceito de crime de menor potencial ofensivo, à luz do art. 61 da Lei 9.099/95.
17. Os benefícios previstos nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 não podem ser concedidos pelo Poder Judiciário sem que o titular da ação penal tenha oferecido a proposta (Inq. 3438, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, DJE 10/02/2015). Conseqüentemente, abre-se a fase de análise da viabilidade da denúncia, máxime quando o acusado manifesta desinteresse na transação penal.
18. O concurso formal, *in foco*, justifica o julgamento conjunto da queixa-crime oferecida por crimes de injúria e calúnia.
19. À luz das premissas teóricas anteriormente estabelecidas na análise do tipo penal do art. 286 do Código Penal, verifica-se a adequação da conduta ao tipo penal objetivo do crime de injúria, diante da exposição da imagem da Querelante à humilhação pública, preenchendo, ainda, o elemento subjetivo do art. 140 do Código Penal, concretizado no *animus injuriandi* e no *animus offendendi*.
20. A dúvida razoável sobre ter sido a resposta proporcional a eventuais ofensas sofridas não restou comprovada, porquanto não foi mencionada expressamente qualquer provocação pessoal, direta e censurável da Querelante ao Querelado, na data dos fatos narrados na Inicial da Queixa-Crime.
21. O crime de calúnia somente se configura quando seja atribuída à vítima a prática de fato criminoso específico, com intenção de ofender sua reputação (INQ 2084, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09/09/2005), por isso que, no caso sub examine, a inicial da Queixa-Crime deve ser parcialmente rejeitada, porquanto não narra de que maneira a afirmação do Deputado, de que teria sido chamado de “estuprador” pela Querelante, poderia ter ofendido a honra da Deputada Federal.
22. *Ex postis*, à luz dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, recebo a denúncia pela prática, em tese, de incitação ao crime; e recebo parcialmente a queixa-crime, apenas quanto ao delito de injúria. Rejeito a Queixa-Crime quanto à imputação do crime de calúnia.

*noticiado no Informativo 831

Ext N. 1.423-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: EXTRADIÇÃO. “CUMPLICIDADE” EM CASO DE MALVERSAÇÃO. ART. 266 DO CÓDIGO PENAL ALEMÃO. FALTA DE JUNTADA DE CÓPIA DA LEGISLAÇÃO REFERENTE À PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DUPLA TIPICIDADE DO TIPO ESTRANGEIRO COM OS DELITOS DOS ARTS. 171 E 172 DO CÓDIGO PENAL. PUNIBILIDADE DEMONSTRADA, ANTE A AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. EXTRADIÇÃO DEFERIDA.

1. Conforme reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, é possível ao Estado requerente, no âmbito da extradição, complementar a documentação considerada insuficiente.
2. O requisito da dupla tipicidade independe da compatibilidade abstrata dos tipos penais, sendo atendido pelo exame das imputações dos fatos tidos por ilícitos, consoante posto na Lei 6.815/1980. No caso, as ações previstas no art. 266 do Código Penal alemão, claramente descritas no pedido de extradição, correspondem, no mínimo, aos tipos penais de estelionato e/ou duplicata simulada, constantes nos arts. 171 e 172 do Código Penal.
3. Não se encontra configurada a prescrição em quaisquer das legislações penais.
4. Agravo regimental desprovido e pedido extradicionário deferido.

HC N. 135.248-BA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. RÁDIO CLANDESTINA. POTENCIAL LESIVO ATESTADO PELAS AUTORIDADES COMPETENTES. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

1. Não se pode perceber a tipicidade penal como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, necessária a análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto para verificar-se a ocorrência de lesão grave, contudente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.
2. Na espécie vertente, a análise dos documentos trazidos com o pedido e dos argumentos articulados na inicial demonstra a inexistência dos requisitos essenciais à incidência desse princípio, sendo determinante para o deslinde de controvérsia como a dos autos o relevo do bem jurídico tutelado na situação cuidada.
3. Embora haja precedentes deste Supremo Tribunal no sentido da aplicação do princípio da insignificância aos crimes de rádio clandestina, naqueles julgados foram debatidas situações nas quais a inexistência de lesividade estava comprovada pelas autoridades competentes, diferente do que se tem na espécie em exame. É incontroverso nestes autos que, embora a potência do transmissor utilizado pelo Paciente seja de 25W, o potencial lesivo está demonstrado.
4. Para prosperar a pretensão da Impetrante de incidência do princípio da insignificância na espécie, necessário reexaminar fatos e provas dos autos para afastar-se a premissa do potencial lesivo da aparelhagem apreendida com o Paciente.
5. Ordem denegada.

Acórdãos Publicados: 117

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Mandado de Segurança Preventivo - Superveniência do Ato Receado - Prejudicialidade - Inocorrência - Informações Oficiais -

Presunção de Veracidade (Transcrições)

MS 34.217-MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SUPERVENIÊNCIA, NO CURSO DO PROCESSO MANDAMENTAL, DO ATO QUE SE DESEJA IMPEDIR. INOCORRÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. CONSEQUENTE PROSSEGUIMENTO DO “WRIT” MANDAMENTAL. PRECEDENTES (STF). PRETENSÃO APOIADA EM FATOS REVESTIDOS DE APARENTE ILIQUIDEZ. POSSÍVEL CONFLITO, QUANTO AO SUPORTE FÁTICO, ENTRE AS ALEGAÇÕES DO IMPETRANTE E AS AFIRMAÇÕES DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. A QUESTÃO DA PRESUNÇÃO “JURIS TANTUM” DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES OFICIAIS. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. SITUAÇÃO DE DÚVIDA OBJETIVA QUE DESCARACTERIZA A PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA POSTULAÇÃO CAUTELAR. PROVIMENTO LIMINAR CUJA CONCESSÃO DEPENDE DA SATISFAÇÃO CUMULATIVA DOS REQUISITOS PERTINENTES AO “FUMUS BONI JURIS” E AO “PERICULUM IN MORA”. LIMINAR INDEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado contra o eminente Senhor Presidente e dois ilustres Senhores Conselheiros do E. Conselho Nacional do Ministério Público, com a finalidade de assegurar ao autor deste “writ” constitucional a permanência e o exercício no cargo de Procurador da República, amparando-o “contra qualquer ato de demissão administrativa”, e de fazer cessar a ordem emanada do CNMP que “suspendeu (...) o exercício e o estágio probatório do impetrante”.

Esta impetração mandamental sustenta-se, em síntese, nos seguintes fundamentos:

“A decisão proferida pelo CNMP no PAD relegou por absoluto o que fora julgado pelo Conselho Superior do MPF, assim como desconsiderou o vitaliciamento do Impetrante ocorrido no curso do feito disciplinar, violando seu direito líquido e certo.

No mesmo sentido, a liminar concedida pelo mesmo Órgão impetrado que suspendeu o exercício funcional do Impetrante com o único e claro objetivo de evitar o seu vitaliciamento é ilegal, pois está em absoluta contradição às garantias funcionais previstas aos membros do Ministério Público no art. 60, § 2º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625-1993) e à própria Lei Orgânica do MPU (LC 75-1993):

.....
 Nota-se, facilmente, que qualquer pretensão de suspender o curso do prazo decadencial para vitaliciamento não encontra amparo legal. Muito ao contrário, eventual suspensão fere flagrantemente a lei, pois o servidor público segue as regras da legalidade estrita, não podendo inovar sem que haja lei formal e material para tanto.

Portanto, considerando que o trânsito em julgado da decisão que recomendou a penalidade de demissão do Impetrante ocorreu após o prazo de seu vitaliciamento e a evidente ilegalidade da decisão liminar que determinou a suspensão do prazo de contagem do estágio probatório (‘ex vi’ dos arts. 60, § 2º, da Lei Orgânica Nacional do MP, e 260, § 3º, da Lei Orgânica do MPU), urge que a iminente demissão administrativa do Impetrante fere seu direito líquido e certo de ser considerado vitaliciado e conseqüentemente necessitar de ação judicial para perda do cargo, nos termos do artigo 128 da Constituição Federal.

Em razão disso, seja recebida a decisão do CNMP como recomendação para ajuizamento da ação civil para perda do cargo, nos termos do art. 259, IV, ‘a’, da LOMPU assim como entende a própria jurisprudência deste próprio Supremo Tribunal Federal, o qual já se deparou com caso semelhante sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello: (...).

.....
 Pois bem, além da ilegalidade de uma demissão administrativa, considerando que o Impetrante já deve ser considerado para fins legais como vitalício, a liminar concedida pelo CNMP que suspendeu o exercício funcional do Impetrante também está flagrantemente viciada por desvio de finalidade.

Ora, conceder uma liminar monocrática – por conselheiro diverso daquele que julgou o PAD/CNMP 162-2015 – além de ser uma flagrante ilegalidade importa evidente abuso de poder por desvio de finalidade, uma vez que o único objetivo perseguido pelo CNMP foi impedir o exercício funcional do Impetrante para, prorrogando fictamente o término do prazo de seu estágio probatório (que se encerraria em 14.5.2016), obstar ilegalmente o vitaliciamento do Impetrante.

.....
 Ressalta-se que a liminar para a suspensão foi concedida no dia 30 de março de 2016, 01 (um) dia depois do CNMP já ter votado por maioria pela demissão do Impetrante, restando alguns outros votos, os quais foram colhidos em sessão ocorrida em 10 de abril de 2016.

Ora, se o objetivo era afastá-lo da carreira, a pena de demissão alcança o objetivo pretendido pelo Órgão, pois extingue o vínculo funcional do agente público com o MPF. Além disso, não se pode admitir uma medida cautelar inominada (não existente na lei) em procedimento administrativo de modo a suspender o prazo para vitaliciamento, de natureza decadencial, para resguardar a eficácia da punição do Impetrante.

Pois o que aconteceu foi justamente o seguinte: no julgamento no dia 29 de abril de 2016, constatou-se que havia maioria para a recomendação da pena de demissão. Dito isto, decidiu-se tomar medida ‘cautelar’, no dia seguinte, não existente no ordenamento jurídico para suspender o prazo de vitaliciamento de maneira que se garantisse a punição do Impetrante. Uma manobra espúria e ilegal, a qual afrontou o direito líquido e certo ao vitaliciamento, em afronta às garantias funcionais na Lei Nacional do MP e na Lei Orgânica do MPU.

Portanto, flagrante o desvio de finalidade, a desproporção e o atropelo por parte do Conselho Nacional do Ministério Público.

.....
 Assim, presentes os requisitos, pede-se (...), LIMINARMENTE, de forma cautelosa, a suspensão do ato ilegal e coator que suspendeu o exercício funcional do Impetrante (PCA sob nº 158.2016-72), para em claro desvio de finalidade impedir seu vitaliciamento, até que se proceda ao julgamento do mérito da presente impetração.

Assim como, preventivamente, requer seja impedido ato coator e ilegal por parte do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República consistente na demissão administrativa do Impetrante, em razão da garantia constitucional prevista no art. 128, § 5º, I.

Por fim, observa-se que do descumprimento da eventual liminar concedida, deva decorrer multa diária, sequestro de valores dos cofres públicos, crime de desobediência e sanções administrativas, nos termos do artigo 26 da Lei n.º 12.016/2009.” (grifei)

Ao prestar as informações que lhe foram solicitadas, o eminente Senhor Presidente do E. Conselho Nacional do Ministério Público, sustentando a plena legitimidade jurídica dos atos, assim se pronunciou:

“2. Após o trâmite regular de todo o procedimento, fora proferida decisão, na 1ª Sessão Extraordinária do CNMP, em 05/04/2016, fundamentada resumidamente assim, naquilo que importa ao Mandado de Segurança:

.....
 b. Aplicação da Pena de demissão ao membro, pela prática de incontinência pública e escandalosa que comprometa gravemente, por sua habitualidade, a dignidade da Instituição, frente às provas coesas e harmônicas que demonstraram a existência dos fatos narrados pela Portaria CNMP – CONS/GAB/CC nº 65/2015 (fls. 687/728). (...):

.....
 4. O feito transitou em julgado em 07/06/2016, conforme certidão de fl. 1093.

Importa acrescentar que o julgamento do feito se deu anteriormente à data alegada pelo membro como a de seu vitaliciamento (14 de maio de 2016). Consta então na decisão que a pena de demissão poderia ser aplicada sem a necessidade de ajuizamento de ação de perda de cargo.” (grifei)

Registro, preliminarmente, que, **não obstante o caráter preponderantemente preventivo** do presente mandado de segurança, **este “writ” constitucional não está prejudicado, muito embora** haja sobrevindo, **no curso** do processo mandamental, **o ato** cuja prática busca-se impedir, **considerado o próprio objeto desta impetração, consistente** em assegurar-se ao impetrante, “de forma preventiva, seu exercício no cargo contra qualquer ato de demissão administrativa em razão de recomendação no julgamento do PAD de nº 1.00162-2015 até que seja discutido o mérito desse ‘Writ’”.

O Supremo Tribunal Federal, em precedentes que guardam pertinência com a espécie ora em exame, firmou orientação no sentido de reconhecer ausente situação de prejudicialidade do mandado de segurança **naquelas hipóteses** em que, **impetrado preventivamente**, registre-se a **superveniência** do ato cuja consumação pretendia-se evitar (**MS 30.272/MG**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **MS 33.821/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **MS 33.922-MC/DF**, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.):

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

2. Mandado de segurança preventivo. A circunstância de a ameaça de lesão ao direito pretensamente titularizado pelo Impetrante ter-se convolado em dano concreto não acarreta perda de objeto da ação.

9. Segurança denegada.”
(**MS 30.260/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **grifei**)

“(…) Diferentemente do que defendido pela autoridade impetrada e pela União, entendo que a superveniência do Acórdão nº 4795/2012 – TCU – 1ª Câmara, alterando a moldura fática subjacente à impetração, não evidencia a perda de objeto do ‘mandamus’, mas tem o condão de converter o mandado de segurança preventivo em repressivo. (…)”
(**MS 31.557/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **grifei**)

“I. Reclamação: alegação de desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal no RE 245.075-8: procedência.

II. Mandado de segurança preventivo: traz implícito o pedido de desconstituição do ato que se quer evitar; consumado o ato após o ajuizamento da ação, a impetração não fica prejudicada. (…)”
(**Rel 4.190/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **grifei**)

Sendo esse o contexto, passo a examinar o pedido de medida cautelar **formulado** pelo ora impetrante. **E, ao fazê-lo, entendo**, embora em juízo de estrita deliberação, **não** lhe assistir razão, **sem prejuízo, contudo, de ulterior análise** da matéria em questão **em momento oportuno**.

O exame dos autos, **efetuado** em sede de cognição incompleta (“non plena cognitio”), **parece revelar** que não teria ocorrido a alegada transgressão à garantia constitucional da vitaliciedade (**CF**, art. 128, § 5º, I, “a”), **que representa** o aspecto central da presente impetração, **ainda mais se se confrontar** tal pretensão com o conteúdo veiculado nas **informações oficiais** prestadas pelo eminente Senhor Presidente do CNMP.

O antagonismo existente entre, de um lado, a alegação do impetrante **de que já concluiu o biênio constitucional para efeito** de aquisição do predicamento da vitaliciedade (**CF**, art. 128, § 5º, I, “a”) **e, de outro, a afirmação** do Senhor Presidente do CNMP de que a punição administrativa **imposta** ao autor deste “writ” foi aplicada **antes** de consumado aquele lapso temporal **parece evidenciar possível** situação de iliquidez **em torno** dos fatos subjacentes à presente impetração.

Não se desconhece que a existência de **controvérsia** sobre matéria de fato **revela-se** bastante **para descaracterizar a liquidez necessária** à configuração de situação **amparável** pela ação de mandado de segurança:

“Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena disciplinar de demissão. Alegação de decisão contrária às provas dos autos e consequente desvio de finalidade do procedimento. Pretensão de reexame do conjunto fático-probatório coligido no processo disciplinar inconciliável com o rito do ‘writ’.

Recurso ordinário a que se nega provimento.”
(**RMS 23.988/DF**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **grifei**)

Registre-se que esta Corte, **em sucessivas** decisões, **tem assinalado que o direito líquido e certo**, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, **é, tão âmbito não se admite** a possibilidade de instauração incidental de dilação probatória (**RTJ 176/692-693**, v.g.), **proferiu**, em 16/02/2016, **julgamento** cujas razões **descaracterizariam** a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo ora impetrante:

“(…) direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco.”
(**RTJ 83/130**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – **grifei**)

“O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca (…)”
(**RTJ 83/855**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – **grifei**)

“(…) É da essência do processo de mandado de segurança a característica de somente admitir prova literal pré-constituída, ressalvadas as situações excepcionais previstas em lei (Lei nº 1533/51, art. 6º e seu parágrafo único).”
(**RTJ 137/663**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

É por esse motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **tendo em conta o caráter marcadamente documental** do processo de mandado de segurança, **em cujo âmbito não se admite** a possibilidade de instauração incidental de dilação probatória (**RTJ 176/692-693**, v.g.), **proferiu**, em 16/02/2016, **julgamento** cujas razões **descaracterizariam** a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo ora impetrante:

“MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADA DA JUSTIÇA DO PARÁ. ALEGADA ATUAÇÃO IRREGULAR EM AÇÃO DE USUCAPIÃO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E AFASTAMENTO CAUTELAR DA IMPETRANTE DAS FUNÇÕES JUDICANTES. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE; IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR FATOS E PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES. ANÁLISE RESTRITA À ADEQUAÇÃO DOS MOTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO (INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INDEPENDÊNCIA, IMPARCIALIDADE E PRUDÊNCIA) COM A MEDIDA ADOTADA: AUSÊNCIA DE EXCESSO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.”

(**MS 33.081/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **grifei**)

Assinalo, neste ponto, por necessário, que não guardaria pertinência com a presente causa a decisão por mim proferida, como Relator, no MS

31.354-MC/DF, pois, em referido processo, inexistia qualquer situação de **dúvida objetiva** em torno dos fatos *comprobatórios* da aquisição, **por determinado** representante do Ministério Público, **da garantia constitucional** da vitaliciedade.

Há a considerar, ainda, sempre na perspectiva *do aparente conflito entre as alegações do impetrante, de um lado, e as objeções do Senhor Presidente do CNMP, de outro, o fato de que as declarações emanadas de agentes públicos, quando prestadas, como no caso, em razão do ofício que exercem, qualificam-se pela nota da veracidade, prevalecendo eficazes até que sobrevenha prova idônea e inequívoca em sentido contrário.*

E a razão é uma só: precisamente porque constantes de documento subscrito por agente estatal, tais informações *devem prevalecer*, pois, como se sabe, *as declarações emanadas de agente público gozam, quanto ao seu conteúdo, da presunção de veracidade, consoante assinala autorizado magistério doutrinário* (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 419, item n. 66, 28ª ed., 2010, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 197/198, item n. 7.6.1, 22ª ed., 2009, Atlas; DIOGENES GASPARINI, “Direito Administrativo”, p. 74/75, item n. 7.1, 2008, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 54, item n. 43, 1999, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 111/112, item n. 2, 19ª ed., 2008, Lumen Juris).

Esse entendimento – que põe em evidência o atributo de veracidade inerente aos atos emanados do Poder Público e de seus agentes – tem o **benelápicio da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (RTJ 86/212 – RTJ 133/1235-1236 – RTJ 161/572-573, v.g.):

– “As informações prestadas em mandado de segurança pela autoridade apontada como coatora gozam da presunção ‘juris tantum’ de veracidade.”

(MS 20.882/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“PRESUNÇÃO ‘JURIS TANTUM’ DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES OFICIAIS PRESTADAS PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA E DAS DECLARAÇÕES EMANADAS DE AGENTES PÚBLICOS.

– As informações que a autoridade apontada como coatora prestar em mandado de segurança, bem assim as declarações oficiais que agentes públicos formularem no exercício de seu ofício, revestem-se de presunção relativa (‘juris tantum’) de veracidade, devendo prevalecer até que sobrevenha prova juridicamente idônea, em sentido contrário, que as desautorize. Doutrina, Precedentes, Declaração subscrita por agente público atestando a ciência inequívoca, pelo impetrante, do início dos trabalhos de vistoria. Presunção de veracidade não elidida no caso em exame. (...)”

(MS 24.307/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

As razões que venho de expor convencem-me, embora em sede de *sumária cognição*, de que se mostra **inaccolhível** a postulação cautelar **deduzida** pelo ora impetrante.

É importante rememorar, neste ponto, que o **deferimento** da medida liminar, **resultante** do concreto exercício *do poder geral de cautela outorgado* aos juízes e Tribunais, *somente se justifica* em face de situações **que se ajustem** aos pressupostos referidos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009: **a existência** de plausibilidade jurídica (“*fumus boni juris*”), *de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil* reparação (“*periculum in mora*”), *de outro.*

Sem que concorram esses dois requisitos – que são **necessários, essenciais e cumulativos** –, **não se legitima** a concessão da medida liminar, **consoante enfatiza a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“Mandado de segurança. Liminar. Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão estão especificados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, a saber: a) **relevância** do fundamento da impetração; b) **que do ato impugnado possa resultar a ineficácia** da medida, caso seja deferida a segurança.

Não concorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar.”

(RTJ 112/140, Rel. Min. ALFREDO BUZAID – grifei)

Sendo assim, em juízo *de estrita* deliberação, e *sem prejuízo* de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente sede processual, **indefiro** o pedido de medida liminar.

2. **Defiro** o pretendido benefício da **gratuidade**, tendo em vista a **afirmação** que a parte ora impetrante fez nos termos e para os fins a que se refere a legislação processual (CPC/15, arts. 98 e 99, “caput” e §§ 3º e 4º, c/c o RISTE, art. 21, XIX).

3. **Ouçá-se**, em sua condição de “*custos legis*”, o Ministério Público Federal. Publique-se.

Brasília, 22 de agosto de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe de 25.8.2016

Informativo 839

SUMÁRIO

Plenário

Conflito de competência e discussão sobre depósito de FGTS

Art. 7º, XIII, da CF e jornada especial de trabalho

Convenção 158 da OIT e denúncia unilateral - 9

Repercussão Geral

Art. 384 da CLT e recepção pela CF/1988: segundo julgamento

Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento

Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa

1ª Turma

Colaboração premiada e requisitos para concessão de perdão judicial

Administração Pública: ressarcimento e decadência - 3

2ª Turma

Intimação da Defensoria Pública e sessão de julgamento de HC

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Extradicação e causa de interrupção da prescrição (Ext 1.346 ED/DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Conflito de competência e discussão sobre depósito de FGTS

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, conheceu de conflito de competência entre Tribunal Superior do Trabalho e tribunal de justiça estadual.

No caso, após o trânsito em julgado de decisão que declarara a improcedência de reclamação trabalhista, teria sido proposta ação rescisória. Na peça, o reclamante sustentou a incompetência absoluta da justiça do trabalho devido à transformação do regime jurídico de celetista para estatutário com base em lei municipal editada em 1994.

Prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator). Em seu entendimento, a competência seria uma decorrência da jurisdição atribuída pela Constituição ou por lei ao órgão judicial. Além disso, ela seria definida conforme a ação proposta de acordo com a causa de pedir.

Desse modo, em relação jurídica de natureza celetista na qual se pretendam parcelas trabalhistas, a análise do tema cabe à justiça do trabalho, e não à justiça comum. Àquela incumbiria até mesmo o exame de possível carência da ação.

Os ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, tendo em vista a apreciação do Tema 853 da repercussão geral pelo STF, acompanharam a conclusão do relator. Em tal precedente, a Corte havia assentado que compete à justiça do trabalho processar e julgar demandas relacionadas à obtenção de prestações trabalhistas ajuizadas contra órgãos da Administração Pública por servidores que ingressaram em seus quadros sem concurso público, antes da CF/1988, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A ministra Cármen Lúcia (presidente) e os ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso ressaltaram que a “causa petendi” do pedido não definiria a competência.

O ministro Dias Toffoli ficou vencido, ao entender que a competência para julgar a causa é da justiça estadual comum. Pontuou que já havia decidido nesse sentido em caso análogo (CC 7.876/PR, DJE de 3-2-2015).

CC 7.950/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 14-9-2016.

Art. 7º, XIII, da CF e jornada especial de trabalho

É constitucional o art. 5º da Lei 11.901/2009 [“A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais”].

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta que questionava o referido dispositivo.

Segundo o Tribunal, a norma impugnada não viola o art. 7º, XIII, da CF/1988 [“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”].

A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso encontra respaldo na faculdade conferida pelo legislador constituinte para as hipóteses de compensação de horário. Embora não exista previsão de reserva legal expressa no referido preceito, há a possibilidade de negociação coletiva. Isso permite inferir que a exceção estabelecida na legislação questionada garante aos bombeiros civis, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, bem como jornada

semanal de trabalho não superior a 36 horas.

Da mesma forma, não haveria ofensa ao art. 196 da CF/1988. A jornada de trabalho que ultrapassa a 8ª hora diária pode ser compensada com 36 horas de descanso e o limite de 36 horas semanais. Ademais, não houve comprovação, com dados técnicos e periciais consistentes, de que essa jornada causasse danos à saúde do trabalhador, o que afasta a suposta afronta ao art. 7º, XXII, da CF/1988.

Vencidos, em parte, os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio. Para eles, era procedente o pedido para fixar interpretação conforme à Constituição no sentido de que a norma poderia ser excepcionada por acordo coletivo ou pelo exercício legítimo da liberdade de contratação das partes.

ADI 4.842/DF, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 14-9-2016.

Convenção 158 da OIT e denúncia unilateral - 9

O Plenário retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ajuizada em face do Decreto 2.100/1996. Por meio dessa norma, o presidente da República tornara pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador — *v. Informativos* 323, 421, 549 e 807.

Em voto-vista, o ministro Teori Zavascki julgou improcedente o pedido formulado. Entendeu, contudo, que a denúncia de tratados internacionais pelo presidente da República dependeria de autorização do Congresso Nacional. Propôs, então, que se outorgasse eficácia apenas prospectiva. Assim, seriam preservados, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o decreto atacado — o que ensejaria juízo de improcedência do pedido formulado na ADI — e os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata de julgamento da referida ação.

O relator afirmou ser indiscutível que o Poder Executivo ocupa posição de destaque na geometria institucional das relações exteriores. Afinal, esse Poder é responsável pela representação do País na comunidade internacional e está à frente das atividades de chancelaria (CF/1988, art. 84, VII), especialmente daquelas que envolvem a celebração de tratados internacionais, que, pela sua relevância, teriam ganhado fundamento constitucional próprio (CF/1988, art. 84, VIII). No entanto, o protagonismo do presidente da República na promoção das relações exteriores não o transformaria numa espécie de autoridade desconstitutiva especial. Tampouco o capacitaria a revogar, a qualquer tempo, e apenas pela manifestação de sua vontade individual, ato normativo que tivesse sido incorporado ao direito interno, com alcance geral e abstrato, em decorrência da celebração de tratado internacional.

Segundo consignou o relator, o modo sucinto pelo qual a Constituição Federal verbaliza a distribuição de poderes nas relações internacionais brasileiras não traduziria silêncio eloquente, capaz de superficializar a missão do Legislativo no tema. Também não cassaria a palavra do Poder legiferante quanto a deliberações estatais submetidas à regra geral da legalidade. Portanto, nem o laconismo das disposições constitucionais, nem a previsão específica de denúncia nos instrumentos internacionais poderiam conduzir a erosão das competências exclusivas do Poder Legislativo.

A declaração da vontade do Estado brasileiro no plano externo — mediante assinatura de acordos, entrega de notas de ratificação ou exercício de denúncia — está compreendida nas competências próprias do presidente da República e só por ele podem ser exercidas. No entanto, quando a denúncia puder acarretar transformação da realidade normativa já acomodada no direito interno, o presidente da República só poderia proceder mediante autorização do Congresso Nacional, sob pena de sacrifício do postulado da legalidade.

Fixadas essas premissas, seria desnecessário, para a solução do caso concreto, fazer qualquer juízo sobre a eficácia das disposições veiculadas pela Convenção 158 da OIT ou sobre a natureza dos padrões jurídicos por ela trazidos. Ficaria dispensada, também, qualquer avaliação a respeito de a mencionada convenção ser ou não um tratado de direitos humanos. Bastaria considerar que a Convenção 158 da OIT e o Decreto 1.855/1996, que a promulgou internamente, instituiriam obrigações para o Poder Legislativo. Esse fator já demonstraria a impossibilidade de que tais normas fossem desconstituídas sem a expressa aquiescência do parlamento.

Todavia, caberia reconhecer a longevidade de um contexto institucional, até agora prevalente no País, que se beneficiaria de certa indiferença dos demais Poderes constituídos em relação a episódios de extroversão presidencial. Ressalte-se, nesse sentido, a existência de ao menos quatorze convenções da OIT já denunciadas desde 1934. Ainda que não se pudesse identificar costume constitucional nessa conjuntura, seria inevitável perceber a existência de prática suficientemente projetada e consolidada no tempo. Em situações como essas, o STF, diante da necessidade de resguardar a segurança jurídica, acionaria a cláusula de modulação de efeitos prevista do art. 27 da Lei 9.868/1999, de maneira a diferir as consequências executivas de suas decisões.

No caso, portanto, haveria que se proceder à modulação temporal dos efeitos da decisão eventualmente tomada. Desse modo, a prudência de cancelar atos praticados segundo o centenário entendimento em outro sentido levaria ao julgamento de improcedência do pedido formulado na ação direta em comento.

Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Dias Toffoli.

ADI 1.625/DF, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 14-9-2016.

REPERCUSSÃO GERAL

Art. 384 da CLT e recepção pela CF/1988: segundo julgamento

O Plenário iniciou o segundo julgamento de recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio da isonomia, a compatibilidade do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [“Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”] com a Constituição Federal/1988. O dispositivo, inserido no capítulo de proteção do trabalho da mulher, concede-lhe o referido intervalo com exclusividade. Além disso, como sanção pelo não atendimento da norma, há o pagamento, previsto em lei, de indenização com adicional de 50% pela empresa empregadora.

O ministro Dias Toffoli (relator) esclareceu tratar-se do segundo julgamento do recurso. Tal situação ocorreu devido ao acolhimento de embargos declaratórios (RE 658.312 ED/SC, DJe de 3-9-2015) para anular o acórdão proferido pelo Tribunal na primeira apreciação do recurso (DJe de 10-2-2015). Naquela ocasião, verificara-se que os advogados devidamente constituídos não haviam sido intimados para comparecer à sessão de julgamento.

No mérito, o relator desproveu o recurso. Assentou que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela CF/1988 e, portanto, se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

Ressaltou, ainda, que a cláusula geral da igualdade consta expressamente em todas as constituições brasileiras, desde 1824. Entretanto, somente a partir da CF/1934, o tratamento igualitário entre homens e mulheres recebeu destaque.

Tal realidade jurídica, porém, não garantiu a plena igualdade entre os sexos no mundo dos fatos. Por isso, a CF/1988 explicita, em três mandamentos, a garantia da igualdade: a) fixa a cláusula geral de igualdade, ao prescrever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; b) estabelece cláusula específica de igualdade de gênero, ao declarar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; c) excepciona a possibilidade de tratamento diferenciado, que seria dado nos termos constitucionais.

Desse modo, situações expressas de tratamento desigual foram dispostas formalmente na própria Constituição, que utiliza critérios para a diferenciação, a exemplo dos artigos 7º, XX; e 40, § 1º, III, “a” e “b”. Primeiramente, a distinção considera a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impõe ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e legislativas de natureza protetora no direito do trabalho. Ainda de acordo com o texto constitucional, há componente biológico a justificar o tratamento diferenciado, haja vista a menor resistência física da mulher. Por fim, há a existência de componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho.

No caso em tela, o dispositivo da CLT não retrata mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais. Leva em conta os outros dois critérios: componentes biológico e social. Entretanto, os parâmetros constitucionais legitimam tratamento diferenciado desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais das mulheres e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças.

Sendo assim, o relator destacou que, ao se analisar o teor da norma discutida, é possível inferir que ela trata, proporcionalmente, de aspectos de evidente desigualdade, ao garantir à mulher período mínimo de descanso de quinze minutos antes da jornada extraordinária de trabalho.

Embora, com o tempo, tenha ocorrido a supressão de alguns dispositivos sobre a jornada de trabalho feminina na CLT, o legislador mantivera a regra do art. 384. O objetivo seria garantir proteção diferenciada à mulher, dada sua identidade bio-social peculiar.

Por sua vez, não existe fundamento sociológico ou comprovação por dados estatísticos a amparar a tese de que essa norma dificultaria ainda mais a inserção da mulher no mercado de trabalho. O *discrímén* não viola a universalidade dos direitos do homem. Afinal, o legislador vislumbrara a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores de forma justificada e proporcional. Inexiste, também, violação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, recepcionada pela Constituição, que proclama, inclusive, outros direitos específicos das mulheres: a) nas relações familiares, ao coibir a violência doméstica; b) no mercado de trabalho, ao proibir a discriminação e garantir proteção especial mediante incentivos específicos.

Além disso, o preceito atacado não viola o art. 7º, XXX, da CF/1988. Não há, no dispositivo, tratamento distinto quanto ao salário a ser pago a homens e mulheres, tampouco critérios diferenciados de admissão ou exercício de funções.

A norma não gera, no plano da eficácia, prejuízos ao mercado de trabalho feminino. O intervalo previsto só tem cabimento quando a trabalhadora labora ordinariamente com jornada superior ao limite permitido em lei por uma exigência do empregador. Adotar a tese da prejudicialidade faria inferir, também, que outros direitos, como salário-maternidade, licença-

maternidade, prazo reduzido para aposentadoria, proibição de dispensa da trabalhadora por contrair matrimônio ou estar grávida e outros benefícios assistenciais e previdenciários existentes em favor das mulheres acabariam por desvalorizar a mão de obra feminina.

Concluiu-se que, no futuro, poderia haver efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação da norma, ou mesmo para a ampliação do direito aos trabalhadores de ambos os sexos.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo.

RE 658.312 2º julg/SC, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 14-9-2016.

Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo.

No caso, o Estado-membro havia sido condenado a fornecer medicação para tratamento de doença grave. Na decisão judicial atacada, o ente havia alegado que privilegiar o atendimento de um único indivíduo comprometeria políticas de universalização do serviço de fornecimento de fármacos, em prejuízo aos cidadãos em geral. Dessa forma, debilitaria investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação. Além disso, violaria a reserva do possível e a legalidade orçamentária.

O ministro Marco Aurélio (relator) desproveu o recurso extraordinário. Em seu voto, afirmou que reconhecer o direito individual à oferta, pelo Estado, de remédio de alto custo não incluído na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional depende de comprovada imprescindibilidade — adequação e necessidade — ou impossibilidade de substituição do fármaco. É necessário demonstrar, ainda, a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos previstas nos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil (CC).

O relator rememorou que, no País, há a Política Nacional de Medicamentos. Por meio dela, elaboram-se listas de remédios a serem distribuídos aos necessitados, com destaque para o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente às medicações de alto custo ou excepcionais. Mencionou, também, ser esperado que essas políticas levem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional de medicamentos.

Entretanto, ressaltou não estar em discussão o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas medidas. Afinal, não caberia ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas corrigir injustiças concretas.

Assim, verificada a transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde se revelaria imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa. É o caso do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas. Objeções de cunho administrativo não podem prevalecer diante de ofensas ao mínimo existencial. Argumentos genéricos ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes tampouco têm sentido prático em face de inequívoca transgressão a direitos fundamentais.

Ainda segundo o relator, para a configuração do mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, seria imperioso verificar a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde — elemento objetivo — e a incapacidade financeira de aquisição — elemento subjetivo.

A imprescindibilidade estaria configurada quando provado que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo ausente dos programas de dispensação do governo para o procedimento terapêutico apontado como necessário ao aumento de sobrevida ou à melhora da qualidade de vida, condições da existência digna do enfermo. Tal prova se daria em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita.

Nesse caso, caberia ao Estado prova em contrário tanto da inadequação como da desnecessidade do medicamento. Revelada a sua absoluta inutilidade ou, ao menos, a inequívoca insegurança quanto a resultados positivos, bem como a existência de outro fármaco com menor custo e mesma eficácia, a imprescindibilidade seria afastada.

O segundo elemento a ser considerado é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estaria definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para a aquisição de medicação reconhecidamente adequada e necessária ao tratamento de saúde do indivíduo. Tal ótica estaria em conformidade com as decisões do STF.

Quanto à situação financeira do paciente, o relator frisou que, na família contemporânea, não pode haver direitos sem responsabilidades. A igualdade e a autonomia dos integrantes reclamam reciprocidade e solidariedade. Essa concepção é clara no art. 229 da Constituição, segundo o qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo abrange, portanto, os deveres de cuidado com a saúde como manifestação cogente de solidariedade familiar. Logo, a dignidade humana, considerado o direito à saúde, seria comprometimento não só do Estado mas também da família. E, tendo em vista que não há hierarquia

formal entre esses diferentes deveres de solidariedade, cabe ao intérprete harmonizá-los.

Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a sociedade por meio de tributos. Nesse sentido, o Estado atua subsidiariamente, ou seja, exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária.

Entretanto, para o relator, ainda que os deveres de solidariedade familiar estejam presentes, o mínimo existencial dos membros da família deve ser respeitado. A obrigação dos familiares é limitada pela capacidade financeira de custeio dos direitos básicos — saúde, educação, alimentação, moradia — de si mesmos e dos parentes mais próximos. Dessa forma, o dever solidário de cada um surge apenas quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente. Para isso, as nuances de prioridades devem ser resolvidas pela observância das regras do Código Civil sobre a estrutura da família, das relações de parentesco e dos deveres alimentares.

De acordo com o art. 1.694 do CC, o direito aos alimentos está vinculado às relações conjugais, de união estável e de parentesco. Quanto às relações conjugais hétero e homoafetivas, a obrigação recai sobre o cônjuge; já no caso da união estável, o companheiro é o responsável.

Quanto ao parentesco, tanto na relação natural quanto na civil, ou até mesmo na socioafetiva, o dever observaria o art. 1.697 do CC (“Na falta dos ascendentes, a obrigação de alimentos cabe aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, na falta destes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”). O dispositivo abarcaria as relações de parentesco em linha reta e colateral, caso em que, aquelas precederiam estas.

Nesse sentido, considerando-se parentes em linha reta, a obrigação prioritária é dos pais (ascendentes em primeiro grau). Tal responsabilidade pode recair de forma exclusiva, sucessiva ou complementar sobre os demais ascendentes, avós ou bisavós (CC, art. 1.696). Na ausência dos ascendentes ou na incapacidade financeira deles, o dever é atribuído aos descendentes, observada a ordem de sucessão (filhos, netos e assim por diante).

Na falta de ascendentes e descendentes, surge o dever de solidariedade por relação de parentesco em linha colateral, considerados os irmãos, germanos ou unilaterais.

Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Roberto Barroso.
RE 566.471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-2016.

Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever de o Estado fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao recurso. Em seu voto, afirmou que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento se revelada sua absoluta inutilidade ou, ao menos, se houver inequívoca insegurança quanto a resultados positivos, bem como a existência de outro produto com menor custo e mesma eficácia.

Enfatizou, ainda, que o registro do fármaco no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o art. 12 da Lei 6.360/1976 (“Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”). A inobservância desse preceito configura ilícito, portanto.

Ao final, sublinhou que o registro ou cadastro do medicamento é condição indispensável para que a Anvisa possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto. Diante da ausência de tal procedimento, a inadequação é presumida.

O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Roberto Barroso.
RE 657.718/MG, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-2016.

PRIMEIRA TURMA

Colaboração premiada e requisitos para concessão de perdão judicial

A Primeira Turma iniciou julgamento de “habeas corpus” em que se discute a necessidade de “espontaneidade” ou unicamente de “voluntariedade” na colaboração premiada para conceder perdão judicial.

O ministro Marco Aurélio (relator) indeferiu a ordem. Foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. O relator afirmou que, segundo o art. 13 da Lei 9.807/1999, o juiz pode, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado primário que cooperar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal. Porém, dessa colaboração deve resultar: a) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; b) a localização da vítima, com integridade física preservada; c) a recuperação total ou parcial

do produto do crime.

Consignou que os vocábulos “voluntariedade” e “espontaneidade” teriam sido utilizados pelo tribunal “a quo” sem distinção de sentido, ressaltando-se a necessidade de a colaboração do réu, para efeito de concessão do perdão judicial, decorrer de livre vontade, desprovida de qualquer tipo de constrangimento.

Verificou, por meio de definição colhida em dicionário da língua portuguesa, a sinonímia entre os termos. De acordo com a obra, “voluntário” seria “aquilo que não é forçado, que só depende da vontade; espontâneo”.

Salientou, ainda, que o tribunal de origem, ao afastar a aplicabilidade do benefício, teria considerado ausente a efetividade da colaboração em comento como meio para obter provas. As investigações policiais, em momento anterior ao da celebração do acordo, teriam revelado os elementos probatórios acerca do esquema criminoso integrado pela paciente, especializado em enviar pessoas ilegalmente para o exterior.

No mais, sustentou que, no julgamento impugnado, teria sido levado em conta, na dosagem da diminuição da pena, o alcance da colaboração prestada.

O ministro Edson Fachin divergiu parcialmente, apenas quanto à sinonímia entre “voluntariedade” e “espontaneidade”. Destacou que a Lei 9.807/1999 prevê expressamente apenas o elemento “voluntariedade”. Assim, na ausência de previsão legal, esse critério bastaria para a colaboração premiada. A presença de “espontaneidade”, portanto, seria desnecessária.

Em seguida, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

HC 129.877/RJ, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 13-9-2016.

Administração Pública: ressarcimento e decadência - 3

Por não vislumbrar preclusão temporal e por considerar inadequada a via eleita, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em mandado de segurança.

O Tribunal de Contas da União (TCU) havia determinado que órgão da Administração Pública federal adotasse providências para que fosse restituída quantia relativa a auxílio-moradia paga a servidora pública entre outubro de 2003 e novembro de 2010. A impetrante sustentava a decadência do direito de a Administração Pública anular os atos dos quais decorreram efeitos favoráveis. Alegava, ainda, a necessidade de observância do princípio da proteção da confiança, ante a presunção de legalidade dos atos praticados por agentes públicos. Salientava a boa-fé no recebimento dos valores — *v. Informativo 807*.

Prevaleceu o voto do ministro Edson Fachin. Para ele, não há que se falar em prescrição e decadência em casos de pretensão ressarcitória do Estado, tendo em conta o disposto no art. 37, § 5º, da CF/1988 (“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”). Por outro lado, verificar a legitimidade da percepção do auxílio-moradia e a existência de boa-fé da impetrante demandaria incursão na análise de fatos e provas. Tal questão, portanto, deveria ser debatida em ação ordinária, de ampla cognição, e não na via estreita do mandado de segurança.

O ministro Roberto Barroso, por sua vez, considerou evidente a má-fé da impetrante, que residia no mesmo local havia mais de dez anos, mas simulara situação de deslocamento. Assim, o prazo decadencial previsto no art. 54, “caput”, da Lei 9.784/1999, não fluiria em virtude do recebimento indevido dos valores.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Luiz Fux, que concediam o “writ”. O relator originário invocava o princípio da segurança jurídica e não vislumbrava a ocorrência de má-fé na percepção dos valores.

MS 32.569/DF, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 13-9-2016.

SEGUNDA TURMA

Intimação da Defensoria Pública e sessão de julgamento de HC

A intimação pessoal da Defensoria Pública quanto à data de julgamento de “habeas corpus” só é necessária se houver pedido expresso para a realização de sustentação oral.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma denegou a ordem. Pleiteava-se, no caso, a declaração de nulidade de sessão de julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” ante a ausência de prévia intimação da Defensoria. Alegava-se cerceamento de defesa.

A Turma reiterou, assim, orientação firmada no julgamento do RHC 116.173/RS (*DJe* de 10-9-2013) e do RHC 116.691/RS (*DJe* de 1º-8-2014).

HC 134.904/SP, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 13-9-2016.

Sessões Ordinárias Extraordinárias Julgamentos

Pleno	14.9.2016	15.9.2016	6
1ª Turma	13.9.2016	—	27
2ª Turma	13.9.2016	—	7

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 12 a 16 de setembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 968.574-MT

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ÍNDICE RELATIVO À PERDA SALARIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL EM UNIDADE REAL DE VALOR (URV). TERMO FINAL DA INCORPORAÇÃO. REESTRUTURAÇÃO REMUNERATÓRIA DA CARREIRA. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à ocorrência ou não de reestruturação remuneratória da carreira de servidor público, para fins de estabelecimento do termo final da incorporação do percentual relativo à perda salarial decorrente da conversão do Cruzeiro Real em URV.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 892.238-RS

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO EMPREGADO. ADICIONAL DE FÉRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. AUXÍLIO DOENÇA. HORAS EXTRAS. NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.212/1991, DA LEI 8.213/1991 E DO DECRETO 3.038/1999. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. TEMA 908. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 928.943-SP

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO INCIDENTES SOBRE REMESSAS AO EXTERIOR. LEIS 10.168/2000 E 10.332/2001. PERFIL CONSTITUCIONAL E PARÂMETROS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. TEMA 914. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 979.764-PR

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Recurso extraordinário com agravo. Salário educação. Sujeição passiva. Produtor rural pessoa física. Equiparação a empresa. Matéria infraconstitucional. Afronta reflexa. Efeitos da ausência de repercussão geral.

Decisões Publicadas: 4

CLIPPING DO DJE

12 a 16 de setembro de 2016

ADI N. 5.287-PB

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP. ART. 103, IX, DA CRFB/88. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. LEI Nº 10.437/2015 DO ESTADO DA PARAÍBA. LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À MATÉRIA. POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. DEVER PROCESSUAL DE IMPUGNAÇÃO DO OBJETO NÃO INTEIRAMENTE CUMPRIDO. AÇÃO CONHECIDA PARCIALMENTE. DEFENSORIA PÚBLICA. AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA. ART. 134, § 2º, DA CRFB/88. REDUÇÃO UNILATERAL, PELO GOVERNADOR DO ESTADO, DOS VALORES CONSTANTES DA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA ELABORADA E APRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. APRECIÇÃO DA PROPOSTA DE LEI ORÇAMENTÁRIA. ATRIBUIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. ARTS. 2º E 166 DA CRFB/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DE NULIDADE. AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, JULGADA PROCEDENTE PARA A FIXAÇÃO DE TESE.

1. As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua própria proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CRFB/88), por força da Constituição da República (Emenda Constitucional nº 45/2004).
2. O acesso à Justiça, garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, exige a disponibilidade de instrumentos processuais idôneos à tutela dos bens jurídicos protegidos pelo direito positivo, por isto que a Constituição da República atribui ao Estado o dever de prestar a assistência jurídica integral aos necessitados (CRFB, art. 5º, LXXIV) e destinou à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (CRFB, art. 134), essa atribuição que representa verdadeira essencialidade do próprio Estado Democrático de Direito.
3. À Defensoria Pública Estadual compete a prerrogativa de elaborar e apresentar sua proposta orçamentária, a qual está condicionada tão somente a (i) obedecer a Lei de Diretrizes Orçamentárias; (ii) ser encaminhada em conformidade com a previsão do art. 99, § 2º, da CRFB/88.
4. O Poder Executivo, que detém a competência para deflagrar o processo legislativo (art. 165, I, II e III, da CRFB/88), uma vez atendida essa dupla de requisitos, não pode realizar qualquer juízo de valor sobre o montante ou o impacto financeiro da proposta orçamentária apresentada pela Defensoria Pública Estadual, preconizada nos termos dos artigos 99, § 2º, c/c 134, § 2º, da CRFB/88, cabendo-lhe tão somente consolidar a proposta encaminhada e remetê-la ao órgão legislativo correspondente, sem introduzir nela quaisquer reduções ou modificações.
5. A lei orçamentária deve ser apreciada pelo Poder Legislativo correspondente, ao qual caberá deliberar sobre a proposta apresentada pela Defensoria Pública Estadual, fazendo-lhe as modificações que julgar necessárias dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos (§§ 3º e 4º do art. 166 da CRFB/88).
6. *In casu*, a redução unilateral do valor da proposta orçamentária elaborada pela Defensoria Pública estadual apresentada em consonância com as disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias e demais requisitos constitucionais, por ato do Governador do Estado da Paraíba no momento da consolidação do projeto de lei orçamentária anual a ser enviada ao Poder Legislativo, revela verdadeira extrapolação de sua competência, em clara ofensa à autonomia da referida instituição (art. 134, § 2º, da CRFB/88) e à separação dos poderes (arts. 2º e 166, da CRFB/88).
7. A Lei Estadual nº 10.437/2015, do Estado da Paraíba, que constitui a Lei Orçamentária Anual daquela unidade federativa, revela-se inconstitucional na parte em que fixou a dotação orçamentária à Defensoria Pública estadual com prévia redução unilateral e inconstitucional perpetrada pelo Governador do Estado.
8. A Associação Nacional de Defensores Públicos é parte legítima a provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade (art. 103, IX, da CRFB/88). Precedentes: ADPF 307-MC-Ref, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27/3/2014; ADI 4.270, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 28/9/2012; ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, DJe 19/09/2008.
9. É admissível a impugnação de lei de diretrizes orçamentárias em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes: ADI 4.048-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 21/8/2008; ADI 4.049-MC, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 8/5/2009; ADPF 307-MC-Ref, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27/3/2014; ADI 4.270, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 28/9/2012; ADI 3.949, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 7/8/2009; ADI 4.049-MC, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 7/5/2009; ADI 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/09/2008.
10. O Supremo Tribunal Federal, no exercício da fiscalização abstrata de constitucionalidade, não está circunscrito a analisar a questão tão somente por aqueles fundamentos jurídicos constantes da petição inicial, o que não desincumbe a parte autora do ônus processual de fundamentar adequadamente a sua pretensão, indicando os dispositivos constitucionais tidos por violados e como estes são violados pelo objeto indicado, sob pena de não conhecimento da ação ou de parte dela (art. 3º da Lei nº 9.868/99). Precedentes: ADI 561, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ de 23/3/2001; ADI 1.775, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 18/5/2001.
11. *In casu*, diante da impugnação genérica da lei orçamentária e considerando que os pedidos são manifestação de vontade que devem ser interpretados, a presente ação deve ser conhecida apenas no que diz respeito à redução unilateral do Poder Executivo estadual dos valores da proposta orçamentária encaminhada pela Defensoria Pública do Estado da Paraíba.
12. Ação parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, da Lei Estadual nº 10.437/2015, do Estado da Paraíba, apenas quanto à parte em que fixou a dotação orçamentária à Defensoria Pública estadual em razão da prévia redução unilateral perpetrada pelo Governador do Estado, para fixar a seguinte tese: “É inconstitucional a redução unilateral pelo Poder Executivo dos orçamentos propostos pelos outros Poderes e por órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na fase de consolidação do projeto de lei orçamentária anual, quando tenham sido elaborados em obediência às leis de diretrizes orçamentárias e enviados conforme o art. 99, § 2º, da CRFB/88, cabendo-lhe apenas pleitear ao Poder Legislativo a redução pretendida, visto que a fase de apreciação legislativa é o momento constitucionalmente correto para o debate de possíveis alterações no Projeto de Lei Orçamentária”.

*noticiado no Informativo 826

ADI N. 4.462-TO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 78, § 1º, INCS. III, IV E V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.

10/1996. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE NA MAGISTRATURA TOCANTINENSE. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL – LOMAN. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO OU DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRARIEDADE AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VALIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE IDADE PARA DESEMPATE: PRECEDENTE. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE À UNANIMIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 78, § 1º, INCS. III E IV, DA LEI COMPLEMENTAR TOCANTINENSE N. 10/1996.

*noticiado no Informativo 633

AG. REG. NO RMS N. 32.817/DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CASO “PROPINODUTO”. VARIAÇÃO PATRIMONIAL SIGNIFICATIVA SEM ORIGEM LÍCITA COMPROVADA. DEPÓSITOS EM CONTAS BANCÁRIAS NO EXTERIOR. DEMISSÃO FUNDADA NO ART. 132, IV, DA LEI 8.112/1990 (IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA). LEGALIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

MS N. 33.008/DF

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

Ementa: DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE PENSÃO POR MORTE PELO TCU. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E VIÚVA DE SERVIDOR PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL E SEPARAÇÃO DE FATO.

1. É possível o reconhecimento de união estável de pessoa casada que esteja separada judicialmente ou de fato (CC, art. 1.723, § 1º).
2. O reconhecimento da referida união estável pode se dar administrativamente, não se exigindo necessariamente decisão judicial para configurar a situação de separação de fato.
3. No caso concreto, embora comprovada administrativamente a separação de fato e a união estável, houve negativa de registro de pensão por morte, fundada unicamente na necessidade de separação judicial.
4. Segurança concedida.

AG. REG. EM MS N. 33.981/PA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É inadmissível mandado de segurança contra atos praticados por membros do Supremo Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, sejam eles proferidos por seus Ministros, monocraticamente, ou por seus órgãos colegiados. Precedentes: MS 31.019-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 16/6/2014 e RMS 31.214-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14/12/2012.
2. *In casu*, o impetrante se insurge contra atos praticados pelo Ministro Gilmar Mendes na AC 2.716, no RE 633.954 e na AC 3.818, e pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Arguição de Impedimento nº 9.
3. Agravo regimental a que se **NEGA PROVIMENTO**.

HC N. 134.240/MT

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. IMPOSSIBILIDADE DE AGUDO REVOLVIMENTO DO QUADRO PROBATÓRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS.

1. A decisão monocrática que, no âmbito Superior Tribunal de Justiça, nega seguimento a *habeas corpus*, desafia agravo regimental, a fim de que

a matéria seja analisada pelo respectivo Colegiado.

2. Inocorrência de ilegalidade evidente que atinja os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, cuja presença é sinalizada por intermédio de elementos concretos da situação em exame. Descabimento de análise minuciosa do conjunto fático-probatório que dá suporte à medida gravosa, tendo em vista a impossibilidade de se fazer por meio da via restrita do *habeas corpus*.

3. Presentes distinções processuais, anterior concessão da ordem não se projeta para o fim de alcançar fatos até então não submetidos ao STF. Ausência de desrespeito à autoridade da Corte.

4. *Writ* não conhecido.

**noticiado no Informativo 832*

AG. REG. NA AR N. 2.098/SC

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO GERAL ANUAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE MORA DO PODER PÚBLICO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM BASE EM EXPECTATIVA DE MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES.

1. Inexiste previsão legal que autorize o sobrestamento de ação rescisória para que se aguarde eventual alteração da jurisprudência deste Tribunal. O sobrestamento previsto no Código de Processo Civil, face ao reconhecimento da existência de repercussão geral, aplica-se apenas aos recursos extraordinários em curso que versem sobre a mesma matéria em debate no recurso paradigma.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

RE N. 601.314/SP

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item "a" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN".

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

*noticiado no Informativo 815

Acórdãos Publicados: 237

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Extradição e causa de interrupção da prescrição (Transcrições)

(v. Informativo 838)

Ext 1.346 ED/DF*

Relator: Ministro Dias Toffoli

Voto: Preliminarmente, registro que, conforme relatado, o Estado Requerente comunicou que o Primeiro Juizado Penal de Málaga desistiu do pedido de extradição fundado na “Ejecutoria 174/2011” (fls. 504/506).

Ocorre que **apenas quando negada a extradição não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato** (art. 88 da Lei nº 6.815/80).

Dessa feita, diante da eventual possibilidade de reiteração do pedido extraditacional, há que se enfrentar os presentes embargos declaratórios.

Conheço dos embargos, haja vista sua tempestividade.

Razão assiste ao embargante, uma vez que o aresto recorrido, de fato, ressentiu-se da omissão apontada.

Ao tratar do requisito da dupla punibilidade, assentou o acórdão ora hostilizado que,

“[n]o tocante ao requisito da dupla punibilidade, é mister verificar se ocorreu a prescrição das pretensões punitiva ou executória sob a óptica da legislação de ambos os Estados (art. 77, VI, da Lei nº 6.815/80 e art. 4º, inciso 1, d, do Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha).

Como já exposto, a condenação do extraditando transitou em julgado (‘firme de fecha’) em 16/3/11 (**vide** fls. 146 e 169).

Em princípio, de acordo com a legislação alienígena, a prescrição da pretensão executória, tomando-se por base a pena **total** imposta ao extraditando, opera-se em 10 (dez) anos, nos termos do art. 133 do Código Penal espanhol (fl. 178).

O art. 131, inciso 5, do Código Penal espanhol, invocado pela defesa - o qual determina que, ‘nos casos em que se verifique o concurso de infrações ou de infrações conexas, o prazo de prescrição será aquele a que corresponder o crime mais grave’ - não trata da prescrição da pretensão executória (‘prescrição da pena’, na dicção espanhola), mas sim da prescrição da pretensão punitiva (‘prescrição dos crimes’).

De toda sorte, no Brasil, a teor do art. 119 do Código Penal, no concurso de infrações, a prescrição da pretensão executória incide sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente, sendo que, por força da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de crime continuado, a prescrição se regulará pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Na espécie, as penas do extraditando foram fixadas, **de maneira conglobada**, em 3 (três) anos e 3 (três) meses de prisão, sem a individualização das penas aplicadas aos crimes de estafa e falso e sem que fosse discriminado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, a impossibilitar que o cálculo da prescrição tenha como parâmetro a pena **isoladamente** imposta a cada crime.

Quid juris?

Essa questão não é nova e já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Ext. 909/IS-Israel, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 22/4/05, a Suprema Corte reputou ser ônus do Estado Requerente discriminar as penas impostas ao extraditando para possibilitar o cálculo separado da prescrição, sob pena de indeferimento do pedido de extradição.

Transcrevo, na parte que interessa, a ementa desse julgado:

PEDIDO EXTRADITACIONAL – CONCURSO DE INFRAÇÕES – MERA INDICAÇÃO DA PENA GLOBAL, SEM REFERÊNCIA INDIVIDUALIZADORA DAS SANÇÕES PENAIAS IMPOSTAS A CADA UM DOS DELITOS EM CONCURSO - NECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DAS DIVERSAS PENAS APLICADAS AO EXTRADITANDO, PARA EFEITO DE CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO PENAL.

- **Impõe-se**, ao Estado estrangeiro, **demonstrar**, relativamente aos delitos em concurso, o ‘quantum’ penal a eles **abstratamente** cominado (extradição instrutória) **ou efetivamente** imposto (extradição executória), **em ordem a permitir**, na perspectiva da legislação brasileira **e/ou** do ordenamento positivo do Estado requerente, **o cálculo separado** da prescrição penal concernente **a cada delito** individualmente considerado. **Precedentes.**

- **Exigência não atendida** pelo Estado requerente, **não obstante a reiteração**, pelo Brasil, por via diplomática, de tal solicitação. **Conseqüente indeferimento parcial** do pedido de extradição, **acolhido**, unicamente, **quanto** aos delitos de tráfico de entorpecentes **e** de associação criminosa para a prática desse ilícito penal.’

No mesmo sentido, **vide** Ext. 902-QO/URU-República do Uruguai, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 26/8/05, em que, pelo fato do Estado Requerente não ter demonstrado o **quantum** de pena fixado para cada crime, impossibilitando o exame da prescrição da pretensão executória (art. 119, CP), o pedido extraditacional foi indeferido.

Ocorre que, posteriormente, no julgamento da Ext. nº 906/RC-República da Coreia, Pleno, Relator **Marco Aurélio**, DJe de 1º/6/07, o Supremo Tribunal Federal assentou que, na hipótese de conglobamento de penas que impossibilite a sua individualização, deverá ser considerada para o cálculo da prescrição a pena mínima cominada ao tipo penal equivalente.

Transcrevo a ementa desse julgado:

‘EXTRADIÇÃO – DUPLA TIPICIDADE – PRESCRIÇÃO. Impõe-se a apreciação do pedido de extradição consideradas as legislações dos países requerente e requerido.

EXTRADIÇÃO – PENA IMPOSTA – CRITÉRIO UNITÁRIO – PRESCRIÇÃO – VIABILIDADE DO EXAME. O sistema revelador do conglômbamento da pena – junção das penas de crimes diversos sem especificação – não prejudica o exame da extradição quando, segundo a legislação brasileira e tomada a pena mínima prevista para os tipos, não incide a prescrição.’

Nesse sentido, aliás, já havia se pronunciado o Supremo Tribunal Federal na Ext. 559/FR-França, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Paulo Brossard**, DJ de 25/2/94. Destaco, do voto condutor desse acórdão, o seguinte trecho:

‘O fato suscitado pela defesa, da decisão condenatória da Justiça Francesa ter englobado a pena de dois anos de prisão, sem especificar e fundamentar o quantum que foi imposto isoladamente a cada um dos delitos, não constitui obstáculo à concessão da extradição. O fato da legislação brasileira ter estabelecido, expressamente, o procedimento que o juiz deve observar na fixação da pena e outro ter sido o observado, segundo as leis do país requerente, na condenação do requerido, não constitui impedimento à concessão da extradição.

O procedimento legal adotado pelo país requerente na fixação da pena não pode estar submisso ao adotado pela legislação brasileira. Como já observou o Ministro CELSO DE MELLO, quando do julgamento da Extradição 542 (RTJ 140/436), não pode o Estado brasileiro, a pretexto de deferir o pedido de extradição, impor a observância necessária do seu modelo legal no que se refere às regras concernentes à aplicação da pena, sob risco de afetar a própria integridade da soberania do Estado requerente.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal reexaminar, no âmbito do pedido de extradição, a sentença penal condenatória, principalmente no que diz respeito aos critérios de aplicação da pena.’

Em suma, na hipótese de pena conglobada, diante da impossibilidade de se calcular a prescrição com base na pena **isoladamente** imposta a cada crime, como exige a legislação brasileira, há **que se optar pela interpretação mais favorável ao extraditando**, tomando-se, por parâmetro, a **pena mínima** cominada ao crime pela legislação alienígena e seu equivalente no Código Penal brasileiro.

Sob a óptica da legislação brasileira, a pena mínima cominada aos crimes de estelionato e de falsificação de documento particular é de 1 (um) ano de reclusão (arts. 171 e 298, CP), cuja prescrição se verifica em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, lapso temporal que não decorreu entre a data do trânsito em julgado e a data do protocolo, no Supremo Tribunal Federal, do pedido de extensão da extradição (22/9/14 – fl. 143).

Por sua vez, o Código Penal espanhol comina ao crime de burla, na modalidade imputada ao extraditando, a pena mínima de 1 (um) ano de prisão (art. 251), cuja prescrição da pretensão executória se verifica em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 133 daquele diploma legal.

Outrossim, o Código Penal espanhol comina ao crime de falsificação de documentos ‘oficiais e comerciais’ a pena mínima de 6 (seis) meses de prisão (art. 392), cuja prescrição da pretensão executória se verifica em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 133 daquele diploma legal.

Ocorre que essa mesma pena, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal brasileiro, com a redação vigente à época dos fatos, prescreve em 2 (dois) anos.

Logo, em relação ao crime de falsificação de documento comercial, operou-se, à luz da legislação brasileira, a prescrição da pretensão executória.

No tocante à prescrição da pretensão punitiva, determina o art. 132, inciso 2, do Código Penal espanhol, que ‘a prescrição será interrompida, deixando-se sem efeito o tempo decorrido, quando existir processo contra a pessoa presumivelmente responsável pelo crime ou infração’.

Os estelionatos imputados ao extraditando foram praticados em 28/12/05 e 4/4/06, sendo que o processo foi instaurado em 2009 (‘juicio oral 311/2009’) e a sentença condenatória foi publicada em 16/3/11.

Logo, não se operou a prescrição da pretensão punitiva do crime de ‘estafa’ (estelionato), razão por que está presente, em relação a ele, o requisito da dupla punibilidade.’

Como se observa, entendeu-se que não se havia operado a prescrição da pretensão executória quanto à pena mínima de 1 (um) ano de reclusão cominada ao crime de estelionato, cujo prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, porque esse lapso temporal não teria decorrido “entre a data do trânsito em julgado e a data do protocolo, no Supremo Tribunal Federal, do pedido de extensão da extradição (22/9/14 – fl. 143)”.

Não se indicou, no julgado, todavia, o fundamento legal para se considerar a data do protocolo de pedido de extradição como marco interruptivo da prescrição, e nisso reside precisamente sua omissão.

Prescrição, como sabido, “é a perda da pretensão concreta de punir o criminoso ou de executar a punição, devido à inércia do Estado durante determinado período de tempo” (**Fernando Capez**. Curso de direito penal. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, 18. ed. p. 614).

A extinção do direito de executar a sanção imposta, portanto, pressupõe o não exercício da pretensão executória.

Ao deduzir o pedido extradicional, o Estado Requerente manifesta, de forma inequívoca, seu interesse em executar a sanção por ele imposta em desfavor do extraditando.

Essa é a razão por que, no acórdão embargado, considerou-se a data do protocolo do pedido de extensão da extradição como marco interruptivo da prescrição da pretensão executória.

Tratar-se-ia, a rigor, de corolário do próprio conceito de prescrição, o que dispensaria a indicação de fundamento legal específico.

De toda sorte, **melhor refletindo sobre essa questão**, ao indeferir, em 24/2/16, o pleito deduzido na Ext. nº 1.359/República da Eslovênia, de **minha relatoria**, assentei o entendimento de que

“o Código Penal brasileiro e a Lei nº 6.815/80 não preveem, como causa interruptiva da prescrição, a apresentação do pedido de extradição.

E, à míngua de previsão em tratado específico, **por força do princípio da legalidade estrita**, não há como se criar um marco interruptivo em desfavor do extraditando.

Ante o exposto, em face da prescrição da pretensão executória, **indefiro o pedido de extradição”**.

Essa é exatamente a hipótese dos autos.

O Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 99.340/90, **não** prevê que o recebimento do pedido de extradição interrompa o prazo prescricional.

Tratamento diverso à matéria é conferido, v.g., pelo Tratado de Extradição firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, promulgado pelo Decreto nº 883/93, cujo artigo 3º, inciso 1, b, determina que a extradição não será concedida “se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das Partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena”.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ext nº 1.261/Governo da Itália, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 19/9/13.

Conforme destacado pelo voto condutor desse acórdão,

“[o] Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao apreciar o tema no julgamento da Ext no. 870, rel. Min. Joaquim Barbosa, em 27/05/2004, considerou ser o Tratado Bilateral instrumento idôneo para a estipulação de causa interruptiva do prazo prescricional, como regra especial em relação à normatização geral do Código Penal. Da mesma forma foi o entendimento da Corte quando do julgamento pelo Pleno na Ext no. 770, rel. Min. Néri da Silveira, em 21/06/2001. Os dois precedentes referidos fundaram-se em pedidos formulados pela República Italiana. Na Ext. 834, rel.

Min. Néri da Silveira, em 20/04/2002, em pleito da Confederação Helvética, houve a mesma conclusão, diante da existência de regra semelhante prevista em tratado bilateral”.

Na espécie, o pedido de extradição foi parcialmente deferido, “para a execução da pena imposta ao nacional espanhol José Antonio Cortés Jiménez pelo Primeiro Juizado Penal de Málaga pela prática de um crime continuado de estafa (estelionato)”.

Por se tratar de pena conglobada, o julgador embargado decidiu que

“diante da impossibilidade de se calcular a prescrição com base na pena **isoladamente** imposta a cada crime, como exige a legislação brasileira, há **que se optar pela interpretação mais favorável ao extraditando**, tomando-se, por parâmetro, a **pena mínima** cominada ao crime pela legislação alienígena e seu equivalente no Código Penal brasileiro”.

Assim, considerando-se que a condenação do extraditando pelo crime de estelionato (“estafa”) transitou em julgado (“firme de fecha”) em 16/3/11 e que, à míngua de previsão expressa no tratado específico, o recebimento do pedido de extensão da extradição (22/9/14 – fl. 143) não constitui causa interruptiva da prescrição, há que se reconhecer a prescrição da pretensão executória, a qual, em face da pena mínima cominada ao delito em questão (um ano de reclusão), se opera em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Por fim, registro que, nos termos do art. 117, V, do Código Penal, o início ou continuação do cumprimento da pena interrompe a prescrição.

Na espécie, em 28/5/14, decretei a prisão preventiva do extraditando, cujo mandado foi cumprido em **7/7/14** (fl. 42).

Posteriormente, em 18/8/14, revoguei a prisão preventiva do extraditando, substituindo-a por medidas cautelares diversas.

Nesse diapasão, caso se entendessem que, por se tratar de extradição executória, o cumprimento do mandado de prisão significaria início de cumprimento de pena, a prescrição teria se interrompido em 7/7/14 e, portanto, não haveria que se falar em prescrição da pretensão executória.

Ocorre que, a meu ver, mesmo se tratando de extradição executória, a prisão preventiva não se desveste de sua natureza cautelar.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva é condição de procedibilidade para o processo de extradição e, tendo natureza cautelar, destina-se, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradição (Ext nº 579-QO, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 10/9/93).

Logo, **não se trata de prisão para execução da pena imposta ao extraditando no estrangeiro, mas sim de prisão para viabilizar o próprio procedimento extradicional, o que é bem diverso**.

Nessa conformidade, **acolho** os embargos de declaração, com **efeitos modificativos**, para, reconhecida a prescrição da pretensão executória do crime de “estafa” (estelionato), **indeferir o pedido de extradição**.

É como voto.

** acórdão pendente de publicação*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

12 a 16 de setembro de 2016

Lei nº 13.334 de 13.9.2016 - Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Publicada no DOU, Seção 1, Edição Extra, p. 8, em 15.9.2016.

Lei nº 13.335 de 14.9.2016 - Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, para dispor sobre a extensão dos prazos de inscrição no Cadastro Ambiental Rural e adesão ao Programa de Regularização Ambiental. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 178, p. 1, em 15.9.2016.

Informativo 840

SUMÁRIO

Plenário

Direito de reconhecimento de paternidade e princípio da dignidade da pessoa humana

Assistência jurídica e autonomia universitária

Discussão de verba trabalhista originária de período celetista e competência da justiça comum Contratação em caráter temporário e concurso público

Art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e Petrobras - 8

Repercussão Geral

Vínculo de filiação e reconhecimento de paternidade biológica

1ª Turma

Fixação de competência e Justiça Militar

2ª Turma

Deliberação negativa do CNJ e competência do STF

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

PLENÁRIO

Direito de reconhecimento de paternidade e princípio da dignidade da pessoa humana

O Plenário acolheu embargos infringentes e julgou procedente pedido formulado em ação rescisória ajuizada com objetivo de desconstituir acórdão da Primeira Turma, a qual desprovera pleito de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, sob o fundamento de que, se o autor havia nascido da constância do casamento, caberia, privativamente ao marido, o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. A Turma havia entendido, ainda, não bastar, sequer, o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole. Tampouco, não seria suficiente a confissão materna para excluir a paternidade.

O Tribunal enfatizou que, ao apreciar a ação rescisória, a Turma acolhera a paternidade presumida em detrimento das provas constantes dos autos. Assentara que, não sendo comprovada a separação do casal nem contestada a paternidade pelo marido, prevaleceria a presunção desta, de acordo com o disposto no art. 344 do CC/1916. Dessa forma, teria afastado o alegado erro de fato suscitado pelo embargante na ação rescisória.

Ao assim decidir, a Turma teria potencializado o processo em detrimento do direito, inviabilizando-se o direito do filho em ter reconhecida sua verdadeira paternidade. Além de contrariado os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, teria tornado o processo mero ato de força formalizado em palavras sem forma de Direito e sem objetivo de Justiça. Além disso, teria esquecido que o fim de todos os procedimentos judiciais aos quais as partes se submetem seria a realização da Justiça, razão pela qual o procedimento, mais do que ser legal, deveria ser justo, e a jurisprudência sedimentada não poderia servir de dogma para sustentar uma injustiça flagrante.

AR 1244 EI/MG, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-9-2016.

Assistência jurídica e autonomia universitária

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte. O diploma impugnado determina que os escritórios de prática jurídica da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN) mantenham plantão criminal para atendimento, nos finais de semana e feriados, dos hipossuficientes presos em flagrante delito.

O Colegiado, de início, destacou a autonomia universitária, conforme previsão do art. 207 da CF/1988. Lembrou que, embora esse predicado não tenha caráter de independência (típico dos Poderes da República), a autonomia impossibilita o exercício de tutela ou a indevida ingerência no âmago de suas funções, assegurando à universidade a discricionariedade de dispor ou propor sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas.

Segundo consignou, a determinação de que escritório de prática jurídica preste serviço aos finais de semana, para atender hipossuficientes presos em flagrante delito, implica necessariamente a criação ou, ao menos, a modificação de atribuições conferidas ao corpo administrativo que serve ao curso de Direito da universidade.

Ademais, como os atendimentos seriam realizados pelos acadêmicos de Direito matriculados no estágio obrigatório, a universidade teria que alterar as grades curriculares e horárias dos estudantes para que desenvolvessem essas atividades em regime de plantão, ou seja, aos sábados, domingos e feriados. Assim, o diploma questionado fere a autonomia administrativa, financeira e didático-científica da instituição, pois não há anuência para criação ou modificação do novo serviço a ser prestado.

Assentou, em contrapartida, que o escopo da legislação é o suprimento parcial da deficiência do poder público em assegurar aos hipossuficientes o direito à assistência judiciária integral e gratuita, bem como o amplo acesso à justiça.

Lembrou que o poder público procurara mitigar as deficiências da Defensoria Pública em desempenhar esse dever fundamental (CF/1988, art. 134), ao impor, nos casos de ausência de defensor público constituído, que essa função fosse desempenhada por estudantes de universidades estaduais. Tais instituições, embora tenham por principal objetivo as atividades de ensino superior, aos finais de semana passariam a desempenhar, obrigatoriamente, por meio de seu corpo de alunos e professores, funções de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes. Essa atividade, nos termos da lei impugnada, prevê, inclusive, remuneração ao plantonista.

Frisou, entretanto, não haver impedimento a que o Estado-Membro realize convênio com a universidade para viabilizar

a prestação de serviço de assistência judiciária aos necessitados.

Quanto à inconstitucionalidade formal, declarou que os arts. 2º e 3º da lei estadual padecem de vício de iniciativa. A criação de atribuições para as secretarias de Estado compete privativamente ao governador, e não ao parlamento.

Por fim, o Tribunal, por decisão majoritária, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que tenham início com a publicação da ata de julgamento. Invocou, para isso, o princípio da segurança jurídica.

Vencido, quanto à modulação, o ministro Marco Aurélio.

ADI 3792/RN, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2016.

Discussão de verba trabalhista originária de período celetista e competência da justiça comum

Reconhecido o vínculo estatutário entre o servidor público e a Administração, compete à Justiça comum processar e julgar a causa. Com base nesse entendimento, o Plenário deu provimento a agravo regimental para cassar decisão de Tribunal de Justiça local que declinara da competência para conhecer da demanda à Justiça do Trabalho.

No caso, a autora ajuizara ação na Justiça comum com o objetivo de receber diferença de vencimentos decorrente do reajuste do Índice de Preço ao Consumidor (IPC) de julho de 1987 e da Unidade de Referência de Preços (URP) de abril e maio de 1988. As diferenças salariais pleiteadas estariam fundamentadas em normas editadas antes de o vínculo de trabalho sofrer a mudança do regime celetista para o estatutário por meio da edição da lei que instituiu o regime jurídico único no Estado de Minas Gerais (Lei 10.254/1990).

Para o STF, o que define a natureza do regime jurídico é o vínculo existente entre o trabalhador e o Poder Público vigente ao tempo da propositura da ação que define a competência jurisdicional para a solução da controvérsia, independentemente de o direito pleiteado ter se originado no período celetista.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Luiz Fux e Edson Fachin, que negavam provimento ao agravo regimental. O relator e a ministra pontuavam que a competência seria da Justiça do Trabalho, pois o pedido e a causa de pedir relacionavam-se à existência de contrato de trabalho sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O ministro Luiz Fux ressaltava que, embora a natureza do vínculo atual entre o servidor e o Poder Público fosse estatutária, se a demanda envolvesse pretensões decorrentes de vínculo celetista referente a período anterior à conversão do regime operada pela referida lei estadual, a competência seria da justiça especializada.

Já o ministro Edson Fachin frisava que a situação dos autos não se inseria no âmbito de abrangência do comando liminar proferido na ADI 3.395 MC/DF (DJU de 10-11-2006), acórdão tido por desrespeitado. Consignava que esse aresto somente impede que a Justiça do Trabalho julgue demandas fundadas em relações estatutárias ou jurídico-administrativas entre o Poder Público e seus servidores.

Rcl 8909 AgR/MG, rel. orig. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-9-2016.

Contratação em caráter temporário e concurso público

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei 6.697/1994 do Estado do Rio Grande do Norte. Os dispositivos impugnados asseguraram a permanência de servidores da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte (URRN) admitidos em caráter temporário, entre o período de 8 de janeiro de 1987 a 17 de junho de 1993, sem a prévia aprovação em concurso público, e tornaram sem efeitos os atos de direção da universidade que, de qualquer forma, excluíssem esses servidores do quadro de pessoal.

De início, assentou a inconstitucionalidade formal dos dispositivos. A proposição legislativa decorreria de iniciativa parlamentar, tendo sido usurpada a prerrogativa conferida constitucionalmente ao chefe do Poder Executivo quanto às matérias relacionadas ao regime jurídico dos servidores públicos (CF/1988, art. 61, § 1º, II, "c").

Ademais, reputou haver ofensa ao princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II), haja vista a estabilização de servidores contratados apenas temporariamente. O art. 19 do ADCT concedera estabilidade excepcional somente aos servidores que, ao tempo da promulgação do texto, estavam em exercício há mais de cinco anos.

Por fim, o Colegiado, por maioria, determinou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que só valerão a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento. Nesse período, haverá tempo hábil para a realização de concurso público, nomeação e posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação do serviço público de ensino superior na URRN. Ademais, ressaltou dos efeitos da decisão os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria.

Vencido, quanto à modulação, o ministro Marco Aurélio.

ADI 1241/RN, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2016.

Art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e Petrobras - 8

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a aplicação, ou não, à Petrobras, do disposto

no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”).

Na espécie, o tribunal local havia reformado sentença que concedeu indenização em favor das empresas recorrentes e havia assentado a não incidência do aludido dispositivo legal à Petrobras. Afinal, por ser uma sociedade de economia mista, seu regime jurídico seria de natureza privada.

As recorrentes sustentam violação ao art. 37, XXI, da CF/1988. Seria nulo o ato da Petrobras que havia cancelado contrato firmado com elas e submetido a outra empresa os serviços de afretamento de navios, sem observância à regra constitucional que exige licitação — v. Informativo 634.

Em voto-vista, o ministro Luiz Fux, acompanhado pelos ministros Dias Toffoli (relator) — que reajustou seu voto —, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, conheceu em parte do recurso. Na parte conhecida, negou-lhe provimento.

Afirmou que a constitucionalidade do Decreto 2.745/1998, que instituiu o procedimento licitatório simplificado da companhia, não guarda relação com o tema em debate. No caso, a contratação descrita nos autos perdurara até 1994, período em que a Petrobras estava submetida à Lei 8.666/1993, inexistindo, na época, qualquer procedimento licitatório específico para as contratações. Além disso, a controvérsia é anterior à EC 19/1998, que alterou os artigos 22, XXI; e 173, § 1º, da CF/1988.

Ponderou ser a Petrobras pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta. Sob a forma de sociedade de economia mista, explora atividade econômica em regime de concorrência. A companhia deve, assim, observar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, economicidade, publicidade e eficiência em todas as contratações, bem como os princípios da Administração Pública previstos em diplomas legais.

Obras, serviços, compras e alienações da empresa devem ser contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação (CF/1988, art. 37, XXI). No ponto, a Lei 8.666/1993, que regulamenta o dispositivo constitucional, aplica-se às entidades integrantes da Administração até sobrevir legislação específica, conforme instituído pela EC 19/1998.

Ressaltou que o procedimento licitatório previsto nas normas gerais para licitações e contratos não é obrigatório quando a realização do certame possa comprometer o caráter concorrencial da empresa estatal. Isso se presume apenas nos casos em que o objeto do contrato corresponder ao objeto social ou se inserir na atividade preponderante da empresa. No entanto, a Petrobras, na disputa de espaço no mercado com particulares, não se desobriga da observância das normas jurídicas aplicáveis à Administração, visto que seu regime não é exclusivamente privado. Tal fato obriga-a a submeter-se ao controle do TCU, a realizar concurso público para a contratação de seus empregados e a realizar licitação para as suas contratações.

Frisou que as atividades desempenhadas pela Petrobras podem ser divididas em instrumentais e preponderantes. As primeiras são acessórias em relação ao objeto social da companhia e imprescindíveis para que ela funcione. Além de refinar e comercializar petróleo, derivados e gás natural, que configuram exemplos de sua atividade preponderante, a empresa também necessita adquirir material de escritório, limpeza, manutenção predial, além de outras atividades que não dizem respeito ao núcleo de negócios da companhia. Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 deve ser aplicada integralmente às contratações realizadas pela Petrobras em relação à sua atividade instrumental.

Quanto à atividade preponderante, ou seja, diretamente relacionada ao objeto social da companhia e que afeta de imediato o negócio principal da sociedade, ela exige o acompanhamento da agilidade e fluidez do mercado competidor.

No caso, o estatuto social da Petrobras não deixa qualquer dúvida de que o transporte marítimo de petróleo e de outras substâncias é parte da atividade preponderante da empresa. Isso torna dispensável a realização de procedimento licitatório, nos moldes da Lei 8.666/1993. Entretanto, a inexigibilidade de a Petrobras promover certame licitatório não afasta o dever geral de fiel observância aos princípios gerais aplicáveis à Administração previstos na Constituição, especialmente os da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como seus corolários, ainda que infraconstitucionais. Na espécie, estão ausentes as provas de que esses princípios foram descumpridos pela recorrida quando procedera à contratação de transportadora marítima no período.

Consignou que o art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado de forma a esclarecer que a Petrobras submete-se aos ditames dessa lei, salvo nos casos em que a realização do certame licitatório prejudicar a competitividade da empresa no exercício de sua atividade preponderante.

Ademais, o direito subjetivo à renovação do contrato de transporte celebrado entre a recorrente e a Petrobras revela a antijuridicidade do pedido quanto ao pagamento de perdas e danos. À semelhança de empresas concorrentes, a recorrente detinha mera expectativa futura de ser contratada. Dessa forma, ainda que a Petrobras tivesse adotado um procedimento de

contratação inconstitucional, a recorrente não teria direito a indenização. Ao contrário, o reconhecimento de qualquer direito a indenização nessa fase processual exigiria reexame de provas, inviável na espécie.

Assim, não conheceu do recurso quanto ao pleito de condenação em perdas e danos. Porém, quanto à alegada ofensa ao art. 37, XXI, da CF/1988, manteve o acórdão recorrido por fundamento distinto. Entendeu que a Petrobras deve observar as normas gerais de licitação e contratos, mas que fica dispensado o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993 quando a realização do certame puder comprometer a competitividade da empresa, o que se presume nos autos por tratar-se de atividade preponderante.

O ministro Edson Fachin, a seu turno, deu provimento ao recurso.

Reputou que a atuação da Petrobras não pode ser enfocada apenas sob a dimensão interna, em que se configura o monopólio. Ela atua em competição com outras empresas transnacionais, numa dimensão mundial. Portanto, aplicam-se a ela procedimentos contratuais apropriados a garantir-lhe condições de competitividade.

Consideradas essas premissas, concluiu pela violação, na espécie, do art. 37, XXI, da CF, à luz da EC 19/1998.

Por sua vez, a ministra Rosa Weber, acompanhada pela ministra Cármen Lúcia (presidente), conheceu em parte do recurso, na linha do voto proferido pelo ministro Luiz Fux. Na parte conhecida, deu-lhe provimento, no sentido do voto do ministro Edson Fachin.

Em seguida, o julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do ministro Gilmar Mendes.

RE 441280/RS, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2016.

REPERCUSSÃO GERAL

Vínculo de filiação e reconhecimento de paternidade biológica

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

No caso, a autora, ora recorrida, é filha biológica do recorrente, conforme demonstrado por exames de DNA. Por ocasião do seu nascimento, a autora foi registrada como filha de pai afetivo, que cuidara dela, por mais de vinte anos, como se sua filha biológica fosse.

O Supremo Tribunal Federal afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional.

O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. Portanto, é importante reconhecer os vínculos parentais de origem afetiva e biológica. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, e o filho deve poder desfrutar de direitos com relação a todos não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.

A Corte reputou ainda ser imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade e manteve o acórdão de origem, que reconheceu os efeitos jurídicos de vínculo genético relativo ao nome, aos alimentos e à herança.

Vencido o Ministro Edson Fachin, que provia parcialmente o recurso, sob o argumento de que o parentesco socioafetivo não é prioritário ou subsidiário à paternidade biológica, tampouco um parentesco de segunda classe. Trata-se de fonte de paternidade, maternidade e filiação dotada da mesma dignidade jurídica da adoção constituída judicialmente, que afasta o parentesco jurídico daqueles que detêm apenas vínculo biológico.

Dessa forma, segundo o ministro Edson Fachin, havendo vínculo socioafetivo com um pai e biológico com outro genitor, o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente. O parentesco socioafetivo não é menos parentesco do que aquele estabelecido por adoção formal. Assim como o filho adotivo não pode constituir paternidade jurídica com outrem sob o fundamento biológico, também não pode o filho socioafetivo.

Vencido, também, o Ministro Teori Zavascki, que provia integralmente o recurso, sob o fundamento de que a paternidade biológica não gera, necessariamente, a relação de paternidade do ponto de vista jurídico, com as consequências daí decorrentes. O ministro rememorou, ainda, que havia, no caso, uma paternidade socioafetiva que persistiu e persiste. E,

como não pode ser considerada menos importante do que qualquer outra forma de paternidade, ela deve ser preservada.
RE 898060/SC, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22-9-2016.

PRIMEIRA TURMA

Fixação de competência e Justiça Militar

Compete à Justiça Castrense julgar ação penal destinada à apuração de crime cujo autor e vítima sejam militares caso ambos estejam em serviço e em local sujeito à administração militar. Esse foi o entendimento da Primeira Turma, que indeferiu a ordem em “habeas corpus”.

A Turma reafirmou a jurisprudência consolidada na matéria. Assim, compete à Justiça Castrense o julgamento de delito cometido por agente contra vítima também militar nos casos em que haja vínculo direto com o desempenho de atividade militar (HC 121.778/AM, DJe de 1º-7-2014).

Haja vista que, no momento do crime, paciente e vítima, ambos militares, estariam em atividade no interior da caserna, seria necessário ratificar a competência da Justiça Militar para processar e julgar a ação penal de origem, nos termos do art. 9º, II, “a”, do Código Penal Militar (CPM).

HC 135019/SP, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 20-9-2016.

SEGUNDA TURMA

Deliberação negativa do CNJ e competência do STF

Não compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) apreciar originariamente pronunciamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que tenha julgado improcedente pedido de cassação de ato normativo editado por vara judicial.

A Segunda Turma reiterou, assim, jurisprudência firmada no sentido de que não cabe ao STF o controle de deliberações negativas do CNJ, isto é, daquelas que simplesmente tenham mantido decisões de outros órgãos (MS 32.729 AgR/RJ, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJe de 10-2-2015).

MS 33085/DF, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 20-9-2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	21.9.2016	22.9.2016	10
1ª Turma	20.9.2016	—	43
2ª Turma	20.9.2016	—	10

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 19 a 23 de setembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL NO ARE N. 957.842-AL

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL). BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS CRÉDITOS ESCRITURAIIS DA CONTRIBUIÇÃO AO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) E DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à inclusão, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dos créditos escriturais apurados no regime não cumulativo da contribuição ao PIS e da COFINS.
2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.

REPERCUSSÃO GERAL NO RE N. 765.320-MS

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO TRABALHADO E, NOS TERMOS DO ART. 19-A DA LEI 8.036/1990, AO LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS EFETUADOS NO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS.

1. Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para

atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

2. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

REPERCUSSÃO GERAL NO ARE 723.307-PB

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Constitucional e Previdenciário. 2. Execução contra a Fazenda Pública. Obrigação de fazer. Fracionamento da execução para que uma parte seja paga antes do trânsito em julgado, por meio de Complemento Positivo, e outra depois do trânsito, mediante Precatório ou RPV. Impossibilidade. 3. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 4. Reafirmação de jurisprudência. Precedentes. 5. Conhecimento do agravo e provimento do recurso extraordinário para afastar o fracionamento da execução.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

19 a 23 de setembro de 2016

AG.REG. NA PET N. 6.164-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE ACESSO AO CONTEÚDO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS. DECLARAÇÕES RESGUARDADAS PELO SIGILO NOS TERMOS DA LEI 12.850/2013.

1. O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, nos termos da Lei 12.850/2013, que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5º, II) e o de “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) “garantir o êxito das investigações” (arts. 7º, § 2º).

2. O sigilo perdura, em princípio, enquanto não “(...) recebida a denúncia” (art. 7º, § 3º) e especialmente no período anterior à formal instauração de inquérito. Entretanto, instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos permanecem sob sigilo, mas com a ressalva do art. 7º, § 2º da Lei 12.850/2013, a saber: “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento” (Rcl 22009-AgrR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12.5.2016).

3. Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído “o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial” (HC 93.767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º.4.2014).

4. É certo, portanto, que a simples especulação jornalística a respeito da existência de acordo de colaboração premiada ou da sua homologação judicial ou de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo, sobretudo porque poderia comprometer a investigação.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACO N. 924-PR

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

Ementa: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOTADOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO PARQUET EM FAVOR DE MUTUÁRIOS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. QUESTÃO PRELIMINAR. ALCANCE DO ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA F DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPOSITIVO DIRECIONADO PARA ATRIBUIR COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF EM CASOS DE CONFLITO FEDERATIVO. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA PELA CORTE (ACO 1.109/SP E PET 3.528/BA). MERO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES QUANTO À ATUAÇÃO ENTRE DIFERENTES ÓRGÃOS MINISTERIAIS DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO INSTITUCIONAL E NORMATIVA INCAPAZ DE COMPROMETER O PACTO FEDERATIVO AFASTA A REGRA QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA E REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (PGR) – (PRECEDENTE FIXADO PELA ACO 1.394/RN).

1. In casu: (i) cuida-se de conflito negativo de atribuições entre diferentes órgãos do ministério público para se definir a legitimidade para a instauração de Inquérito Civil em investigação de possível superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais no Município de Umuarama/PR; e (ii) há suspeita de que construtoras obtiveram, por intermédio da Caixa Econômica Federal, verbas do Sistema Financeiro de Habitação, em valor superior ao necessário para a construção dos conjuntos habitacionais, excesso esse que teria sido repassado aos mutuários da CEF.

2. Em sede preliminar, o tema enseja revisitação da jurisprudência assentada por esta Corte (ACO 1.109/SP e, especificamente, PET 3.528/BA), para não conhecer da presente Ação Cível Originária (ACO). Nesses precedentes, firmou-se o entendimento no sentido de que simples existência de conflito de atribuições entre Ministérios Públicos vinculados a entes federativos diversos não é apta, per se, para promover a configuração de típico conflito federativo, nos termos da alínea f do Inciso I do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O caso dos autos remete, conseqüentemente, a mero conflito de atribuições entre órgãos ministeriais vinculados a diferentes entes federativos.

3. Em conclusão, essa situação institucional e normativa é incapaz de comprometer o pacto federativo e, por essa razão, afasta a regra que, em tese, atribui competência originária ao STF. Ademais, em consonância com o entendimento firmado por este Tribunal no julgamento da ACO 1.394/RN, o caso é de não conhecimento da ação cível originária, com a respectiva remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para a oportuna resolução do conflito de atribuições.

AG. REG. NO MS N. 26.125-DF

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. URP. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO DO PLENÁRIO PARA SITUAÇÃO IDÊNTICA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. Quando do julgamento do MS 25.430, o Supremo Tribunal Federal assentou, por 10 votos a 1, que as verbas recebidas em virtude de liminar deferida por este Tribunal não terão que ser devolvidas por ocasião do julgamento final do mandado de segurança, em função dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica e tendo em conta expressiva mudança de jurisprudência relativamente à eventual ofensa à coisa julgada de parcela vencimental incorporada à remuneração por força de decisão judicial. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ADI N. 4.509-PA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DELIBERAÇÃO SOBRE PARCELA REMUNERATÓRIA POR CONVOCAÇÃO PARA SESSÃO LEGISLATIVA EXTRAORDINÁRIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 47/2010 DA CONSTITUIÇÃO DO PARÁ. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL: ART. 57, § 7º, C/C ART. 27, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. A remissão expressa do art. 27, § 2º, da Constituição da República ao seu art. 57, § 7º, estende aos deputados estaduais a proibição de percepção de qualquer parcela indenizatória por convocação extraordinária.

2. Confirmação da medida cautelar deferida à unanimidade.

3. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 47/2010 da Constituição do Pará.

*noticiado no Informativo 622

HC N. 130.502-RJ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PRESO – SAÍDAS TEMPORÁRIAS – CRIVO. Uma vez observada a forma alusiva à saída temporária – gênero –, manifestando-se os órgãos técnicos, o Ministério Público e o Juízo da Vara de Execuções, as subsequentes mostram-se consecutório legal, descabendo a burocratização a ponto de, a cada uma delas, ter-se que formalizar novo processo. A primeira decisão, não vindo o preso a cometer falta grave, respalda as saídas posteriores. Interpretação teleológica da ordem jurídica em vigor consentânea com a organicidade do Direito e, mais do que isso, com princípio básico da República, a direcionar à preservação da dignidade do homem.

*noticiado no Informativo 831

Acórdãos Publicados: 381

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

OAB e competência jurisdicional

(v. Informativo 837)

RE 595.332/PR*

RELATOR: Ministro Marco Aurélio

EMENTA: COMPETÊNCIA – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – ANUIDADES. Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.

Relatório: Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Alexandre Freire:

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, no julgamento do agravo de instrumento nº 2008.04.00.003786-1/PR, caber à Justiça estadual processar execuções ajuizadas pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB contra inscritos inadimplentes quanto ao pagamento das anuidades. Consignou que, consoante dispõe a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), a anuidade devida à Ordem constitui título executivo extrajudicial e a cobrança submete-se ao regime do Código de Processo Civil. Ressaltou o caráter nacional da advocacia como função essencial à Justiça. Citou o entendimento assentado pelo Supremo a respeito da dimensão nacional do Poder Judiciário. Afastou possível analogia com as ações de mandado de segurança. Destacou que a competência da Justiça Federal é atraída, tão somente, caso o Conselho Federal da Ordem dos Advogados figure como autoridade coatora.

O acórdão impugnado encontra-se assim ementado:

EXECUÇÃO FISCAL DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OAB. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Se a profissão da advocacia é função essencial à justiça, conforme o art. 133 da Constituição, ela o é a todas as espécies da Justiça brasileira – estadual, do trabalho, federal, militar. Recorde-se que o STF, recentemente, ressaltou o caráter nacional do Poder Judiciário, de que as distintas justíças era, em realidade, repartições de competência para melhorar a apreciação dos feitos. Ademais, tal serviço fiscalizatório, essencial à manutenção de uma democracia, e mais essencial à manutenção de um dos Poderes da República – o Judiciário – ele o é nas esferas da autonomia dos Estados-membros, tanto que a fiscalização, a ordenação dos inscritos e a cobrança das anuidades se fazem no âmbito estadual.

A esfera, pois, de competência de tais feitos é, nos termos da Constituição Federal, da Justiça Estadual.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa ao artigo 109, inciso I, da Carta Federal. Consoante argui nas razões recursais, afirma ser a Ordem dos Advogados do Brasil prestadora de serviço público federal, especializado e permanente, mostrando-se impossível qualificá-la como entidade de direito privado. Requer a admissão e provimento do extraordinário, para assentar-se que cumpre à Justiça Federal processar e julgar a ação de execução de título extrajudicial.

Sob o ângulo da repercussão geral, anota que o pressuposto de admissibilidade revela-se no fato de o acórdão recorrido contrariar a jurisprudência deste Tribunal. Sustenta haver relevância política, social e jurídica, pois a matéria atinente às contribuições e anuidades devidas pelos inscritos a entidade de classe repercute em toda a categoria profissional.

Não houve apresentação de contrarrazões.

Em 18 de março de 2010, o Supremo concluiu pela repercussão geral do tema, sob os seguintes fundamentos:

COMPETÊNCIA – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – JUSTIÇA FEDERAL VERSUS ESTADUAL – REPERCUSSÃO GERAL. Surge com repercussão geral a discussão de tema alusivo à competência para julgar ação em que envolvida a Ordem dos Advogados do Brasil.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso, ante a inexistência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, porquanto não houve a devida sucessão processual após o falecimento do executado.

Admitiu-se a participação, como terceiro, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

É o relatório.

Voto: Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia credenciado mediante a procuração de folha 59, foi protocolada no prazo legal. Disponibilizado o acórdão atacado em 20 de maio de 2008 (terça-feira), foi publicado no dia 4 de junho seguinte. Formalizou-se o extraordinário no dia 12 imediato (quinta-feira). Conheço.

O não conhecimento suscitado pela Procuradoria-Geral da República não procede. Até aqui, tem-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no qual confirmada a sentença que implicou o deslocamento do processo para a Justiça comum. A questão atinente ao âmbito do recorrido – possível sucessão – não foi analisada pelo Juízo. Há o interesse jurídico do recorrente na continuidade do julgamento do processo, mostrando-se necessário elucidar-se a competência para apreciá-lo.

A Ordem dos Advogados do Brasil, quer sob o ângulo do Conselho Federal, quer das seccionais, não é associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento – inciso XVIII do artigo 5º da Carta da República. Consubstancia órgão de classe, com disciplina legal – Lei nº 8.906/1994 –, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória. É, por isso mesmo, autarquia corporativista, o que atrai, a teor do artigo 109, inciso I, do Diploma Maior, a competência da Justiça Federal para exame de ações – seja qual for a natureza – nas quais integre a relação processual. Surge impróprio estabelecer distinção considerados os demais conselhos existentes.

Provejo o recurso interposto para assentar a competência da Justiça Federal, devendo o processo retornar à Quinta Vara Federal de Curitiba para que enfrente, inclusive, a problemática alusiva ao falecimento do recorrido, analisando possível habilitação de sucessores.

Eis a tese deste voto:

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

É como voto.

** acórdão pendente de publicação*

Informativo 841

SUMÁRIO

Plenário

Uso estatal de valores sob disputa judicial e conflito legislativo
ISSQN e redução da base de cálculo

Repercussão Geral

Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento - 2
Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa - 2
Administração de planos de saúde e incidência de ISSQN - 3

1ª Turma

CNJ: provimento de serventias extrajudiciais e segurança jurídica - 2
Honorários recursais e não apresentação de contrarrazões ou contraminuta

2ª Turma

Roubo: pena-base no mínimo legal e regime inicial fechado

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Concurso público e restrição à tatuagem (RE 898.450/SP)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Uso estatal de valores sob disputa judicial e conflito legislativo

O Plenário, por maioria, referendou medida acauteladora em ação direta de inconstitucionalidade para suspender o andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei 21.720/2015 do Estado de Minas Gerais, assim como os efeitos de decisões neles proferidas, até o julgamento definitivo da ação.

A lei impugnada determina que os depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), sejam utilizados para o custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e assistência judiciária e a amortização da dívida com a União.

No caso, o Estado-Membro havia ajuizado ação ordinária perante o TJMG com o objetivo de compelir o Banco do Brasil a dar consequências práticas à lei adversada. O pedido antecipatório havia sido acolhido com determinação de bloqueio e transferência de valores à conta do Executivo mineiro, sob pena de multa diária.

O STF ponderou que o tema de fundo, relativo ao aproveitamento, pelas unidades federadas, dos valores sob disputa judicial que estejam temporariamente submetidos à custódia das instituições financeiras, é objeto de controvérsia. Nesse sentido, há substanciais contrastes entre a lei estadual em debate e a Lei Complementar 151/2015. O mais evidente deles diz respeito à natureza dos depósitos judiciais passíveis de transferência à conta única do Estado-Membro. A lei federal apenas autoriza o levantamento de valores objetos de depósitos vinculados a processos em que os entes federados sejam parte, enquanto a lei mineira contém autorização mais generosa, que se estende a todos os processos vinculados à Corte local. Além disso, a norma estadual permite que a transferência chegue a compreender, no primeiro ano de vigência, o equivalente a 75% do valor total dos depósitos. Tais discrepâncias geram cenário de insegurança jurídica.

Ademais, o Colegiado constatou que dissídios com semelhante gravidade têm sido noticiados em outras unidades federadas, em virtude de incompatibilidades entre a disciplina estadual da matéria e aquela estipulada pela LC 151/2015.

Tendo em vista o cenário de instabilidade criado pela exigibilidade imediata da lei atacada, a contrariedade do diploma com o regime estabelecido pela LC 151/2015, o risco para o direito de propriedade dos depositantes que litigam na Corte local e a predominância da competência legislativa da União para prover sobre depósitos judiciais e suas consequências, o Tribunal referendou a decisão cautelar.

Por fim, esclareceu que a medida acauteladora tem eficácia meramente prospectiva a partir da sua prolação em sede monocrática, ocorrida em 29-10-2015, destinando-se a inibir, daí em diante, a prática de novos atos e a produção de novos efeitos nos processos judiciais suspensos. A decisão, todavia, não autoriza nem determina a modificação do estado dos fatos então existente, nem a invalidação, o desfazimento ou a reversão de atos anteriormente praticados no processo suspenso, ou dos efeitos por eles já produzidos.

Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio, por não referendar a liminar como pleiteada e implementar com eficácia “ex nunc”, desde a data dessa assentada, a medida acauteladora para suspender a eficácia da lei impugnada.

ADI 5353 MC-Ref/MG, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 28-9-2016. (ADI-5353)

ISSQN e redução da base de cálculo

É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Também é incompatível com o texto constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, conheceu em parte de arguição de descumprimento de preceito fundamental, converteu o exame do referendo da cautelar em julgamento de mérito e, na parte conhecida, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 190, § 2º, II; e 191, § 6º, II, e § 7º, da Lei 2.614/1997, do Município de Estância Hidromineral de Poá, Estado de São Paulo.

No caso, a lei impugnada excluiu da base de cálculo do ISSQN os seguintes tributos federais: a) Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ); b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL); c) Programa de Integração Social (PIS) e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep); e d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Preliminarmente, o Tribunal, por decisão majoritária, reconheceu violação ao preceito fundamental da forma federativa de Estado em sua respectiva dimensão fiscal. Verificou, ainda, a presença do requisito da subsidiariedade, uma vez que não se vislumbra qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar lesão ao preceito supracitado.

Reputou que a arguição não poderia ser conhecida em sua inteireza, pois a autora apenas apresentou impugnação específica dos arts. 190, § 2º, II; e 191, § 6º, II, e § 7º, da Lei 2.614/1997 do Município de Poá. Os demais dispositivos apontados não deveriam ser conhecidos, diante da patente ausência de fundamentação jurídica. Além disso, a Corte afirmou que a ação estava perfeitamente aparelhada para o julgamento definitivo da controvérsia, com as informações prestadas, sendo desnecessário revisitar a matéria novamente.

O ministro Marco Aurélio ficou vencido quanto a essas preliminares. Manifestou-se pela inadequação da via eleita. Para ele, o fato de um Município disciplinar a base de cálculo do ISSQN, tendo em conta o que entenda como receita bruta, não põe em risco o pacto federativo. Ademais, teria sido ajuizada ação direta de inconstitucionalidade contra a referida norma municipal perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, não se teria observado o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 (“Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”). Por fim, concluiu que a ADPF foi incluída em pauta com antecedência mínima de cinco dias úteis, como preconizado pelo novo Código de Processo Civil, para apreciar-se tão somente a liminar implementada pelo relator e não para chegar-se ao exame definitivo. Dessa forma, o processo não estaria aparelhado para julgamento.

Quanto ao mérito, a Corte constatou vícios de inconstitucionalidade formal e material, a partir de dois argumentos centrais: a usurpação da competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de legislação tributária e a ofensa à alíquota mínima estabelecida para o tributo em questão pelo poder constituinte no art. 88 do ADCT.

O Plenário enfatizou que a lei municipal não poderia definir base de cálculo de imposto, visto tratar-se de matéria reservada à lei complementar, conforme preceitua o art. 146, III, “a”, da CF (“Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”).

Na hipótese, a lei impugnada estabelece que o ISSQN incide sobre o preço do serviço, o que exclui os tributos federais relativos à prestação de serviços tributáveis e o valor do bem envolvido em contratos de arrendamento mercantil. Assim, ao cotejar a lei atacada, o Decreto-Lei 406/1968 e a Lei Complementar 116/2003, percebe-se a invasão de competência por parte do Município em relação às competências da União, o que caracteriza vício formal de inconstitucionalidade.

No âmbito da inconstitucionalidade material, também haveria violação ao art. 88, I e II, do ADCT, incluído pela EC 37/2002. Tal normativo fixou alíquota mínima para os fatos geradores do ISSQN, assim como vedou a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resultasse, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida. Logo, a norma impugnada representa afronta direta ao mencionado dispositivo constitucional, pois reduz a carga tributária incidente sobre a prestação de serviço a um patamar vedado pelo poder constituinte.

O ministro Marco Aurélio ficou vencido quanto ao mérito. Para ele, a lei municipal apenas explicitou a base de incidência de tributo da respectiva competência normativa.

Por fim, o Tribunal deliberou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade teriam como marco inicial a data do deferimento da cautelar.

ADPF 190/SP, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 29-9-2016. (ADPF-190)

REPERCUSSÃO GERAL

Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento - 2

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo.

No caso, o Estado-Membro havia sido condenado a fornecer medicação para tratamento de doença grave. Na decisão judicial atacada, o ente havia alegado que privilegiar o atendimento de um único indivíduo comprometeria políticas de universalização do serviço de fornecimento de fármacos, em prejuízo dos cidadãos em geral. Dessa forma, debilitaria investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação. Além disso, violaria a reserva do possível e a legalidade orçamentária — v. Informativo 839.

O ministro Marco Aurélio (relator) aditou o voto proferido na sessão anterior. Ele propôs a seguinte tese: o

reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

Para o relator, a existência de familiar possuidor de meios para prover os custos do remédio, sem prejuízo de vida econômica normal e gratificante, poderia ser apontada como fato extintivo do direito pleiteado. Porém, tal condição é mitigada pelo condomínio de obrigações da União, dos Estados, dos Municípios e da família inerente à matéria.

Então, considerando-se o fator tempo, vital em questões relativas à saúde, e presumindo-se que haja familiar em situação econômico-financeira suficiente a proporcionar o remédio, se o Estado for acionado em Juízo, este deverá alegar o fato e requerer, ante o direito de regresso, a citação do familiar abastado e omissor. Afinal, ausente a espontaneidade do familiar, incumbe ao Estado atuar em nome da coletividade, sem prejuízo dos consectários legais. Descabe, a pretexto de ter-se membro da família com capacidade econômico-financeira de prover certo medicamento, eximir-se pura e simplesmente da obrigação de fornecê-lo, portanto.

Por fim, o ministro rememorou que o Estado-Membro recorrente havia silenciado quanto à integração da União na relação processual no polo passivo. Seria, portanto, impossível ressuscitar essa matéria. Esclareceu, ainda, que o recurso extraordinário havia sido analisado com base nas causas de pedir versadas pelo recorrente.

Em voto-vista, o ministro Roberto Barroso desproveu o recurso extraordinário em face da incorporação, no curso do processo, do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Afirmou que, no caso de demanda judicial, o Estado estaria obrigado a fornecer medicamento incorporado pelo SUS. Em tais circunstâncias, caberia ao Judiciário apenas efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove: a) a necessidade do fármaco; e b) a prévia tentativa de sua obtenção pela via administrativa.

Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que resista a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública.

Segundo consignou, para o deferimento, pelo Poder Judiciário, de determinada prestação de saúde, cinco requisitos cumulativos devem ser observados: a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

Propôs, ainda, a observância de um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e os entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, a exemplo das câmaras e dos núcleos de apoio técnico em saúde dos tribunais, além dos profissionais do SUS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). O diálogo, inicialmente, serviria para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, determinaria que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliassem a possibilidade de sua incorporação ao SUS, mediante manifestação fundamentada.

O ministro Edson Fachin deu parcial provimento ao recurso. Acolheu a alegação de que o Estado-Membro recorrente não poderia ser condenado a custear sozinho o medicamento, por tratar-se de dispensação excepcional. Ressaltou que haveria a necessidade de a União compor o polo passivo da ação. Afirmou ser o direito à saúde assegurado a todos na Constituição. Enfatizou, também, haver direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em implementá-la.

Para o ministro, as tutelas condenatórias visando à dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser, preferencialmente, pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a conferir-se máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde. A tutela de prestação individual não coletivizável deve ser excepcional. Desse modo, para seu implemento, é necessário demonstrar não apenas que a opção diversa à disponibilizada pela rede pública decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para o seu caso, mas também que há medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências.

Para aferir tais circunstâncias na via judicial, propôs os seguintes parâmetros: a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e

e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

Na espécie, o acórdão recorrido deixou nítida a conclusão de ser devida a dispensa do medicamento não incorporado em virtude da efetiva necessidade de manutenção da vida da autora, da inexistência de substituto na rede pública e do fato de ela não ostentar condições de adquiri-lo.

Por fim, em obediência ao princípio da segurança jurídica, propôs serem preservados os efeitos das decisões judiciais prolatadas nas instancias ordinárias que versem sobre questão constitucional submetida à repercussão geral, inclusive as sobrestadas até a data deste julgamento.

Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Teori Zavascki.

RE 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2016. (RE-566471)

Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa - 2

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) — v. Informativo 839.

O ministro Marco Aurélio (relator) aditou o voto proferido na sessão anterior e propôs a seguinte tese: O Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem.

Rememorou que, na assentada anterior, havia concluído no sentido da impossibilidade de ter-se a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamento não aprovado pela Anvisa.

Assim se manifestou a partir do disposto no art. 12 da Lei 6.360/1976 (“Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”). A parte final do preceito sinaliza a necessidade de registro do remédio em órgão público. Porém, quando editada a lei, a Anvisa não estava encarregada de realizar o registro, segundo o próprio regulamento (Decreto 3.029/1999).

O ministro esclareceu que a formalidade legal é atendida pela manifestação da Anvisa. Dessa forma, é preciso levar em consideração não só os registros específicos verificados como também o teor da Resolução RDC 8/2014 da Anvisa, a “autorizar a importação de medicamentos constantes na lista de medicamentos liberados em caráter excepcional destinados unicamente a uso hospitalar ou sob prescrição médica, cuja importação esteja vinculada a uma determinada entidade hospitalar e/ou entidade civil representativa ligadas à área de saúde, para seu uso exclusivo, não se destinando à revenda ou ao comércio”.

A resolução estabelece, ainda, critérios para a inclusão de fármacos na lista de medicamentos liberados à importação em caráter excepcional, desde que siga as cautelas constantes da própria resolução. Uma vez enquadrado o remédio no que nela previsto, tem-se o cumprimento da exigência legal.

Sob o ângulo da inexistência do medicamento no Brasil, a resolução, ao versar regras para inclusão de remédios na lista para importação em caráter excepcional, o faz da seguinte forma: a) indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro; b) ausência de opção terapêutica para a indicação pleiteada; c) comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico-científica indexada; d) comprovação de que o medicamento apresenta registro no país onde está sendo comercializado, na forma farmacêutica, com via de administração, concentração e indicação terapêutica requerida. O parágrafo único do art. 3º do ato normativo prevê, ainda, a exclusão do remédio constante de lista de liberados para importação excepcional se ele não atender a qualquer dos critérios de inclusão.

O ministro Marco Aurélio também ponderou que o art. 12 da Lei 6.360/1976 é explícito ao vedar a industrialização, a exposição à venda ou a entrega ao consumo de medicamento sem que antes haja o registro. Norma proibitiva deve ser considerada tal como se contém. Nesse sentido, foge ao alcance situação concreta, respaldada em laudo médico, a revelar necessário, indispensável à saúde, certo remédio, sem similar nacional, devidamente registrado no país de produção. Nesse caso, independentemente de constar ou não da lista de que cogita a resolução da Anvisa (RDC 8/2014), o Estado está compelido a cobrir o custo de importação do fármaco designado comumente como órfão.

Conclusão diversa implica submeter a sobrevivência do ser humano a ato estritamente formal (deliberação da Anvisa no sentido da inserção na lista de importação autorizada). Pois não se trata de industrialização ou comercialização, mas de atendimento a necessidade maior, individualizada, de pessoa acometida por doença rara. Em geral, nessas situações, o produto somente é encontrado em país de desenvolvimento técnico-científico superior, e o paciente não deve nem pode ficar à míngua.

Desse modo, com ou sem autorização da Anvisa, haja vista não ser o caso de industrialização ou comercialização no território brasileiro, e sim de importação excepcional para uso próprio, individualizado, cumpre ao Estado viabilizar a

aquisição.

O ministro Roberto Barroso, em voto-*vista*, deu parcial provimento ao recurso, para determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, já que, no curso da ação, ele foi registrado na Anvisa e incorporado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para dispensação gratuita. Segundo o ministro, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamentos não registrados na Anvisa. Trata-se de um meio para garantir proteção à saúde pública, atestado de eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no País, além de assegurar o devido controle de preços.

No caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer na hipótese de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior a 365 dias). Ainda nessa situação, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos: a) pedido de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e c) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, haja vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

O ministro Edson Fachin proveu integralmente o recurso extraordinário para determinar à parte recorrida o fornecimento imediato do medicamento pleiteado. Para ele, há, nos autos, notícia do registro do fármaco em questão, assim como de sua inclusão no âmbito da política de assistência à saúde. Portanto, há direito subjetivo da recorrente de obter o referido remédio.

Segundo o ministro, a definição do direito à saúde como demanda ética à equidade não conduz a outra resposta que não o reconhecimento de garantias de um mínimo existencial e de efetiva participação. Essa garantia, materializada na atuação do Poder Judiciário, impõe que se realize de modo não cumulativo: a) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei nem pode existir abuso de poder; b) controle da motivação, ou seja, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública; c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, isto é, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e d) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (CF, art. 5º, LXXVIII).

Em caso de descumprimento dos parâmetros de controle da atuação da regulação, o Poder Judiciário deve garantir a participação. Pode, para tanto, determinar que o tema seja novamente apreciado ou que haja manifestação da Administração Pública sobre as situações pontuais que não foram objeto de deliberação. A participação garante, portanto, que a demanda dos cidadãos seja oposta à comunidade científica e por ela apreciada em devida conta. Não autoriza a validar como regra medicamento ou procedimento não reconhecido pela agência. Há, porém, exceção: demonstração, em juízo, do descumprimento dos controles fixados para a política regulatória.

Em seguida, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Teori Zavascki.

RE 657718/MG, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2016. (RE-657718)

Administração de planos de saúde e incidência de ISSQN - 3

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) prestam serviço sujeito ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), previsto no art. 156, III, da CF.

Esse é o entendimento do Plenário, que, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a incidência da referida exação relativamente às atividades de administração de planos de saúde.

No caso, segundo o acórdão recorrido, seria possível a incidência de ISSQN sobre a referida atividade. Afinal, não se resumiria a repasses de valores aos profissionais conveniados, mas configuraria real obrigação de fazer em relação aos usuários, não se podendo negar a existência de prestação de serviço. Sustentava-se a existência de violação aos arts. 153, V, e 156, III, da CF. Somado a isso, ressaltava que a principal atividade das empresas de seguro consistiria em obrigação de dar, e não de fazer, o que afastaria a incidência do tributo — v. Informativo 830.

O Colegiado afirmou que o aspecto primordial para a compreensão da incidência do ISSQN encontra-se no enquadramento do conceito de “serviço”. Apenas as atividades assim classificadas — à luz da materialidade constitucional do mencionado conceito (CF, art. 156, III) — seriam passíveis de atrair a obrigatoriedade do imposto, previsto na Lei Complementar 116/2003. Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 547.245/SC (DJE de 5-3-2010), entendera não haver, na matéria, um primado do Direito Privado; pois, sem dúvida, seria viável que o Direito Tributário

— e primordialmente o Direito Constitucional Tributário — adotasse conceitos próprios. Desse modo, a possibilidade de o Direito Tributário elaborar conceitos específicos decorreria, em última análise, do fato de ser direito positivo. Assim, os conceitos conotados por seus enunciados poderiam identificar-se com aqueles consagrados em dispositivos já vigentes, embora essa identidade não seja imprescindível. Nem mesmo a necessidade de proceder-se à exegese rigorosamente jurídica do texto constitucional implicaria a inexorável incorporação, pela Constituição, de conceitos infraconstitucionais.

Com efeito, o art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN) (“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”) não veicula norma de interpretação constitucional. Não seria possível elaborar interpretação autêntica da Constituição a partir do legislador infraconstitucional, na medida em que esse não poderia balizar ou direcionar o intérprete do próprio texto constitucional. O referido dispositivo do CTN não tem a amplitude conferida por sua interpretação literal.

Nesse sentido, legislação infraconstitucional não poderia alterar qualquer conceito jurídico —do Direito Privado ou não — ou extrajurídico — da Economia ou de qualquer ramo do conhecimento — utilizado pelo constituinte para definir competências tributárias. Portanto, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer para dirimir o conflito de competência entre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) fosse utilizada no âmbito do Direito Tributário, novos critérios de interpretação progressivamente teriam ganhado espaço.

O Tribunal asseverou, ainda, que a chamada “Constituição Tributária” deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, desde o literal até o sistemático e teleológico. Por isso, os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua exegese, como a Ciência das Finanças, a Economia e a Contabilidade. Dessa sorte, embora os conceitos de Direito Civil exerçam papel importante na interpretação dos conceitos constitucionais tributários, eles não exaurem a atividade interpretativa, conforme assentado no julgamento do precedente acima referido.

A doutrina é uníssona no sentido de que a Constituição, ao dividir as competências tributárias, valera-se eminentemente de tipos, e não de conceitos. Portanto, os elencos dos arts. 153, 155 e 156 da CF consistem em tipos; pois, do contrário, o emprego de lei complementar seria desnecessário para dirimir conflitos de competência, consoante a previsão do art. 146, I, da CF. Apesar de a Constituição usar de linguagem tipológica e potencialmente aberta, esse posicionamento jurídico não conduz a que a lei complementar possa dispor livremente sobre os impostos previstos na Constituição. No entanto, a lista de serviços veiculada pela LC 116/2003 tem caráter taxativo, contraponto ao conceito econômico de serviços, que possui razoável abertura semântica.

Essa contraposição confere segurança jurídica ao sistema, num país onde se decidiu atribuir competência tributária aos Municípios. Consequentemente, o STF, no julgamento do RE 547.245/SC, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de “leasing” financeiro e “leaseback”, sinalizou que a interpretação do conceito de “serviços” no texto constitucional tem um sentido mais amplo do o conceito de “obrigação de fazer”. Portanto, “prestação de serviços” não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil. É conceito relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestado com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugado ou não à entrega de bens ao tomador.

Igualmente e tendo em conta as premissas expostas, a natureza jurídica securitária alegada pelas operadoras de planos de saúde para infirmar a incidência do ISSQN não indica fundamento capaz de afastar a cobrança do tributo no caso. Diferentemente dos seguros-saúde, nos planos de saúde, a garantia oferecida é somente a utilidade obtida mediante a contratação do respectivo plano, o que não exclui o fato de as atividades por elas desempenhadas — operadoras de plano de saúde e operadoras de seguro-saúde — serem “serviço”. Nesse sentido, o ISSQN deve incidir sobre a comissão, assim considerada a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o repassado para os terceiros prestadores dos serviços médicos.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Para ele, não incidiria ISSQN nas atividades desenvolvidas pelas operadoras de plano de saúde na intermediação entre o usuário e os profissionais de saúde, ante a inexistência de obrigação de fazer (prestação de serviço médico ou hospitalar).

RE 651703/PR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 29-9-2016. (RE-651703)

PRIMEIRA TURMA

CNJ: provimento de serventias extrajudiciais e segurança jurídica - 2

A Primeira Turma concluiu julgamento e, por maioria, denegou a ordem em mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que havia negado seguimento a recurso administrativo cujo objetivo era desconstituir decisão mediante a qual havia sido elaborada lista de serventias extrajudiciais vagas.

Na espécie, o impetrante foi nomeado, em 12-8-1993, para o cargo de tabelião, após prestar concurso público. Posteriormente, em 20-9-1993, mediante permuta, passou a titularizar o mesmo cargo em outra serventia, que foi declarada vaga pelo referido ato do CNJ. O impetrante sustentava ofensa à segurança jurídica e ao direito adquirido, pois o CNJ teria revisto o ato de designação após mais de dezessete anos, em afronta ao art. 54 da Lei 9.784/1999 (“O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”). Ressaltava, ademais, que a permuta teria sido realizada de acordo com a legislação até então vigente e que seria inviável o seu retorno à serventia originária, já extinta — v. Informativo 812.

A Primeira Turma afirmou não ser lícito que alguém ocupasse determinado cargo por força de titularização inconstitucional (no caso, a permuta sem concurso público); sequer perdesse o direito ao cargo de origem, para o qual havia ingressado mediante concurso público. Assim, o ato do CNJ que culminou na anulação da permuta estava correto.

O Colegiado determinou, entretanto, oficiar à Corte local. Assim, a situação seria equacionada, vedada a manutenção do impetrante no cargo fruto da permuta em desacordo com a Constituição.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que concedia a ordem.

MS 29415/DF, rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 27-9-2016. (MS-29415)

Honorários recursais e não apresentação de contrarrazões ou contraminuta

É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado (“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”).

Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravos regimentais e, por maioria, fixou honorários recursais.

O ministro Marco Aurélio (relator) ficou vencido. Assentou que a fixação de honorários tem como pressuposto o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia. Se o advogado não teve trabalho e não apresentou contraminuta ou contrarrazões, considerado o recurso interposto, não seria possível a condenação do recorrente ao pagamento da referida verba. Ressaltou não ter recebido o advogado em audiência, tampouco memorial apresentado por ele.

AI 864689 AgR/MS e ARE 951257 AgR/RJ, rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/o ac. min. Edson Fachin. 27-9-2016. (AI-864689)

SEGUNDA TURMA

Roubo: pena-base no mínimo legal e regime inicial fechado

A Segunda Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” em que o recorrente pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena. No caso, ele foi condenado pela prática de roubo duplamente circunstanciado, em razão do concurso de agentes e do uso de arma de fogo. Na sentença, o juízo fixou a pena-base no mínimo legal, mas estabeleceu o regime inicial fechado.

O ministro Ricardo Lewandowski (relator) negou provimento ao recurso. Entendeu que, de acordo com o art. 33, § 2º, do Código Penal, é faculdade do magistrado fixar regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, consideradas as particularidades do caso concreto.

Na espécie, a sentença está devidamente fundamentada pelo juízo. Entre as razões que culminaram na fixação de regime inicial mais gravoso, estão o número de agentes que praticaram o crime em coautoria (três), o fato de alguns deles já terem passagem pela polícia e o uso de arma de fogo municada e apta à realização de disparos.

O relator acrescentou que o crime havia sido praticado em área urbana onde ocorrem diversos delitos da mesma natureza. Cumpre, então, ao juiz demonstrar maior reprovação no tocante a essa espécie de ilícito. Dessa forma, o julgador exerce determinada política criminal e sinaliza para a sociedade que a persecução penal deve ser mais rigorosa quanto a crimes que, como no caso, atentam contra a integridade física e a vida das pessoas.

Em seguida, pediu vista o ministro Teori Zavascki.

RHC 135298/SP, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 27-9-2016. (RHC-135298)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	28.09.2016	29.09.2016	13
1ª Turma	27.09.2016	—	59
2ª Turma	27.09.2016	—	12

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 26 a 30 de setembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 723.307-PR

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Constitucional e Previdenciário. 2. Execução contra a Fazenda Pública. Obrigação de fazer. Fracionamento da execução para que uma parte seja paga antes do trânsito em julgado, por meio de Complemento Positivo, e outra depois do trânsito, mediante Precatório ou RPV. Impossibilidade. 3. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 4. Reafirmação de jurisprudência. Precedentes. 5. Conhecimento do agravo e provimento do recurso extraordinário para afastar o fracionamento da execução.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE

26 a 30 de setembro de 2016

Ext N. 1.244-DF

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA. CRIMES DE TRANSPORTE, POSSE, AQUISIÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ESTUPEFACIENTES. CORRESPONDÊNCIA COM O DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DUPLA INCRIMINAÇÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES LEGAIS À EXTRADIÇÃO. SÚMULA 421/STF. CONTENCIOSIDADE LIMITADA. PRECARIEDADE DO ESTADO DE SAÚDE DO EXTRADITANDO. ENTREGA CONDICIONADA AO PRÉVIO EXAME MÉDICO OFICIAL. CONDENAÇÃO POR OUTROS CRIMES NO BRASIL. ENTREGA ANTES DO CUMPRIMENTO DA PENA NO BRASIL SUJEITO A JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. EXIGÊNCIA DE ASSUNÇÃO DE COMPROMISSO QUANTO À DETRAÇÃO DA PENA.

1. Pedido de extradição formulado pelo Governo da França que atende os requisitos da Lei 6.815/1980 e do Tratado de Extradição específico.
2. Crimes de transporte, posse, aquisição e exportação de produtos estupefacientes, nos termos da legislação estrangeira, que correspondem ao crime previsto no art. 33, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006. Dupla incriminação atendida.
3. Inocorrência de prescrição e inexistência de óbices legais.
4. Na dicção do verbete da Súmula 421/STF: “*Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro*”.
5. A apreciação das teses defensivas pertinentes ao mérito da imputação extrapolam os limites da contenciosidade limitada que rege o processo de extradição (art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro).
6. A precariedade do estado de saúde do Extraditando não constitui, por si só, óbice ao deferimento da extradição, mas tão somente condiciona a entrega do Extraditando ao prévio exame médico oficial, nos termos do parágrafo único do art. 89 da Lei 8.615/1980 (Ext 367, Rel. Min. Djaci Falcão, Plenário, DJ 21.12.1979; e Ext 1.365, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 11.3.2015).
7. Extraditando processado criminalmente no Brasil em duas ações penais em curso. Fato não impeditivo da extradição, ficando a entrega condicionada à extinção do feito ou ao cumprimento da pena no Brasil, sem prejuízo do juízo de conveniência e oportuna unidade

do Poder Executivo (arts. 89 e 67 da Lei 6.815/1980).

8. O compromisso de detração da pena, considerando o período de prisão decorrente da extradição, deve ser assumido antes da entrega do preso, não obstante a concessão da extradição. O mesmo é válido para os demais compromissos previstos no art. 91 da Lei nº 6.815/1980.

9. Extradicação deferida.

**noticiado no Informativo 834*

Inq 3.997-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, § 4º, DA LEI 9.613/1998. RÉPLICA PELA ACUSAÇÃO ÀS RESPOSTAS DOS DENUNCIADOS. POSSIBILIDADE. JUNTADA DE DOCUMENTO ISOLADO APÓS A OFERTA DA DENÚNCIA. VIABILIDADE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA E OBJETIVA DAS CONDUTAS ATRIBUÍDAS AOS DENUNCIADOS, ASSEGURANDO-LHES O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPREENSÃO DO CONJUNTO INVESTIGATÓRIO MESMO COM O FRACIONAMENTO DOS FATOS. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DO CONCURSO DE AGENTES. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE EM FACE DOS ACUSADOS. MAJORANTE DO ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1. É possível assegurar, também no âmbito da Lei 8.038/1990, o direito ao órgão acusador de réplica às respostas dos denunciados, especialmente quando suscitadas questões que, se acolhidas, poderão impedir a deflagração da ação penal. Só assim se estará prestigiando o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), que garante aos litigantes, e não apenas à defesa, a efetiva participação na decisão judicial.

2. Não importa em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa a juntada de documento isolado após a oferta da denúncia, pois, além de essa possibilidade estar prevista no art. 231 do Código de Processo Penal, no caso, tiveram as defesas a oportunidade de sobre ele se manifestar, em sua inteireza, não ocorrendo qualquer alteração ou incremento de acusação em virtude do referido documento.

3. Tem-se como hábil a denúncia que descreve, de forma individualizada e objetiva, as condutas atribuídas aos acusados, correlacionando-as aos tipos penais declinados. A separação das condutas em vários momentos, visando melhor apontar os diversos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, bem como a menção a pessoas investigadas em outras instâncias, não impede o processamento dos denunciados em demanda autônoma, notadamente quando esclarecida a participação de cada um deles nos eventos. Não existe afronta ao art. 41 do Código de Processo Penal quando a denúncia narra o contexto em que se deram os repasses ilegais à agremiação partidária, sempre expondo a relação do denunciado em cada uma das fases do ilícito. O fracionamento dessa investigação em várias ações penais não inviabiliza a compreensão do todo, porque a referência aos aqui acusados encontra-se perfeitamente delineada. Ademais, os denunciados defendem-se na medida de suas imputações, não tendo relevância condutas outras que não estejam materialmente imbricadas de modo a revelar a necessidade de reunião de processos. O concurso de agentes está descrito nas imputações da denúncia com suas variantes, a depender do grau de envolvimento de cada um dos acusados nos diversos crimes narrados.

4. A materialidade e os indícios de autoria, elementos básicos para o recebimento da denúncia, encontram-se presentes a partir do substrato trazido com o caderno indiciário. A análise inicial revela a existência de indícios robustos dando conta de que o parlamentar, auxiliado por seus filhos codenunciados, na condição de membro da cúpula de partido político, aderiu ao recebimento, para si, e concorreu à percepção por parte de outros integrantes da mesma agremiação, de vantagens indevidas. O recebimento desses valores, porque núcleo alternativo do próprio tipo, não pode ser descartado nesta ocasião como mero exaurimento da conduta de outrem, mormente porque as propinas pagas pelas empreiteiras continham destinação certa. Convém lembrar que: *“Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar”* (HC 87324, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 18.5.2007).

5. Conforme decidido pelo Plenário, no INQ 3983, de minha relatoria, a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, é incabível pelo mero exercício do mandato parlamentar, sem prejuízo da causa de aumento contemplada no art. 317, §1º. A jurisprudência desta Corte, conquanto revolvida nos últimos anos (INQ 2606, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 2.12.2014), exige uma imposição hierárquica ou de direção (INQ 2191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 8.5.2009) que não se acha nem demonstrada nem descrita nos presentes autos.

6. Denúncia parcialmente recebida, com exclusão somente da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal.

HC N. 128.894-RS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Penal e processual penal militar. Posse de entorpecente em local sujeito à administração militar (art. 290, CPM). Ação penal. Interrogatório. Realização ao início da instrução (art. 302, CPPM). Nulidade. Inexistência. Processo já sentenciado. Prevalência do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Precedente. Persecução criminal. Denúncia anônima. Deflagração de diligências preliminares. Admissibilidade. Precedentes. Laudo pericial. Subscrição por um único perito. Admissibilidade. Inteligência do art. 318 do Código de Processo Penal Militar. Artigo 290 do Código Penal Militar. Constitucionalidade. Norma penal em branco. Incidência da Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Precedente. Ordem denegada.

1. O Plenário do Supremo Tribunal, no HC nº 127.900/AM, de **minha relatoria**, DJe de 3/8/16, fixou orientação no sentido de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/08, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar.

2. A Corte, após deliberar, em atenção ao princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI), que aquela orientação se aplica, a partir da publicação da ata de julgamento do HC nº 127.900/AM, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, determinou a sua incidência apenas nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

3. Na espécie, como a sentença condenatória foi proferida em 22/7/14, não há que se cogitar de anulação da ação penal para que o paciente seja submetido a novo interrogatório.

4. Nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal Militar, “as perícias serão, sempre que possível, feitas por dois peritos, especializados no assunto ou com habilitação técnica, observado o disposto no art. 48”.

5. A exigência de que a perícia seja subscrita por dois peritos admite exceções, não se tratando de imposição absoluta, razão por que é irrelevante que o laudo definitivo tenha sido subscrito por apenas um perito oficial. Precedentes.

6. O art. 290 do Código Penal Militar, assim como o art. 33 da Lei nº 11.343/06, é uma norma penal em branco, cujo preceito primário necessita de complementação por outra disposição legal ou regulamentar.

7. Essa disposição regulamentar é a Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, que contém a lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, dentre elas o THC (tetrahydrocannabinol), aplicável tanto ao Código Penal Militar quanto à Lei nº 11.343/06.

8. A Portaria SVS/MS nº 344/98 se aplica diretamente ao Código Penal Militar, por se tratar do ato normativo geral que dispõe sobre substâncias entorpecentes, sem necessidade de intermediação da Lei nº 11.343/06.

9. O Plenário do Supremo Tribunal, no HC nº 103.684/DF, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 13/4/11, assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à posse de quantidade reduzida de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do Código Penal Militar), bem como suplantou, ante o princípio da especialidade, a aplicação da Lei nº 11.343/06.

10. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar.

11. Ordem denegada.

AG. REG. NO RE N. 916.824-SC

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. CUMULAÇÃO DA PENSÃO ESPECIAL COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONDIÇÃO DE EX-COMBATENTE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. RECURSO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973.

1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo regimental conhecido e não provido.

HC N. 134.573-SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Penal. Tráfico de drogas. Condenação. Dosimetria. Incidência da causa especial de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Não incidência. Paciente integrante de organização criminosa, conforme reconhecido pelas instâncias de mérito. Improriedade do *habeas corpus* para se revolver o contexto fático-probatório da causa. Precedentes. Alegada valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (3.031 g de cocaína) em dois momentos distintos da dosimetria. Não ocorrência. *Bis in idem* não caracterizado. Ordem denegada.

1. A negativa de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 pelas instâncias ordinárias não está lastreada em presunções, ilações ou conjecturas. Pelo contrário, apresentaram elas elementos concretos que apontam que o paciente se dedicava à atividade criminosa, ficando demonstrado que ele teria realizado outras viagens ao Brasil em circunstâncias indicativas de transporte de drogas.

2. A invocação pelas instâncias ordinárias de que o paciente se dedicava à atividade criminosa obsta, de fato, a aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sendo certo que “[a]fastar essa premissa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus* (...)” (HC nº 120.518/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 3/4/14).

3. A tese de **bis in idem** não prospera, pois, pelo que se depreende da sentença, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

4. Ordem denegada.

Acórdãos Publicados: 274

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Concurso público e restrição à tatuagem (Transcrições)

(v. Informativo 835)

RE 898.450/SP*

RELATOR: Ministro Luiz Fux

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS.

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL *JUDICIAL REVIEW*. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. *IN CASU*, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.
2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992).
3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores.
4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013).
5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.
6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).
7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.
8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.
9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.
10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública.
11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público.
12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.
13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.
14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade.
15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é

inconstitucional.

16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao *Miller-Test*, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: *(i)* o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; *(ii)* quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, *(iii)* quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das *"fighting words"*, como, *v.g.*, "morte aos delinquentes".

18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: *(i)* os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material, *(ii)* editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que "a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança". Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta.

19.1. Consectariamente o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: *(i)* a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; *(ii)* a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público.

19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV).

20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

RELATÓRIO: Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto por Henrique Lopes Carvalho da Silveira, com fulcro no art. 102, III, "c", da Constituição da República, objetivando a reforma da decisão que inadmitiu seu Recurso Extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso para preenchimento de vaga de soldado da polícia militar - Restrições a tatuagens - Previsão existente no edital - Na hipótese, a tatuagem do impetrante se enquadra na restrição existente no edital - Recurso provido.

Noticiam os autos que Henrique Lopes Carvalho da Silveira impetrou mandado de segurança em face do Diretor do Centro de Seleção, Alistamento e Estudos de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, por tê-lo excluído de concurso público para o preenchimento de vagas de Soldado PM de 2ª Classe do referido ente da federação. Alega que sua desclassificação se deu pelo fato de que, na etapa do exame médico, foi constatado que o Recorrente possui uma tatuagem em sua perna esquerda, que, segundo a autoridade apontada como coatora, estaria em desacordo com as normas do edital do concurso.

Concedida a segurança, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o cabível recurso de apelação, pugnano, em síntese, pela reforma do julgado. Asseverou, na oportunidade, que o edital estabeleceu, de forma objetiva, os parâmetros para que fossem admitidos candidatos que ostentassem tatuagens, aos quais o, então, apelado não atendia.

Em sede de apelação, o c. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prover o recurso e denegar a segurança, salientou, por maioria, que o edital é a lei do concurso e que a restrição em relação à tatuagem encontra-se, expressamente, prevista em sua disposição 5.4.8, de modo que os candidatos que se inscreveram no processo seletivo a teriam aceitado incondicionalmente. O citado edital DP 002/321/2008 previu as seguintes condições:

5.4. Dos Exames Médicos:

5.4.1. Os exames de saúde, também de caráter eliminatório, serão realizados por Junta Médica indicada pelo Chefe do Centro Médico e nomeada pelo Diretor de Pessoal, denominada Junta de Saúde-1 (JS-1), com critérios estabelecidos pelo Departamento de Perícias Médicas daquele Centro e aprovados pelo Comandante Geral da Polícia Militar;

5.4.2. O candidato será submetido a exame médico geral e exames laboratoriais (sangue e urina);

5.4.3. Exame Clínico Geral: [...]

5.4.5. Exame odontológico: [...]

5.4.6. Exame oftalmológico: [...]

5.4.7. Exame otorrinolaringológico: [...]

5.4.8. Os **candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados:**

5.4.8.1. a tatuagem **não poderá atentar contra a moral e os bons costumes;**

5.4.8.2. **deverá ser de pequenas dimensões, sendo vedado cobrir regiões ou membros do corpo em sua totalidade, e em particular região cervical, face, antebraços, mãos e pernas;**

5.4.8.3 **não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calção azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo (R-5-PM); (Grifamos)**

O Tribunal local prossegue afirmando que quem faz tatuagem tem ciência de que estará sujeito a esse tipo de limitação e, ainda, que a disciplina militar engloba, também, - e principalmente - o respeito a regras. Ao pretender iniciar sua carreira questionando um preceito imposto a todos de modo uniforme, já estaria, segundo o aresto impugnado, iniciando mal a sua relação com o serviço público (fls. 5 do acórdão recorrido).

Não foram opostos Embargos de Declaração.

Irresignado, o candidato interpôs Recurso Extraordinário. Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso II, e 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição da República. Pleiteia, em síntese, a reforma do julgado, sob o argumento da inconstitucionalidade do edital, que criou hipótese de exclusão do certame sem respaldo no texto constitucional e em direta afronta aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo foi ouvida, em sede de contrarrazões (fls. 214/221). Argumentou, preliminarmente, a ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso (prequestionamento, repercussão geral e interesse de agir) e, no mérito, a compatibilidade do edital com a legislação estadual que regulamenta o ingresso na carreira da Polícia Militar de São Paulo: LC nº 697/1992 e Decretos nº 41.113/1996 e nº 42.053/1997.

Afirmou, ainda, que, ao se inscrever no concurso público, o recorrente anuiu às condições estipuladas no ato normativo, sabendo, portanto, "*que seria submetido a exames médicos, de acordo com os parâmetros estabelecidos nos subitens 5.4 a 5.4.8.3 do edital mencionado*".

Segundo o Estado recorrido, o edital, ao dispor sobre a fase cognominada "*exames de saúde*", previu a avaliação dos candidatos que ostentassem tatuagens, estabelecendo os requisitos para sua admissão, critérios segundo os quais o recorrente foi considerado inapto, daí a "*absoluta legalidade de sua reprovação*".

O Tribunal a quo negou seguimento ao apelo derradeiro por entender não ser cabível recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "c", da Constituição de 1988, quando não há aplicação de lei local em detrimento do Texto Maior. Contra esta decisão, Henrique Lopes Carvalho da Silveira interpôs o cabível Agravo em Recurso Extraordinário.

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contrarrazões ao referido agravo, pugnando pela manutenção do despacho de inadmissão do RE ante a suposta incidência das Súmulas nº 280¹ e nº 282² do STF.

Concluso o ARE 893.212, dei-lhe provimento para determinar a conversão em Recurso Extraordinário, a fim de apreciar a existência de repercussão geral da matéria.

Em sequência, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, submeti-o ao Plenário Virtual (Tema 838). Por maioria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, a repercussão geral do tema constitucional foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADOS PARÂMETROS. ARTS. 5º, I E 37, I E II DA CRFB/88. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

(RE 898450 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 09-09-2015 PUBLIC 10-09-2015).

A Procuradoria-Geral da República, devidamente intimada, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, em parecer que porta a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TATUAGEM EM DESACORDO COM AS REGRAS DO EDITAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. RESTRIÇÃO QUE NÃO ENCONTRA FUNDAMENTO EXPRESSO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL CORRESPONDENTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. *É inconstitucional a criação de requisito de acesso a cargo público por meio de edital, sem expressa previsão legal.*
2. *É inconstitucional a cláusula de edital que restringe a participação em concurso público ou o acesso a cargo público de candidato que ostente tatuagem, por ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade.*
3. *Parecer pelo provimento do recurso.*

O ingresso da AGU como *amicus curiae* foi deferido nos autos e indeferido o pedido de Alexandre Diniz Farias no mesmo sentido.

É o relatório.

VOTO: Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, cumpre analisar, em sede de preliminar, a admissibilidade deste Recurso Extraordinário, para, em seguida, passarmos ao mérito da controvérsia.

I. Preliminar

Admissibilidade do Recurso Extraordinário

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia *sub examine* consiste em saber, à luz dos arts. 1º, III,¹ 5º, I e II² e 37, I e II³, da Constituição da República, se o fato de um cidadão ostentar tatuagens em seu corpo, visíveis ou não, é circunstância idônea e proporcional a impedi-lo de concorrer a um cargo ou emprego público, ainda que, eventualmente, o obstáculo esteja previsto em lei.

Em parte, a repercussão geral da matéria decorre da reiterada jurisprudência desta Corte, no sentido da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo público, sem que haja previsão legal expressa a fundamentar a exigência (Precedentes: RE 593.198 AgRg, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; RE 558.833 AgRg, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; e RE 398567 AgRg, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006).

Para além disso, o tema *sub judice* reclama uma abordagem de maior envergadura, mormente diante da constatação de uma miríade de leis que criam restrições para o acesso a cargos, empregos e funções por parte de candidatos que possuem tatuagens fora de padrões supostamente aceitáveis pelo Estado.

Assim, no momento em que a proibição a determinados tipos e tamanhos de tatuagens obsta o direito de um candidato de concorrer a uma função pública, ressoa imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal para apurar se o citado *discrímen* encontra amparo constitucional. Essa matéria, mercê de dotada de um nítido efeito multiplicador, é de inequívoca estatura constitucional.

Sob o enfoque preliminar da admissibilidade recursal, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 838 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito.

II. Mérito

Como salientado, intenta-se, no presente Recurso Extraordinário, perquirir, de um lado, *(i)* se o edital de concurso para provimento de cargo ou emprego público pode conter restrição dirigida aos candidatos não prevista em lei, e, de outro, *(ii)* se uma tatuagem, visível ou não, pode obstaculizar a participação em certame para o desempenho de uma função pública, ainda que esse impeditivo esteja contido em lei.

No âmbito militar, é cediço que os padrões de apresentação dos integrantes das Forças Armadas e dos militares estaduais e do Distrito Federal são, deveras, rigorosos. Todavia, no momento em que uma exigência estatal específica interfere incisivamente na liberdade de

expressão, bem como no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo a impedir um cidadão de trabalhar para o Estado, torna-se possível e, até recomendável, a intervenção judicial para verificar a compatibilidade da referida restrição com o texto constitucional.

Como premissa inicial, torna-se necessário **REAFIRMAR** a jurisprudência desta Corte, no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso depende da sua específica menção em lei formal.

Nessa linha de entendimento, firmou-se a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. LIMITAÇÃO IMPOSTA APENAS POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar é válida, desde que prevista em lei em sentido formal e material, bem como no edital que regulamente o concurso. 2. Na hipótese, apenas o edital do concurso estabelecia a exigência, de modo que tal limitação se mostra ilegítima. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 906295 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, Dje 15-12-2015); (Grifamos)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material. 2. Agravo regimental não provido. (RE 593198 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, Dje 01-10-2013); (Grifamos)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CONCURSO PÚBLICO – GUARDA MUNICIPAL – ALTURA MÍNIMA – EXIGÊNCIA PREVISTA APENAS NO EDITAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 715061 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013) (Grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA.

Concurso público. Policial militar. Exigência de altura mínima. Previsão legal. Inexistência. Edital de concurso. Restrição. Impossibilidade. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes. Agravo regimental não provido. (RE-AgR 400.754/RO, Rel. Ministro Eros Grau, 1ª Turma – unânime. DJU 04/11/2005).

Essa orientação corrobora o que decidido por esta Corte quando do julgamento do MS 20.973, Relator o saudoso Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992, ocasião em que restou assentado que “a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei”.

Desse modo, em respeito ao artigo 37, I da Constituição da República, que, expressamente, impõe que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (grifo próprio), revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei dispondo sobre a matéria.

Portanto, de plano, voto pela **REAFIRMAÇÃO** da jurisprudência desta Corte, para, desde já, assentar a primeira tese objetiva à luz do caso *sub examine*:

Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.

Sob outro enfoque, da mera previsão legal do requisito criado pelo Estado, não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.

Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos **para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.**

O tema, ressalte-se, ganha relevo quando se observa que, de um modo geral, a Administração Pública brasileira determina nos editais de

concursos públicos, especialmente naqueles específicos do âmbito militar, a possibilidade de os candidatos serem considerados inaptos, nos exames médicos, se possuírem tatuagens em seu corpo fora dos padrões estabelecidos pelo Estado.

A melhor compreensão das razões que inspiram a utilização da pigmentação definitiva no corpo humano como fator eliminatório em um concurso público, reclama tecer alguns relevantes comentários acerca de seus antecedentes históricos e sociológicos.

Arte corporal milenar, a tatuagem, introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, foi associada, no século XIX, a setores "marginais" da sociedade, como prostitutas e prisioneiros, sendo conhecida, por estes últimos, como a "flor do presídio" (GROGNARD, Catherine. *Tatouages. Tags à l'âme*. Paris: Syros Alternatives, 1992). Sua associação à prática de ilícitos e a setores marginais da sociedade não é, assim, fenômeno recente.

Deveras no século XX, a tatuagem teve seu significado expandido, porém sem ser timbrada exclusivamente pelo estigma social de marginalidade. No final da década de 1960, era marca corporal comum entre roqueiros, hippies, punks e motociclistas (LE BRETON, David. *Signes didentité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Paris: Métailié, 2002).

Nesse contexto, e como é de conhecimento geral, o imaginário social a respeito do tema tatuagem foi, inevitavelmente, acompanhado, por mais de um século, da marca de marginalidade e da delinquência. Era, deveras, entrevista como o instrumento que determinados grupos sociais detinham para romper os padrões sociais e se declarar dissidentes das regras de convivência.

No entanto, constata-se, com base em pesquisas como a do professor de Sociologia e Antropologia da Universidade de Strasbourg, na França, David Le Breton (*Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995), que o sentido estigmatizador do uso da tatuagem começou a mudar a partir dos anos 1980.

No Brasil, apenas a partir dos anos 1990 é que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, caracterizadores da profissionalização dessa arte, com qualidade artística, que, aos poucos, foi conquistando aceitação social. A expansão da tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, e, nesse diapasão, deixou de ser identificada como marca de marginalidade, mas como obra artística (PÉREZ, Andrea Lissett. *A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade*).

Vítor Sérgio Ferreira, pós-doutor da Fundação para a Ciência e a Tecnologia no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, em artigo intitulado "*OS OFÍCIOS DE MARCAR O CORPO: a realização profissional de um projecto identitário*", narra o exemplo de Portugal, país em que:

Hoje, as marcas corporais voluntárias saíram da economia marginal e informal onde estavam acantonadas, passando a integrar o mundo altamente competitivo da indústria de design corporal. Praticamente inexistentes há duas décadas atrás em Portugal, os estúdios de tatuagem e *body piercing* proliferaram na paisagem urbana do país a partir da década de 1990, instituindo uma oferta cada vez mais numerosa e profissionalizada, alimentada por uma procura maior e cada vez mais socialmente diversificada (Fortuna, 2002; Ferreira, 2004a). Se no início dos anos 90 apenas duas casas de tatuagem dividiam a clientela lisboeta ("Bad Bonnes Tatroo" e "El Diablo"), hoje são dezenas os estúdios de tatuagem e *body piercing* abertos em Portugal, já não apenas concentrados em Lisboa, mas também dispersos pelos seus arredores, bem como no restante território português.

Michele Larissa Zini Lise, em substancial pesquisa conduzida em sua dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC - RS (*Violência na pele: considerações médicas e legais na tatuagem*. 2007. Porto Alegre) traz dados de que, no Reino Unido, estima-se que haja algo superior a 4.000 tatuadores produzindo cerca de um milhão de tatuagens por ano, enquanto na Itália, *verbi gratia*, o número pode chegar a mais de um milhão de pessoas tatuadas.

No mesmo seguimento, ressoa, deveras, oportuna a constatação oriunda de recente pesquisa ocorrida ao final de 2015 e realizada pelo *The Harris Polls* - empresa especializada em amostras de vários tópicos -, de que, atualmente, 3 em cada 10 norte-americanos possuem, pelo menos, 1 (uma) tatuagem em seu corpo, o que demonstra, ao lado do expressivo grupo de tatuados nos países, um aumento de mais de 50% se relacionado à mesma pesquisa realizada 3 anos antes em 2012.

Essas comprovações empíricas trazem a certeza de que, hodiernamente, as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa transformação quanto ao seu aceitamento social, de forma que, características que estigmatizavam determinados setores da sociedade, tornaram-se sinais que retratam valores, ideias e sentimentos. Hodiernamente, consistem em autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de uma marca em seu corpo.

De acordo com a Professora de Antropologia da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Débora Krischke Leitão (*Mudança de significado da tatuagem contemporânea*. Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, v.16, n. 2, mar. 2004. p. 4), quando nos referimos a uma mudança de significado da tatuagem na atualidade, "*fala-se da perda de alguns de seus sinais mais transgressivos e de sua incorporação às possibilidades estéticas socialmente aceitas*".

O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). Assim, ninguém pode, ressalvadas hipóteses muito excepcionais que mais adiante serão expostas, ser punido por tal fato, sob pena de

flagrante ofensa aos mais diversos princípios constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, destaca-se a possível vulneração ao princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, que preconiza a isonomia dos cidadãos sob o crivo do nosso ordenamento jurídico. Tal mandamento, todavia, deve ser interpretado *cum grano salis*, mormente porque não se veda ao legislador o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social, **mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis**.

Não é demasiado afirmar que a vida em sociedade, por si, tem o condão de fazer exsurgir condições desiguais entre os indivíduos. Seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. O Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípuo o implemento de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios.

O fundamento da isonomia tem como destinatário não só a sociedade, como, também, o próprio legislador, uma vez que é vedada a elaboração de norma que estabeleça privilégios ou restrições injustificadas a alguém.

O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito, há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos diante da particularidade de situações, **desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável**. Sobre o tema, assim discorre Manoel Gonçalves (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2001, p. 277):

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.

Conseqüentemente, o tratamento diferenciado só é justificável, quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualação milita em prol da própria isonomia.

É o caso, *exempli gratia*, da controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade de restrições de idade ou de altura mínima de candidatos que concorrem a determinados cargos, empregos ou funções públicas – especialmente daqueles ligados a atividades de segurança pública e militar. A uníssona jurisprudência dessa Corte, recentemente reafirmada no Plenário Virtual, firmou-se no sentido de que, desde que previsto em lei, o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público é constitucional quando manifestamente justificado pela natureza das atribuições do cargo.

Nesse sentido, o teor do enunciado nº 683 da Súmula da jurisprudência dominante neste Pretório Excelso: *O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido; e a ementa do julgamento da repercussão geral do tema (art. 323-A do RI/STF), verbis:*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL. POLICIAL CIVIL. ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

(ARE 678112 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 17-05-2013)

É cediço que há, ainda, restrições à investidura em cargos públicos estampadas na própria Constituição da República, que estabelece, *v. g.*, idade mínima, idade máxima e nacionalidade para a nomeação de determinados agentes políticos (*e. g.*, CRFB/88, art. 14, § 3º), sem que isso ofenda, de maneira alguma, o princípio da isonomia, à luz da unidade da Constituição conquanto regra exegética assentada.

Consectariamente, a lei que restringe o acesso a cargo público somente se revela constitucional, caso plenamente justificável para o pertinente desempenho das atividades do servidor.

A doutrina, nessas hipóteses, apoiada no sistema jurídico vigente, adotou a teoria da chamada **desigualdade justificada**. Para simplificar essa análise, utilizamos os critérios adotados por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 21):

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (grifo

próprio).

Segundo esse parâmetro jusfilosófico, cumpre aferir, em primeiro lugar, o denominado *fator de desigualação*. Esse elemento deve ser passível de reproduzir-se em indivíduos diferentes, ou seja, não pode ser característica que singularize perpetuamente seu destinatário. Quanto mais singularizado, mais próximo à irreprodutividade estará o citado fator.

O primordial deste ponto é que a norma não pode ser específica de forma a direcionar-se a pessoa certa e determinada. Ainda que trate de característica não generalizada, ou seja, voltada a um número inferior de destinatários, é necessário que ostente, de certa forma, uma generalidade, podendo ser atribuída a sujeitos da mesma classe, ainda, desconhecidos.

Impende destacar que o princípio da isonomia veda tanto a perseguição, com a imposição de gravame injustificável a um indivíduo ou grupo determinado, quanto o favorecimento de alguém nessas mesmas circunstâncias.

Outro aspecto relativo ao fator de desigualação é a inadmissibilidade de que este não se encontre na própria pessoa. O objeto do *discrímen* deve, necessariamente, residir em circunstância fática objetiva alvo da norma. Isso ocorre pelo seguinte motivo: um fator que não acarrete alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais. Características tais como o sexo, localização espacial, idade, raça, etc., quando não relacionados diretamente com a razão da distinção, não podem justificar a aplicação de norma específica.

O acima exposto atrai a análise da denominada *correlação lógica entre fator de *discrímen* e a *desequiparação procedida**. Este ponto é, talvez, o mais importante para a análise de afronta ou não à isonomia. Para a verificação da validade da norma, o relevante é perquirir a justificativa plausível para o regime de tratamento diverso em situações com aparente condições de igualdade.

O tratamento desigual empregado deve estar diretamente associado ao motivo de sua necessidade, sendo certo que sua utilização injustificada é vedada. Neste contexto, trago a colação as diretrizes de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 38), quando afirma que:

(...) no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Na sequência, quanto à *consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição* se faz necessário compreender que, tendo em vista que nossa Carta Magna tutela a igualdade dos indivíduos, é imprescindível que, nos casos em que incidente a diferenciação dos mesmos, haja uma justificativa, também, acobertada pela Constituição.

A legitimidade de diferenciações jurídicas não exige propriamente uma correlação lógico-formal entre o critério de diferenciação e o tratamento díspar estabelecido, o que se quer, na verdade, é uma adequada correlação valorativa acerca da razoabilidade da medida (*substantive due process of law*).

Ao fim e ao cabo, serão inconstitucionais as discriminações injustificadas, o que se verifica pela presença de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma analisada.

Sobre o tema, atualíssima a doutrina de Hans Kelsen (*Teoria pura do Direito*. Tradução Ch. Einsenmann. 2ª ed, Paris, 1962, p. 190):

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles (...)

Leciona a Min. Cármen Lúcia (*Princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118), em sede doutrinária, que:

O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

In casu, evidencia-se a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, posto medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a ampare. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não pode ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação

em concursos de provas e títulos para ingresso em uma carreira pública.

É dizer, inexistente a correlação na diferenciação ora *sub examine* e os ditames constitucionais. Consoante delimitado, a citada restrição, no caso, não se revela amparada por razão lógica e necessária, decorrendo de arbitrariedade administrativa sem qualquer imbricação com as funções desempenhadas, posto não concretizar conduta contrária à imagem e aos valores de instituições públicas, qualquer que seja o conceito que a eles se queira atribuir. Dito de outro modo, inexistente qualquer relação de pertinência entre a proibição de possuir tatuagem e as características e peculiaridades inerentes à função pública a ser desempenhada pelo candidato. Um policial não é melhor ou pior nos seus afazeres públicos por ser tatuado.

Vale destacar que a tatuagem, nos dias presentes, disseminou-se pela sociedade brasileira, sendo extremamente corriqueira entre pessoas das mais diferentes classes, gêneros e profissões. Como salientado linhas acima, ocorreu uma profunda mudança de seu significado em três principais aspectos: (i) no passado, os usuários restringiam-se a uma população marginal e, agora, abrangem todas as classes sociais; (ii) o próprio tatuador, que inicialmente era amador, passa, agora, a ser um profissional altamente especializado e, principalmente; (iii) a percepção da sociedade das pessoas tatuadas, que anteriormente eram discriminadas e execradas pela sociedade, e, hodiernamente, são encaradas como pessoas que exercem o seu direito de se expressar por meio da pigmentação definitiva de seus corpos.

Mister, portanto, superar a conclusão do antagonismo equivocado entre o fato de ser tatuado e a competência e disponibilidade de produção nos cargos públicos. Não há espaço, atualmente, para a exclusão de um concurso de determinada pessoa que quer e pode exercer sua liberdade de expressão por meio de uma tatuagem.

Nessa linha, resta claro, de plano, que, no contexto da sociedade democrática brasileira pós-88, descentrada, plural e multicultural, a mera circunstância de um candidato possuir tatuagens não pode ser fato que acabe por influir na sua capacidade para o desempenho das atividades de um cargo público, e, *a fortiori*, que constitua óbice para o acesso ao serviço público. A hipótese encaixa-se, perfeitamente, nos dizeres de Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857, p. 424), *verbis*: “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

Por isso, não há, numa séria e detida abordagem constitucional calcada nos princípios da liberdade e da igualdade, justificativa para que, em pleno século XXI, a Administração Pública e a sociedade visualizem, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade e de inaptidão física para exercer determinado cargo público.

Ao mesmo tempo, porém, não se pode admitir uma visão lúdica e dissociada por completo da realidade do *thema decidendum*.

Com efeito, tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que preguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, podem obstaculizar o acesso a uma função pública e, eventual restrição nesse sentido não se afigura desarrazoada ou desproporcional.

Assim, sem prejuízo de a presença de uma tatuagem não ter aprioristicamente correlação alguma com a capacidade de um cidadão de ocupar um cargo na Administração, é cediço que alguns tipos de pigmentações podem simbolizar ideias, valores e representações inaceitáveis sob uma ótica plural e republicana e serem, *pour cause*, capazes de impossibilitar o desempenho de uma determinada função pública.

A opção do cidadão, exteriorizada de forma livre e deliberada, por tatuar ideias e/ou símbolos largamente repudiados pela sociedade, demonstra uma adesão a ideais totalmente incompatíveis com a própria função pública. Tatuagens que, *verbi gratia*, representem formas obscenas, que fazem referência a organizações ou condutas criminosas (*v.g.*, “157”, em referência ao crime de roubo; “121”, em referência ao tipo do homicídio), ou que denotem condutas inaceitáveis sob o prisma da dignidade humana, como as de incentivo ao ódio, à discriminação, ao racismo e ao sexismo, exorbitam do que é aceitável de quem é remunerado para servir a uma sociedade plural sociedade.

A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada e incentivada em grau máximo pelo Estado, sendo de destaque o papel que incumbe ao Poder Judiciário nessa missão. Por outro lado, a tatuagem reveladora de um simbolismo ilícito e incompatível com o desempenho da função pública pode mostrar-se inaceitável. Um policial não pode exteriorizar sinais corporais, como tatuagens, que conflitem com esta *ratio*, como, a título de ilustração, tatuagens de palhaços, que significam, no ambiente marginal, o criminoso que promove o assassinato de policiais.

Nesses casos, a experiência de outros países permite evidenciar não só a relevância dessa questão, mas, também, que o elemento cultural exerce importante e decisiva influência, como denotam algumas normas oriundas do Direito Comparado.

No sistema norte americano, é amplamente conhecido que a intensa tutela ao direito fundamental à liberdade de expressão foi incorporada em 1791 pela famosa e cultuada Primeira Emenda (*Amendment I*) da Constituição dos Estados Unidos, que assim dispõe:

O Congresso não deve fazer qualquer lei a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.³

Ocorre que, a despeito do elevado valor atribuído a tal liberdade, o prestígio dispensado à figura do militar e da autoridade policial nos Estados Unidos também é um elemento cultural, deveras, relevante, de sorte que há muito debate acerca do uso de tatuagens por militares e policiais.

O *U.S. Army Regulation 670-1* (Section 1.8 Page 3)⁴ proíbe, por exemplo, tatuagens na cabeça, no rosto e na parte do pescoço acima do colarinho do uniforme. Além disso, independentemente da parte do corpo, são proibidas tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, tais como as que sejam referências indecentes, de violência de gênero, racistas e extremistas, bem como as maquiagens ou artifícios que

tentem encobrir as tatuagens feitas em partes do corpo não autorizadas. Em mudança recente no regulamento supracitado, operada em 10.04.2015, restou definido que não haveria mais limites quanto ao tamanho e à quantidade de tatuagens que os soldados do Exército poderiam ter nos braços e pernas, desde que elas se mantivessem cobertas pelo uniforme².

Por outro lado, em recente atualização de suas regras sobre o tema, ocorrida em 31 de março de 2016, a Marinha norte-americana seguiu a tendência mundial de permitir que seus servidores possuam tatuagens visíveis, continuando a proibir, apenas, tatuagens racistas, sexistas, extremistas, indecentes, preconceituosas ou que atentem contra a Instituição. A novel Instrução⁸ (NAVADMIN 082/16), que entrou em vigor em 30 de abril de 2016, permite aos marinheiros uma tatuagem em seu pescoço, além de liberar tatuagens, sem restrição de tamanho ou quantidade, nos braços e nas pernas.

Em comunicado oficial, a Marinha norte-americana apontou, como justificativa para as alterações, que:

“A atualização de nossas políticas é uma resposta ao aumento da popularidade das tatuagens entre os marinheiros e a população da qual a Marinha alista seus recrutas. Também serve para assegurar que a Marinha não perde oportunidades de alistar jovens homens e mulheres talentosos que desejam servir”⁹.

Outro exemplo interessante é o caso da Alemanha, em que se verifica a existência de restrições quanto ao ingresso nas forças policiais, tanto no que diz respeito a tatuagens que não sejam cobertas pelos uniformes, tanto em relação as que fazem apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais. No âmbito federal, constata-se, nas informações relativas ao processo de recrutamento e admissão da *Bundespolizei*¹⁰, que, como regra:

*Quando vestindo o uniforme - exceto quando estiver praticando esporte no serviço - não deve ter tatuagens visíveis, Mehndis (tatuagens de henna) e similares. Se as tatuagens ou similares não estiverem completamente cobertos pelos uniformes usados, eles devem ser cobertos de forma adequada e discreta*¹¹.

O mesmo se dá em Portugal¹², cujas informações para recrutamento de soldados para o exército assenta que:

Apresentação e atavio

Masculino: (...)

Não são permitidos brincos, “*piercings*”, tatuagens ou outras formas de arte corporal que sejam visíveis, quando uniformizado.

De volta ao contexto brasileiro, marcado por sua heterogeneidade, é forçoso concluir que o fato de o candidato possuir tatuagens pelo corpo não macula, por si, sua honra pessoal, o profissionalismo, o respeito às Instituições e, muito menos, lhe diminui a competência. Assim, as tatuagens não podem, em uma análise meramente estética, ser inseridas no rol dos critérios para o reconhecimento de uma inaptidão. Cuidade, na maioria dos casos, de uma idiosincrasia preconceituosa que não encontra amparo na realidade.

Eventual restrição só se justifica, caso seja necessária à finalidade que ela pretende alcançar e à natureza do cargo público. Nesse sentido, o contexto brasileiro, marcado pelo multiculturalismo, apenas aceita a eliminação de candidatos com fundamento na simbologia do desenho e nas finalidades e valores institucionais e constitucionais envolvidos, não sendo justificável estabelecer restrições com amparo na parte do corpo em que a pigmentação se encontra (visível ou invisível em relação ao traje de trabalho), como ocorre em Portugal e na Alemanha.

A tatuagem, desde que não expresse ideologias terroristas, extremistas e contrárias às instituições democráticas, que incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação ou preconceitos de raça e sexo, ou qualquer outra força de intolerância, é compatível com o exercício de qualquer cargo público.

No ordenamento jurídico pátrio, vale destacar a existência de diversas leis sobre o tema no âmbito das Forças Armadas, direcionadas especificamente para a Marinha¹³, Aeronáutica¹⁴ e Exército¹⁵, e que proíbem, apenas, tatuagens ofensivas a determinados valores institucionais ou que representem ofensa à ordem pública.

Quanto à lei específica do Exército, Lei nº 12.705/2012, nota-se a existência de veto da Presidência da República ao critério proposto de restrição ao ingresso de candidatos portadores de tatuagens que “*pelas suas dimensões ou natureza, prejudiquem a camuflagem e comprometam as operações militares*” (Lei nº 12.705/2012, art. 2º, VIII, “b”). Interessante é que a justificação para o veto amparou-se na hodierna orientação de que “*quanto à apresentação de tatuagens, o discrimen só se explica se acompanhado de parâmetros razoáveis ou de critérios consistentes para sua aplicação*”.

De todo modo, não está em jogo a legitimidade da opção individual e livre de cada um de se tatuar, que deve ser respeitada por todos, e, em maior extensão, pelo Estado. Sob outro prisma, diversamente do que ocorre na esfera privada, os agentes públicos se submetem a um conjunto de regras estatutárias e princípios próprios, e, mercê da teoria do órgão, exteriorizam a figura e vontade do Estado.

Em sintonia com a tese, merece transcrição parte do parecer do Ministério Público Federal, que assentou:

O fato de um candidato possuir, na pele, marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitivo não inviabiliza nem dificulta minimamente o desempenho de qualquer tipo de função, pública ou privada, manual ou intelectual, de modo a incidir, na hipótese, a vedação expressa no artigo 3º da Constituição Federal. Pensar contrariamente seria o mesmo que admitir que uma mancha ou sinal geneticamente adquirido poderia

impedir alguém de seguir a carreira militar.

O que poderia ocorrer, em tese, seria a inadequação do candidato cuja tatuagem implicasse ofensa à lei (e não aos “bons costumes” ou à moral).

Também nesse sentido, a União, admitida no processo na qualidade de *amicus curiae*, trouxe aos autos a seguinte manifestação, *verbis*:

Nessa linha, a mera circunstância de um candidato possuir na pele marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitiva, por não influir em sua capacidade para o desempenho das atividades do cargo, não pode, a princípio, constituir óbice para o acesso ao serviço público (...)

É necessário, todavia, distinguir, como também o faz a PGR, determinadas hipóteses, na quais o conteúdo ou a mensagem transmitida pela tatuagem ou marca são manifestamente incompatíveis com os valores éticos e sociais da atividade a ser desempenhada pelo seu detentor.

Conclui-se, portanto, que o critério de exclusão de um certame sob o fundamento da visibilidade de uma tatuagem não possui, por si, qualquer amparo constitucional, na medida em que não cumpre a imperiosa missão de auxiliar na aferição da capacidade de atuação do candidato no cumprimento de seu futuro mister. Apenas justifica-se a restrição, sem prejuízo do inafastável *judicial review*, em relação àquelas pigmentações definitivas que façam apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, mormente porque evocam ideais e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições.

Findando os comentários a respeito das teses objetivas deste voto, cumpre relembrear brilhante passagem do memorável filósofo italiano Norberto Bobbio (*O terceiro ausente*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP, 2009, p. 93), quando pontifica que:

O processo de justiça é um processo ora de diversificação do diferente, ora de unificação do idêntico. A igualdade entre todos os seres humanos em relação aos direitos fundamentais é o resultado de um processo de gradual eliminação de discriminações, e portanto de unificação daquilo que ia sendo reconhecido como idêntico: uma natureza comum do homem acima de qualquer diferença de sexo, raça, religião, etc.

O Estado não pode encarar a liberdade de expressão como algo absoluto, porque não o é, mas, também, não está autorizado a impedir que um cidadão exerça uma função pública, mormente quando tiver sido aprovado em um concurso público, pelo fato de ostentar, de forma visível ou não, uma pigmentação definitiva em seu corpo que simbolize alguma ideologia, sentimento, crença ou paixão. Independentemente de ser visível ou do seu tamanho, uma tatuagem não é sinal de inaptidão profissional, apenas podendo inviabilizar o desempenho de um cargo ou emprego público, quando exteriorizar valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida (como na hipótese, *verbi gratia*, de um candidato ao cargo policial que possua uma tatuagem simbolizando uma facção criminosa ou o desejo de assassinato de policiais), incitação à violência iminente, ameaças reais ou representar obscenidades.

Nunca é demais rememorar que, nos Estados Unidos, essas manifestações desarrazoadas estão fora da tutela proporcionada pela Primeira Emenda que assegura a liberdade de expressão. Especificamente quanto ao significado do que seria obscenidade, são seguros os critérios apontados pela Suprema Corte norte-americana no famoso aresto *Miller vs. Califórnia* de 1973 [413 U.S. 15 (1973)]. Nele, a Corte Constitucional dos Estados Unidos apontou que um ato será obsceno quando preencher três condições, desenhadas como os parâmetros do *Miller-Test*, a saber: um ato será obsceno quando: **i)** o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; **ii)** quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável; **iii)** quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico¹⁶.

No que diz respeito à violência iminente, uma tatuagem pode obstaculizar o ingresso em um cargo público quando tiver o condão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que a doutrina denomina de *“fighting words”*. Palavras que estimulam o emprego imediato da violência não podem ser abrigadas sob o manto da liberdade de expressão, e podem ser combatidas pelo Estado, bem como originar efeitos danosos para quem as utilizar. Além de serem capazes de originar um dano à sociedade, não expressam ideias ou possuem um valor social digno de tutela. Uma tatuagem contendo, por exemplo, a expressão “morte aos menores de rua” se encaixa perfeitamente neste contexto de *“fighting words”* e não pode ser aceita pelo estado, muito menos por quem pretenda ser agente público.

Nesse pormenor, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que foi internalizado em nosso país pelo Decreto nº 592 de 1992, estipula em seu art. 20 que *“Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”*. Cuida-se, assim, de uma nítida e legítima restrição à liberdade de expressão amparada por documento celebrado internacionalmente.

As restrições estatais de acesso ao exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. Na avaliação de Friedrich Müller, consagrado professor da universidade de Heidelberg na Alemanha, existe no Estado de Direito uma presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica por ele

empregada “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), lógica que é corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*)¹². Tais limitações não podem submeter o tão caro “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” a idiossincrasias ou a conservadorismos morais descabidos. Sob o prisma da sociedade, e aí já não mais exclusivamente do indivíduo, existe o direito de livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública. Democracia não se restringe ao direito de eleger o ocupante do poder, mas compreende o de participar ativamente da formação de ideias na sociedade, o que pode se materializar por meio de uma tatuagem. Na arguta percepção de Daniel Sarmento a respeito da relevância da tolerância na sociedade contemporânea:

(...) numa sociedade plural, marcada por um amplo desacordo moral, a tolerância é uma virtude fundamental, não só para a garantia da estabilidade como para a promoção da justiça. (...) Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas¹⁸.

O desejo de se expressar por meio de pigmentações definitivas no corpo não pode ser inibido pelo Estado por meio da criação de obstáculos de acesso a cargos públicos. E a previsão desse rigoroso e injusto obstáculo na porta de entrada para o serviço público, que implica a eliminação equivocada de candidatos que, também, podem ser sérios, competentes e bem classificados na disputa, faz com que, na prática, o cidadão só insira as tatuagens em seu corpo após ter ingressado no cargo ou emprego público. Dois pesos duas medidas: quem entra não pode ostentar determinadas tatuagens, mas depois que o indivíduo já está na função pública, desaparece a preocupação estatal com essa matéria, o que corrobora a assertiva lógica de que tatuagem não é sinal de incompetência. Assim, sob o prisma consequencialista a restrição de acesso à função pública em razão da existência de tatuagens também não se justifica.

O Estado não pode querer desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente, ainda que por imagens estampadas definitivamente em seus corpos. O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito e exsurge como condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social. A liberdade implica, no dizer de José Adércio Leite Sampaio, a não intromissão e o direito de escolha¹⁹. Em relação à não intromissão, há um espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que representa um sentido afirmativo da personalidade. Nesse contexto, cada indivíduo tem o direito de preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo, o que ocorreria, caso fosse admitida como fator impeditivo à assunção de funções públicas.

A dogmática também reforça as conclusões propugnadas neste voto. De acordo com os ensinamentos de Antonio Enrique Pérez Luño, o texto constitucional deve, sob uma perspectiva defendida por Peter Häberle e John Hart Ely no que tange à correta exegese dos direitos fundamentais, ser interpretado de modo a fomentar a democracia e o pluralismo, *verbis*:

*Las teorías de Häberle y Ely tienen como común denominador su voluntad de possibilitar una interpretación de la constitución y de los valores y derechos fundamentales puesta al servicio de la democracia y del pluralismo*²⁰.

Pelo exposto, proponho que este Tribunal assente a seguinte tese objetiva em sede de Repercussão Geral:

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

Do Caso Concreto

Bem delimitada essas premissas genéricas objetivas, **passo à análise do caso concreto.**

Na hipótese dos autos, tem-se uma constatação interessante. Após o reconhecimento da Repercussão Geral deste tema, em 28/08/2015, a notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal, só nos últimos meses de 2015, teve o interesse de 49.440 internautas²¹. Foi a segunda matéria mais acessada no sítio eletrônico do STF no ano de 2015. Nas redes sociais, também, a citada notícia encontrou forte repercussão, e sob um viés digno de registro: a indignação, da maior parte da sociedade, ao tomar ciência de que, até os dias atuais, vários editais, ainda, insistem na anacrônica restrição de acesso àqueles que possuem tatuagens, independentemente de seu conteúdo.

O caso *sub examine*: Recurso Extraordinário interposto por Henrique Lopes Carvalho da Silveira, com fulcro no art. 102, III, “c”, da Constituição da República, objetiva a reforma da decisão que inadmitiu seu Recurso Extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso para preenchimento de vaga de soldado da polícia militar - Restrições a tatuagens - Previsão existente nº 5. - Na hipótese, a tatuagem do impetrante se enquadra na restrição existente no edital - Recurso provido.

Noticiam os autos que Henrique Lopes Carvalho da Silveira impetrou mandado de segurança em face do Diretor do Centro de Seleção, Alistamento e Estudos de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, por tê-lo excluído de concurso público para o preenchimento de vagas de Soldado PM de 2ª Classe do referido ente da federação. Alega que sua desclassificação se deu pelo fato de que, na etapa do exame médico, foi constatado que possui uma tatuagem em sua perna esquerda, que, segundo a autoridade apontada como coatora, estaria em

desacordo com as normas do edital do concurso.

Concedida a segurança, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o cabível recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela inversão do julgado. Asseverou, na oportunidade, que o edital estabeleceu, de forma objetiva, os parâmetros para que fossem admitidos candidatos que ostentassem tatuagens, aos quais o apelado não se enquadraria.

Em sede de apelação, o c. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prover o recurso e denegar a segurança, salientou, por maioria, que o edital é a lei do concurso e que a restrição em relação à tatuagem encontra-se, expressamente, prevista em sua disposição 5.4.8, de modo que os candidatos que se inscreveram no processo seletivo a teriam aceitado incondicionalmente. O citado edital DP 002/321/2008 previu as seguintes condições:

5.4. Dos Exames Médicos:

5.4.1. Os exames de saúde, também de caráter eliminatório, serão realizados por Junta Médica indicada pelo Chefe do Centro Médico e nomeada pelo Diretor de Pessoal, denominada Junta de Saúde-1 (JS-1), com critérios estabelecidos pelo Departamento de Perícias Médicas daquele Centro e aprovados pelo Comandante Geral da Polícia Militar;

5.4.2. O candidato será submetido a exame médico geral e exames laboratoriais (sangue e urina);

5.4.3. Exame Clínico Geral: [...]

5.4.5. Exame odontológico: [...]

5.4.6. Exame oftalmológico: [...]

5.4.7. Exame otorrinolaringológico: [...]

5.4.8. Os **candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados:**

5.4.8.1. a tatuagem **não poderá atentar contra a moral e os bons costumes;**

5.4.8.2. **deverá ser de pequenas dimensões, sendo vedado cobrir regiões ou membros do corpo em sua totalidade, e em particular região cervical, face, antebraços, mãos e pernas;**

5.4.8.3. **não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calção azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo (R-5-PM); (Grifamos)**

O Tribunal local prossegue afirmando que quem faz tatuagem tem ciência de que estará sujeito a esse tipo de limitação e, ainda, que a disciplina militar engloba, também, - e principalmente - o respeito a regras. Ao pretender iniciar sua carreira questionando um preceito imposto a todos de modo uniforme, já estaria, segundo o aresto impugnado, iniciando mal a sua relação com o serviço público (fls. 5 do acórdão recorrido).

Irresignado, o candidato interpôs Recurso Extraordinário. Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso II, e 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição da República. Pleiteia a reforma do julgado sob o argumento de inconstitucionalidade do edital, que criou hipótese de exclusão do certame sem respaldo no texto constitucional e em direta afronta aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

De plano, cumpre advertir que o fato de o edital criar um liame jurídico entre as partes e de ser confeccionado de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa, como ressaltado pelo acórdão recorrido, não o torna imune à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de a discricionariedade administrativa transmutar-se em arbitrariedade da Administração.

Nesse ponto, pela análise do contexto normativo aplicável, *in casu*, verifica-se que a reprovação do candidato se deu pela constatação da existência de tatuagem na perna direita do impetrante - "*Tribal, medindo 14 x 13 cm*" -, tendo concluído o laudo médico que "*o candidato em questão apresenta tatuagem de grande dimensão na perna direita, que visível quando da utilização de uniformes da Corporação. Foi avaliado pelo médico psiquiatra, integrante da JS/1, que o considerou inapto por ferir o edital em relação ao grande porte e em locais visíveis quando da utilização de uniforme de educação física*" (fl. 100).

Com efeito, da análise dos fatos trazidos, verifica-se que o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que implicasse ofensa ao ordenamento jurídico e à Instituição militar.

Destaque-se que, no caso concreto, não existe lei no sentido formal e material no ordenamento jurídico local que pudesse ser invocada para a existência da restrição editalícia que motivou a exclusão do recorrente do certame. As disposições legais e administrativas invocadas (LC estadual nº 697/92 - SP, e Decretos nº 41.113/96 e nº 42.053/1997, ambos de SP) não trazem qualquer critério de exclusão de candidatos

que ostentem tatuagens, sendo inovação contida, apenas, no edital do concurso.

Assim, não bastasse a ausência de previsão legal, que por si só já aclamaria o provimento do recurso, também se constata a inconstitucionalidade da norma editalícia em questão.

Com efeito, as tatuagens existentes na perna do recorrente - "*Tribal, medindo 14 por 13 cm* (fl. 134) - não afetam a honra pessoal, o pudor ou o decoro exigido dos militares para o provimento de qualquer outro cargo público, mormente por não representar ideologias criminosas, ilegais, terroristas ou extremistas, contrárias às instituições democráticas ou que preguem a violência e a criminalidade, discriminação ou preconceitos de raça, credo, sexo ou origem, ideias ou atos libidinosos.

Portanto, adaptando-se o acórdão recorrido integralmente às teses fixadas neste Recurso Extraordinário, resta clarividente o direito do recorrente de ver seu apelo extremo prosperar.

Ex positis, de acordo com os fundamentos acima delineados, impõe-se a reforma do que decidido pelo acórdão recorrido.

Concluindo, Senhor Presidente, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Extraordinário e proponho que o Tribunal afirme as seguintes teses objetivas em sede de repercussão geral:

1. Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.

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

É como voto.

**decisão publicada no DJe em 1º.7.2016*

Notas de rodapé do RELATÓRIO:

- 1 SÚMULA 280 - Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.
- 2 SÚMULA 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Notas de rodapé do VOTO:

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

- 4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)
- 5 Tradução livre do original: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*
- 6 Army Regulation 670-1 (Uniform and Insignia - Wear and Appearance of Army)
Found in Section 1.8 Page 3
(...)
e. Tattoo policy
(1) Tattoos or brands anywhere on the head, face, and neck above the class A uniform collar are prohibited.
(2) Tattoos or brands that are extremist, indecent, sexist, or racist are prohibited, regardless of location on the body, as they are prejudicial to good order and discipline within units.
(a) Extremist tattoos or brands are those affiliated with, depicting, or symbolizing extremist philosophies, organizations, or activities. Extremist philosophies, organizations, and activities are those which advocate racial, gender or ethnic hatred or intolerance; advocate, create, or engage in illegal discrimination based on race, color, gender, ethnicity, religion, or national origin; or advocate violence or other unlawful means of depriving individual rights under the U.S. Constitution, Federal, or State law (see para 4-12, AR 600-20).
(b) Indecent tattoos or brands are those that are grossly offensive to modesty, decency, or propriety; shock the moral sense because of their vulgar, filthy, or disgusting nature or tendency to incite lustful thought; or tend reasonably to corrupt morals or incite libidinous thoughts.
(c) Sexist tattoos or brands are those that advocate a philosophy that degrades or demeans a person based on gender, but that may not meet the same definition of "indecent."
(d) Racist tattoos or brands are those that advocate a philosophy that degrades or demeans a person based on race, ethnicity, or national origin.
(...)
(5) Existing tattoos or brands on the hands that are not extremist, indecent, sexist, or racist, but are visible in the class A uniform (worn with slacks/trousers), are authorized.
(...)
(7) Soldiers may not cover tattoos or brands in order to comply with the tattoo policy.
- 7 Disponível em: https://www.army.mil/article/146268/Revised_uniform_policy_changes_rules_for_tattoos_wear_of_combat_uniform. Acesso em 23/06/2016.
- 8 http://www.navy.mil/submit/display.asp?story_id=93938
- 9 Tradução livre do original em inglês: *This policy update is being made in response to the increased popularity of tattoos for those currently serving and in the population from which the Navy draws its recruits. It is also meant to ensure the Navy does not miss opportunities to bring in talented young men and women who are willing to serve.*
- 10 <https://www.komm-zur-bundespolizei.de/bewerben/auswahlverfahren/>
- 11 Tradução livre do original em alemão: Aus diesem Grund gilt: Beim Tragen der Dienstkleidung - ausgenommen beim Dienstsport - dürfen Tätowierungen, Brandings, Mehndis (Henna-Tattoos) und Ähnliches nicht sichtbar sein. Sofern sie durch die getragene Dienstkleidung nicht vollständig verdeckt werden, sind sie in geeigneter und dezenter Weise abzudecken.
- 12 <http://www.exercito.pt/sites/recrutamento/Paginas/CidadaoInfoUteis.aspx>
- 13 Lei nº 11.279/2006 - Art. 11-A, XII: XII - não apresentar tatuagem que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando da Marinha, faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas;
- 14 Lei nº 12.464/2011 - Art. 20, XVII - não apresentar tatuagem no corpo com símbolo ou inscrição que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das Forças Armadas que faça alusão a: a) ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas ou que pregue a violência ou a criminalidade; b) discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem; c) ideia

ou ato libidinoso; e d) ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas ou à sociedade;

15 Lei nº 12.705/2012 – Art. 2º, VIII - não apresentar tatuagens que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando do Exército: a) faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas; b) (VETADO);

16 Os parâmetros foram objeto de uma tradução livre do inglês. Texto original: 1. *Whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest;*

17 *Apud* LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 321.

18 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 243.

19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 264.

20 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1984, p. 313.

21 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307256&caixaBusca=N>; (acesso em 26/05/2016)

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

26 a 30 de setembro de 2016

Lei nº 13.340, de 28.9.2016 - Autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei no 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 188, p. 1, em 29.9.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

26 a 30 de setembro de 2016

Decreto nº 8.858, de 26.9.2016 - Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 186, p. 3, em 27.9.2016.

Decreto nº 8.863, de 28.9.2016 - Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do Ombudsman de Investimentos Diretos e dá outras providências. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 188, p. 4, em 29.9.2016.

Decreto nº 8.861, de 28.9.2016 - Dispõe sobre a designação das autoridades centrais brasileiras no âmbito da Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, firmada em Cidade da Praia, em 23 de novembro de 2005. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 188, p. 4, em 29.9.2016.

Informativo 842

SUMÁRIO

Plenário

Execução provisória da pena e trânsito em julgado - 2

Crimes contra a humanidade e prescrição
Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 4
ADI e “vaquejada” - 6

Repercussão Geral

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 6

1ª Turma

“Habeas corpus” e trancamento de ação penal

2ª Turma

Cometimento de falta grave e indulto natalino
Fixação de competência e Justiça Militar
CNMP e vitaliciamento de membros do Ministério Público

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

CNJ - Poder Disciplinar - Competência Concorrente e Autônoma - Responsabilização de Magistrados - Procedimento Disciplinar - Garantia do “*DUE PROCESS OF LAW*” (MS 28.891/DF)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Execução provisória da pena e trânsito em julgado - 2

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade e conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) (“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”). Dessa forma, permitiu a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado — v. Informativo 837.

O Tribunal assentou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF). Esse entendimento não contrasta com o texto do art. 283 do CPP.

A Corte ressaltou que, de acordo com os arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), é excepcional a possibilidade de atribuir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais com efeito meramente devolutivo.

Entretanto, é possível atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder. Dessa forma, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo têm eficácia imediata. Assim, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir efeito imediato do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

Não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação.

Ademais, a quantidade de magistrados com assento no STF e no STJ repele qualquer interpretação que queira fazer desses tribunais cortes revisoras universais. Isso afasta a pretensão sucessiva de firmar o STJ como local de início da execução da pena.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ o exercício de seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Por isso, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Portanto, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento

de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pela Suprema Corte.

É a Constituição que alça o STF primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o STJ a serviço da ordem jurídica. Isso está claro no art. 105, III, da CF, quando se observam as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional. Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF, a qual, nessa concepção, imporia sempre o “trânsito em julgado”, seria capaz de conduzir à solução diversa.

O ministro Roberto Barroso acrescentou que, por não se discutir fatos e provas nas instâncias extraordinárias, há certeza quanto à autoria e materialidade. Dessa forma, impõe-se, por exigência constitucional em nome da ordem pública, o início do cumprimento da pena, sob o risco de descrédito e desmoralização do sistema de justiça.

Além disso, enfatizou que a presunção de inocência é princípio — não regra — e, como tal, pode ser ponderado com outros princípios e valores constitucionais que tenham a mesma estatura.

Portanto, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade, após a condenação em segundo grau de jurisdição, fica muito mais leve, muito menos relevante, em contraste com o peso do interesse estatal de que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Desse modo, o estado de inocência vai-se esvaindo à medida que a condenação se vai confirmando.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinar a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão ainda não houvesse transitado em julgado. Afirmavam que a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado, configuraria punição antecipada e violaria a presunção de inocência, bem como a disposição expressa do art. 283 do CPP. Também pontuavam que a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas até o trânsito em julgado da condenação.

Vencido, parcialmente, o ministro Dias Toffoli, que acolhia o pedido sucessivo para determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa estivesse sendo questionada no STJ. Segundo o ministro, esse Tribunal desempenha o relevante papel de uniformizar a aplicação da lei federal nacionalmente.

Todavia, no âmbito do STF, o recurso extraordinário não teria mais o caráter subjetivo. Afinal, a questão nele debatida deverá ter repercussão geral e ultrapassar os limites subjetivos do caso concreto, o que, geralmente não existe em matéria criminal. Ademais, a jurisprudência é no sentido de que a questão do contraditório e da ampla defesa é matéria infraconstitucional.

[ADC 43 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016.](#)

[ADC 44 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016.](#)

Crimes contra a humanidade e prescrição

O Plenário iniciou julgamento de pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, a quem se imputa a suposta prática de delitos de lesa-humanidade. O extraditando é investigado por crimes correspondentes, no Código Penal brasileiro, aos de homicídio qualificado, sequestro e associação criminosa. Os delitos teriam sido cometidos quando o extraditando integrava o grupo terrorista “Triple A”, em atividade entre os anos 1973 e 1975, cujo objetivo era o sequestro e o assassinato de cidadãos argentinos contrários ao governo então vigente naquele país.

O ministro Edson Fachin (relator) reputou atendidos os pressupostos para o deferimento do pleito. Quanto à prescrição, entendeu que o Estado brasileiro não deve invocar limitações do seu direito interno, haja vista que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre de norma imperativa do Direito Internacional. Considerou que a qualificação de crime de lesa-humanidade atribuída pela legislação argentina é coerente com o Direito Internacional naquilo em que, para efeito de extradição, também vincula o Estado brasileiro. Nesse caso, é necessário adotar uma interpretação adequada ao Tratado de Extradicação e ao Estatuto do Estrangeiro, de modo a excepcionar o requisito da prescrição quanto aos crimes contra a humanidade.

Para o relator, nos termos dos arts. 141 e 142, inciso 5º, do Código Penal argentino, os fatos atribuídos ao extraditando possuem natureza de delitos de lesa-humanidade. Assim, por constituírem grave violação dos direitos humanos, revestem-se do caráter de imprescritibilidade, o que atrairia a incidência do regime internacional da imprescritibilidade, previsto pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Resolução 2.391/1968, da Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo artigo 3º obriga os Estados Membros a adotarem todas as medidas internas necessárias para permitir a extradição.

Consoante ressaltou, apesar de o Estado brasileiro não ter ratificado essa Convenção, vários países do continente americano o fizeram. Por isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obriga os Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes.

Quanto à exigência contida no art. III, “c”, do Tratado de Extradicação entre Brasil e Argentina, asseverou que o método de

interpretação “segundo o sentido comum atribuível aos termos” do art. 31 da Convenção de Viena deve ceder lugar a outro, conforme dispõe o art. 32 dessa mesma norma, pois a interpretação literal conduz a um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado. Por isso, a manutenção do entendimento de que a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o previsto na lei brasileira tem como consequência a transformação do país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Isso ofende a jurisprudência da Corte Interamericana e esvazia o sentido do princípio contido no art. 4º, II, da CF.

O relator evidenciou a inexistência de um direito constitucional à prescrição, tendo em conta o disposto nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CF, e na EC 45/2004, que, ao acrescentar o § 4º ao art. 5º, reconhece a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Por sua vez, o art. 29 do Estatuto de Roma prevê a imprescritibilidade dos crimes internacionais.

Para o ministro, a regra da imprescritibilidade pertence ao direito penal internacional, em cujas fontes deve-se buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação consentânea com o atual quadro normativo do Direito Internacional.

Aduziu, ainda, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição é vinculante para o Estado brasileiro, nos termos do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, entende serem inadmissíveis as disposições de prescrição que tenham por finalidade impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, sendo tal proibição decorrente de normas costumeiras de Direito Internacional.

Consignou que do caráter cogente das normas que tipificam os crimes contra a humanidade decorre o afastamento do disposto no art. III, “c”, do Tratado de Extradicação entre Brasil e Argentina, por força da previsão contida no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que reputa nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral.

Por fim, o relator, tendo em conta o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, e a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, concluiu que a exigência constante do art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro deve, no caso, acolher a regra de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Seja porque incompatível com o ordenamento constitucional quando o extraditando responde por crime contra a humanidade, seja porque, com base no art. 27 da Convenção de Viena, o Estado não pode invocar limitações do direito interno para deixar de adimplir com obrigações internacionais.

Após o voto do ministro Roberto Barroso, que acompanhou o relator, o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos.
Ext 1362/DF, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 6-10-2016.

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 4

O Plenário, em conclusão e por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas propostas em face de dispositivos da Lei 12.514/2011 que dizem respeito à fixação de anuidades devidas aos conselhos profissionais — v. Informativo 832.

Inicialmente, o Colegiado definiu que essas anuidades têm natureza jurídica de contribuições corporativas com caráter tributário. Quanto à alegação de inconstitucionalidade formal, ressaltou a dispensabilidade de lei complementar para a criação de contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais.

Acerca da falta de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à medida provisória, que culminou na lei em comento, e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, a Corte lembrou entendimento fixado no julgamento da ADI 5.127/DF (DJE de 11-5-2016). Naquela ocasião, o Plenário afirmou ser incompatível com a Constituição apresentar emendas sem pertinência temática com a medida provisória submetida à apreciação do parlamento (“contrabando legislativo”). Entretanto, o Colegiado definiu que essa orientação teria eficácia prospectiva. Assim, a medida provisória em questão não padece de vício de inconstitucionalidade formal, haja vista ter sido editada antes do mencionado precedente.

A respeito da constitucionalidade material da lei, o Tribunal teceu considerações acerca do princípio da capacidade contributiva. No ponto, afirmou que a progressividade deve incidir sobre todas as espécies tributárias. Além disso, a funcionalização da tributação para realizar a igualdade é satisfeita por meio do pagamento de tributos na medida da capacidade contributiva do contribuinte, o qual se vincula a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas do povo. Em síntese, a progressividade e a capacidade contributiva são os fundamentos normativos do Sistema Tributário Nacional.

Por conseguinte, esses princípios incidem sobre as contribuições sociais de interesse profissional. Finalísticas, se prestam a suprir os cofres dos órgãos representativos das categorias profissionais, com o escopo de financiar as atividades públicas por eles desempenhadas. Assim, o fato gerador das anuidades é a existência de inscrição no conselho respectivo, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício.

O Poder Legislativo observou, portanto, a capacidade contributiva dos contribuintes ao instituir o tributo. Em relação às pessoas físicas, estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional (níveis técnico e superior) e a provável disparidade de renda. No que tange às pessoas jurídicas, há diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social do contribuinte. Essa medida legislativa garante observância à equidade vertical eventualmente aferida entre os contribuintes.

Ainda no que se refere à constitucionalidade material da lei, o Plenário discorreu sobre o princípio da legalidade tributária, haja

vista a atribuição da fixação do valor exato das anuidades aos conselhos profissionais, desde que respeitadas as balizas quantitativas da norma. Quanto à atualização monetária do tributo, tem-se matéria passível de tratamento normativo por intermédio de ato infralegal.

A respeito da imputação de responsabilidade aos conselhos profissionais de fixarem o valor exato da anuidade, a questão tem outras implicações. Devido à expressa previsão constitucional (CF, art. 150, I), o princípio da legalidade tributária incide nas contribuições sociais de interesse profissional. Pode-se afirmar que esse postulado se apresenta sob as seguintes feições: a) legalidade da Administração Pública; b) reserva de lei; c) estrita legalidade; e d) conformidade da tributação com o fato gerador. Há, ainda, a distinção entre reserva de lei – que condiciona as intervenções onerosas na esfera jurídica individual à existência de lei formal, isto é, emanada do Poder Legislativo – e legalidade estrita tributária, que, por sua vez, é a vedação constitucional dirigida à administração federal, estadual e municipal de instituir ou aumentar tributo sem que haja lei que o autorize.

Considerada essa diferença, por um lado, não há ofensa ao princípio da reserva legal, pois o diploma impugnado é lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para os conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/2011. Por outro lado, o princípio da estrita legalidade tributária exige lei em sentido material e formal para as hipóteses de instituição e majoração de tributos, nos termos do art. 150, I, da CF.

No tocante à majoração, considera-se satisfeita a finalidade da referida limitação constitucional ao poder de tributar, uma vez que o “quantum debeat” da obrigação tributária é limitado ao montante previamente estabelecido por lei. Assim, o requisito da autotributação da sociedade foi observado, ou seja, infere-se que a lei procurou acolher a pretensão de resistência do contribuinte à intervenção estatal desproporcional, em consonância com a Constituição. O diploma legal inova legitimamente o ordenamento jurídico ao instituir tributo com a respectiva regra matriz de incidência tributária, haja vista que a anuidade (tributo) é vinculada à existência de inscrição no conselho (fato gerador), tem valor definido (base de cálculo e critério de atualização monetária) e está vinculada a profissionais e pessoas jurídicas com inscrição no conselho (contribuintes).

Desse modo, está suficientemente determinado o mandamento tributário, para fins de observância da legalidade tributária, na hipótese das contribuições profissionais previstas no diploma impugnado. Além disso, é adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário na lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais.

Vencidos a ministra Rosa Weber, que julgava procedentes os pedidos por inconstitucionalidade formal, e o ministro Marco Aurélio, o qual entendia procedentes as ações por inconstitucionalidade formal e material.

ADI 4697/DF, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 6-10-2016.

ADI 4762/DF, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 6-10-2016.

ADI e “vaquejada” - 6

O Plenário, em conclusão e por maioria, julgou procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a atividade de “vaquejada”, em que uma dupla de vaqueiros montados em cavalos distintos busca derrubar um touro dentro de uma área demarcada — v. Informativos 794 e 828.

Na espécie, o requerente sustentava a ocorrência de exposição dos animais a maus-tratos e crueldade, ao passo que o governador do Estado-membro defendia a constitucionalidade da norma, por versar patrimônio cultural do povo nordestino. Haveria, portanto, conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais — de um lado, o art. 225, § 1º, VII; de outro, o art. 215.

O requerente alegava que o art. 225 da CF consagraria a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Seria, portanto, direito fundamental de terceira geração, fundado na solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Tal manutenção do ecossistema beneficiaria as gerações do presente e do futuro, visto que o indivíduo é considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção (“direito dever” fundamental).

Sustentava que o STF, ao constatar conflito entre normas de direitos fundamentais, ainda que presente a manifestação cultural, conferiria interpretação mais favorável à proteção ao meio ambiente, sobretudo quando verificada situação de inequívoca crueldade contra animais. Tudo isso demonstra preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

O Tribunal asseverou ter o autor juntado laudos técnicos comprobatórios das consequências nocivas à saúde dos bovinos, tais como fraturas nas patas, ruptura dos ligamentos e dos vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo e até seu arrancamento, das quais resultariam comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, é indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas, em descompasso com o preconizado no art. 225, § 1º, VII, da CF.

À parte das questões morais relacionadas ao entretenimento à custa do sofrimento dos animais, a crueldade intrínseca à “vaquejada” não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Constituição. Portanto, o sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF alcança a

tortura e os maus-tratos infligidos aos bovinos durante a prática impugnada, de modo a tornar intolerável a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, que julgavam o pedido improcedente.

ADI 4983/CE, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 6-10-2016.

REPERCUSSÃO GERAL

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 6

O Plenário, em conclusão e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário que discutida a validade da exigência de taxa para expedição da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), baseada na Lei 6.994/1982, que estabelece limites máximos para a ART — v. Informativo 832.

O Colegiado, de início, traçou retrospecto acerca do tratamento das taxas devidas em decorrência da ART. Demonstrou, em síntese, que diversas leis passaram a autorizar a fixação, por atos infralegais, de variadas taxas a favor de vários conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, sem a prescrição de teto legal ou mesmo homogeneidade de tratamento.

A Lei 6.994/1982, por sua vez, delegou ao órgão federal de cada entidade a fixação dos valores das taxas correspondentes aos serviços relativos a atos indispensáveis ao exercício da profissão, observados os respectivos limites máximos. Com essa lei, a temática das taxas cobradas a favor dos conselhos de fiscalização de profissões ganhou nova disciplina.

Cabe indagar, portanto, se a fixação de valor máximo em lei formal atende ao art. 150, I, da CF, haja vista a natureza jurídica tributária da taxa cobrada em razão do poder de polícia (fiscalização de profissões). Em outras palavras, cumpre saber qual o tipo e o grau de legalidade que satisfazem essa exigência, especialmente no tocante à espécie tributária taxa.

O Tribunal teceu considerações sobre o princípio da legalidade tributária e apontou para o esgotamento do modelo da tipicidade fechada como garantia de segurança jurídica. Dessa forma, o legislador tributário pode valer-se de cláusulas gerais, e as taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia podem ter algum grau de indeterminação, por força da ausência de minuciosa definição legal dos serviços compreendidos. E, diante de taxa ou contribuição parafiscal, é possível haver maior abertura dos tipos tributários. Afinal, nessas situações, sempre há atividade estatal subjacente, o que acaba deixando ao regulamento uma carga maior de cognição da realidade, sobretudo em matéria técnica.

Assim, a ortodoxa legalidade tributária, absoluta e exauriente, deve ser afastada, em razão da complexidade da vida moderna e da necessidade de adaptação da legislação tributária à realidade em constante transformação. Nesse sentido, deve-se levar em conta o princípio da praticidade no direito tributário e a eficiência da Administração Pública, o que tem sido a tendência jurisprudencial da Corte.

Especificamente no que se refere a taxas, o montante cobrado, ao contrário do que ocorre com impostos, não pode variar senão em função do custo da atividade estatal, com razoável equivalência entre ambos. O grau de arbítrio do valor da taxa, no entanto, tende a ficar mais restrito nos casos em que o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência é complementado por ato infralegal. Isso porque a razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração, por estar estritamente ligada à atividade estatal direcionada ao contribuinte, conhecer a realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa. Assim, encontra, com maior grau de proximidade, a razoável equivalência do valor da exação com os custos que pretende ressarcir.

O Plenário ponderou, ainda, se a taxa devida pela ART, na forma da Lei 6.994/1982, insere-se nesse contexto. A princípio, não há delegação de poder de tributar no sentido técnico da expressão. A lei não repassa ao ato infralegal a competência de regulamentar, em toda profundidade e extensão, os elementos da regra matriz de incidência da taxa devida em razão da ART. Os elementos essenciais da exação podem ser encontrados nas leis de regência. Assim, no antecedente da regra matriz de incidência, está o exercício do poder de polícia relacionado à ART a que todo contrato está sujeito. O sujeito passivo é o profissional ou a empresa, ao passo que o sujeito ativo é o respectivo conselho regional. No tocante ao aspecto quantitativo, a lei prescreve o teto sob o qual o regulamento poderá transitar.

Esse diálogo realizado com o regulamento é mecanismo que objetiva otimizar a justiça comutativa. As diversas resoluções editadas sob a vigência dessa lei parecem condizer com a assertiva. Afinal, em geral, esses atos normativos, utilizando-se de tributação fixa, determinam um valor fixo de taxa relativa à ART para cada classe do valor de contrato. Esse valor é utilizado como critério para incidência do tributo, como elemento sintomático do maior ou menor exercício do poder de polícia. Ademais, não cabe aos conselhos realizar a atualização monetária do teto legal, ainda que constatem que os custos a serem financiados pela taxa relativa à ART ultrapassam o limite. Entendimento contrário violaria o art. 150, I, da CF.

Em suma, a norma em comento estabelece diálogo com o regulamento em termos de a) subordinação, ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART; b) desenvolvimento da justiça comutativa; e c) complementariedade, ao deixar valoroso

espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. O Legislativo não abdica de sua competência acerca de matéria tributária, portanto. A qualquer momento, poderá deliberar de maneira diversa e firmar novos critérios políticos ou outros paradigmas a serem observados pelo regulamento.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que proviam o recurso, por entenderem inconstitucional a exigência da taxa para expedição de ART nos termos da Lei 6.994/1982, considerada a ofensa ao art. 150, I, da CF.

Em seguida, o Colegiado deliberou adiar a fixação da tese.

RE 838284/SC, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-10-2016.

PRIMEIRA TURMA

“Habeas corpus” e trancamento de ação penal

A Primeira Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que se pretendia trancar ação penal contra paciente acusado da prática de atividade clandestina de telecomunicação por disponibilizar provedor de internet sem fio.

A defesa, ao sustentar a insignificância da conduta, ponderava que a atividade desenvolvida teria sido operada abaixo dos parâmetros objetivos estabelecidos pela Lei 9.612/1998. Acrescentava, ainda, que não teria sido realizado, nos autos da ação penal, qualquer tipo de exame técnico pericial que comprovasse a existência de lesão ao serviço de telecomunicações.

Porém, para o Colegiado, houve o desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações, de modo que a tipicidade da conduta está presente no caso. Ademais, o trancamento da ação penal, por meio de “habeas corpus”, seria algo excepcional.

HC 118400/RO, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 4-10-2016.

SEGUNDA TURMA

Cometimento de falta grave e indulto natalino

A Segunda Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pedia a concessão de indulto, desconsiderando-se o cometimento de falta disciplinar de natureza grave. O pedido teve como base a não homologação judicial de falta grave dentro do período de doze meses anteriores à entrada em vigor do Decreto 8.380/2014, visto que a norma condiciona a concessão do benefício ao não cometimento de falta disciplinar de natureza grave nos doze meses anteriores a sua publicação (Art. 5º “A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto”).

Na espécie, foi negada a concessão do indulto ao paciente em decorrência do cometimento de falta grave nos doze meses antecedentes à publicação do Decreto 8.380/2014, embora a homologação judicial da falta disciplinar tenha ocorrido em momento posterior.

Na impetração, sustentava-se que o art. 5º do referido decreto condicionaria a concessão de indulto à inexistência de falta grave devidamente homologada, nos doze meses anteriores à sua publicação. Para a defesa, a interpretação conferida pelas instâncias inferiores estaria, na verdade, a exigir requisito não previsto no Decreto 8.380/2014 e, a um só tempo, contrariaria a regra da legalidade penal (CF/1988, art. 5º, XXXIX), bem como usurparia a competência discricionária e exclusiva do presidente da República para a concessão de indulto (CF/1988, art. 84, XII).

No caso em comento, coube à Turma decidir se, para obstar a concessão do indulto, a sanção por falta grave precisaria de fato ser homologada pela via judicial no prazo de doze meses — contados retroativamente à data de publicação do decreto —, ou se bastaria que a falta grave tivesse sido praticada nesse interstício, ainda que a homologação judicial da sanção ocorresse em momento posterior. O Colegiado deliberou que, não só em face do próprio texto legal, como também de sua “ratio”, é exigível apenas que a falta grave tenha sido cometida no prazo em questão, sendo irrelevante a data de sua homologação judicial. Entendeu, ademais, que o art. 5º do Decreto 8.380/2014 se limita a impor a homologação judicial da sanção por falta grave, não se exigindo que ela tenha sido realizada nos doze meses anteriores à sua publicação. Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de nem sequer haver tempo hábil para a apuração de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto.

Vencido o ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso por entender que o juízo da execução deveria realizar a audiência de justificação — prevista no art. 5º do Decreto 8.380/2014 — dentro do interstício de doze meses, não se admitindo imputar uma falha do Estado ao paciente, de modo a obstar-lhe a concessão do indulto.

RHC 133443/SC, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-10-2016.

Fixação de competência e Justiça Militar

Compete à Justiça Castrense processar e julgar ação penal destinada à apuração de delito de apropriação de coisa havida acidentalmente [Código Penal Militar (CPM), art. 249], praticado por militar que não esteja mais na ativa. Esse foi o entendimento da Segunda Turma, que indeferiu a ordem em “habeas corpus”.

Na espécie, o paciente foi denunciado perante a Justiça Militar porque, após seu licenciamento, continuou a receber remuneração da Administração Militar por não ter sido excluído do sistema de folha de pagamento de pessoal do Exército.

A Turma reafirmou a jurisprudência consolidada sobre a matéria. Dessa forma, compete à Justiça Castrense o julgamento de crimes militares, assim definidos em lei (CPM, art. 9º, III, “a”), praticados contra as instituições militares, o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar, ainda que cometidos por militar da reserva, ou reformado, ou por agente civil (HC 109544/BA, DJE de 31-8-2011).

HC 136539/AM, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-10-2016.

CNMP e vitaliciamento de membros do Ministério Público

A Segunda Turma denegou ordem em mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que decretava o não vitaliciamento de membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Na espécie, o impetrante arguia que, nos termos do art. 128, I, “a”, da CF, o promotor de Justiça vitalício somente perderia o cargo por sentença judicial transitada em julgado, a ser proposta, nos termos do art. 38, § 2º, da Lei 8.625/1993, pelo procurador-geral de Justiça, após autorização do Colégio de Procuradores. Defendia, ainda, que já seria detentor da garantia constitucional da vitaliciedade desde 1º-9-2007, data da decisão do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo, o que conduziria à incompetência do CNMP para deliberar sobre sua exoneração.

Para a Segunda Turma, o ato de vitaliciamento — decisão pela permanência de membro em estágio probatório nos quadros da instituição — tem natureza de ato administrativo. Dessa forma, sujeita-se ao controle de legalidade pelo CNMP, por força do art. 130-A, § 2º, II, da CF, que se harmoniza perfeitamente com o disposto no art. 128, § 5º, I, “a”, do texto constitucional. Ademais, a previsão normativa que permite desfazer ato de vitaliciamento apenas por decisão judicial (CF, art. 128, I, “a”) não afasta a possibilidade de o CNMP, a partir da EC 45/2004, analisar, com específica função de controle, a legalidade desse tipo de questão.

Salientou, por fim, que a existência de processo penal em andamento, no qual o ora impetrante alega ter agido em legítima defesa, não é prejudicial à análise do “writ”. Quanto a isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa. Não há falar, por conseguinte, em violação ao princípio da presunção de inocência pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo penal em que apurados os mesmos fatos.

MS 27542/DF, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-10-2016.

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos
Pleno	5.10.2016	6.10.2016	17
1ª Turma	4.10.2016	—	54
2ª Turma	4.10.2016	—	15

REPERCUSSÃO GERAL
DJe de 3 a 7 de outubro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 946.648-SC

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

IMPOSTO SOBRE PRODUTO INDUSTRIALIZADO – IPI – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR – INCIDÊNCIA – ARTIGO 150, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ISONOMIA – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na saída do estabelecimento importador de mercadoria para a revenda, no mercado interno, considerada a ausência de novo beneficiamento no campo industrial.

Decisões Publicadas: 1

CLIPPING DO DJE
3 a 7 de outubro de 2016

Inq N. 4.146-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL, ART. 1º, V, e § 4º, DA LEI 9.613/1998, ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/1986 E ART. 350 DA LEI 4.737/1965, NA FORMA DO ART. 69 DA LEI PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. COOPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE PROCEDIMENTO CRIMINAL DA SUÍÇA PARA O BRASIL. VIABILIDADE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AFASTAMENTO. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DAS CONDUTAS ATRIBUÍDAS AO DENUNCIADO, ASSEGURANDO-LHE O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. MAJORANTE DO ART. 327, § 2º, DO CP. EXCLUSÃO. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1. Nos termos do art. 4º, § 13, da Lei 12.850/2013, não há indispensabilidade legal de que os depoimentos referentes a colaborações premiadas sejam registrados em meio magnético ou similar, mas somente uma recomendação para assegurar maior fidelidade das informações. Inexiste, portanto, nulidade ou prejuízo à defesa pela juntada apenas de termos escritos, sobretudo quando não foi realizada a gravação dos depoimentos.

2. A tradução para o vernáculo de documentos em idioma estrangeiro só deverá ser realizada se tal providência tornar-se absolutamente "necessária", nos termos do que dispõe o art. 236 do Código de Processo Penal.

3. A transferência de procedimento criminal, embora sem legislação específica produzida internamente, tem abrigo em convenções internacionais sobre cooperação jurídica, cujas normas, quando ratificadas, assumem *status* de lei federal. Exsurgindo do contexto investigado, mediante o material compartilhado pelo Estado estrangeiro, a suposta prática de várias condutas ilícitas, nada impede a utilização daquelas provas nas investigações produzidas no Brasil, principalmente quando a autoridade estrangeira não impôs qualquer limitação ao alcance das informações e os meios de prova compartilhados, como poderia tê-lo feito, se fosse o caso. É irrelevante, desse modo, qualquer questionamento sobre a dupla tipicidade ou o princípio da especialidade, próprios do instituto da extradição.

4. Tem-se como hábil a denúncia que descreve todas as condutas atribuídas ao acusado, correlacionando-as aos tipos penais declinados. Ademais, "não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir de definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar" (HC 87324, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 18.5.2007).

5. É incabível a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal pelo mero exercício do mandato parlamentar, sem prejuízo da causa de aumento contemplada no art. 317, § 1º (Inq 3.983, minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 12.05.2016). A jurisprudência desta Corte, conquanto revolvida nos últimos anos (Inq 2606, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 11.11.2014, DJe-236, divulg. 1.12.2014, public. 2.12.2014), exige uma imposição hierárquica ou de direção (Inq 2191, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 8.5.2008, processo eletrônico Dje-084, divulg. 7.5.2009, public. 8.5.2009) que não se acha nem demonstrada nem descrita nos presentes autos.

6. Afigura-se suficiente ao recebimento da denúncia a existência de fatos indícios documentais que demonstram que o acusado teria ocultado e dissimulado a origem de valores supostamente ilícitos, mediante a utilização de meios para dificultar a identificação do destinatário final, por meio de depósitos em contas vinculadas a "trusts".

7. A existência de elementos indiciários que indicam a plena disponibilidade econômica sobre os ativos mantidos no exterior, ainda que em nome de *trusts* ou empresas *offshores*, torna imperativa a admissão da peça acusatória pela prática do crime de evasão de divisas.

8. É certo que o tipo penal do art. 350 do Código Eleitoral exige expressamente, para sua configuração, que a omissão de declaração que deva constar do documento público seja realizada com fins eleitorais. No caso, há indícios que esse comportamento deu-se em razão de o denunciado não ter como justificar a existência de valores no exterior, em soma incompatível com seu patrimônio. Ao lado disso, conforme firme orientação deste Supremo Tribunal Federal, a aferição do elemento subjetivo, em regra, é matéria que se situa no âmbito da instrução processual: INQ 3588-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 16.4.2015; INQ 3696, minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 16.10.2014.

9. Denúncia parcialmente recebida, com exclusão somente da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal.

*noticiado no Informativo 831

HC N. 128.650-PE

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Processual Penal. Tráfico e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei nº 11343/06). Impetração dirigida contra a decisão de negativa de seguimento ao HC nº 286.196/PE no Superior Tribunal de Justiça e contra o acórdão com que a Quinta Turma não conheceu do HC nº 286.219/PE. Não conhecimento da impetração em relação ao primeiro *habeas corpus*, em razão de não submissão da decisão singular ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Ausência de ilegalidade flagrante no julgamento colegiado do segundo *writ*. Prisão preventiva. Falta de fundamentação idônea. Não caracterização. Custódia justificada na garantia da ordem pública. Paciente integrante de bem estruturada organização criminosa voltada à distribuição de drogas no Estado de Pernambuco e em seus estabelecimentos prisionais. Gravidade em concreto da conduta e periculosidade do paciente, evidenciadas pelo *modus operandi* da organização. Excesso de prazo. Complexidade do feito, consubstanciada na pluralidade de réus (15 acusados) e na necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de 2 (dois) acusados. Notícia constante do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco de que a instrução chegou a termo. Prejudicialidade. Precedentes. Alegada ausência de elementos concretos para corroborar a justa causa para a ação penal. Necessário reexame de fatos e de provas não admitido em sede de *habeas corpus*. Precedentes. Nulidade das interceptações telefônicas pelo não esgotamento prévio de todas as possibilidades de produção da prova. Não ocorrência. Procedimento devidamente fundamentado. Demonstração inequívoca da necessidade da medida. Utilização de terminal telefônico como meio de comunicação entre integrantes da organização presos e em liberdade para fomentar o tráfico. Alegações de não observância do prazo do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.626/96 para a

análise do pedido de interceptação telefônica, de supostos vícios formais no mandado de prisão e de excessos em seu cumprimento. Temas não analisados pelas instâncias antecedentes. Dupla supressão de instância configurada, o que impede sua análise de forma originária pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Conhecimento parcial do habeas corpus. Ordem denegada.

1. Não se deve conceder **habeas corpus** em relação ao Relator do HC nº 286.196/PE no Superior Tribunal de Justiça, que a ele negou seguimento monocraticamente.
2. Consoante pacífico entendimento da Corte é inadmissível o **habeas corpus** que se volta contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente.
3. O julgado proferido pela Quinta Turma no HC nº 286.219/PE não encerra situação de constrangimento ilegal a justificar a intervenção do Supremo Tribunal Federal.
4. A prisão preventiva encontra-se alicerçada na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade em concreto da conduta e a periculosidade do paciente, que integra complexa organização criminosa voltada ao tráfico de drogas no Estado de Pernambuco e em seus estabelecimentos prisionais.
5. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “[a] periculosidade do agente, evidenciada pelo **modus operandi**, e a gravidade em concreto do crime constituem motivação idônea para a manutenção da custódia cautelar” (RHC nº 117.243/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 5/12/13).
6. Em relação ao suposto excesso de prazo, é entendimento da Corte que o lapso temporal transcorrido desde a prisão preventiva, por si só, não induz à conclusão de que esteja ocorrendo o excesso, mormente se levada em conta a complexidade do processo, consubstanciada, na espécie, na pluralidade de réus (15 acusados) e a necessidade de expedição de cartas precatórias para Itamaracá/PE e Petrolina/PE para oitiva de 2 (dois) dos acusados.
7. O sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco indica que já foram apresentadas as alegações finais na ação penal objeto da discussão, o que demonstra a conclusão da instrução. Em casos como esse a Corte sinaliza que “o encerramento da instrução criminal, inclusive com a apresentação de alegações finais pela acusação e pela defesa, torna prejudicada a alegação de excesso de prazo da prisão preventiva” (HC nº 86.618/MT, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 28/10/05).
8. A justa causa consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria. Logo, para se acolher a tese defensiva de que não haveria elementos para comprovar o envolvimento do paciente na prática criminosa, necessário seria o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que não se admite em sede de **habeas corpus**, na linha de precedentes.
9. Não procede a tese de nulidade das interceptações telefônicas levadas a cabo por não ter havido o esgotamento prévio de todas as possibilidades de produção da prova na espécie.
10. A decisão do juízo processante autorizando o procedimento em questão foi devidamente fundamentada, indicando com clareza a situação objeto da investigação e a necessidade da medida, mormente se levada em conta a notícia de que um dos investigados, de dentro da unidade prisional, utilizava terminal telefônico para se comunicar com os integrantes da organização criminosa e fomentar o tráfico de drogas, atendendo, portanto, a exigência prevista na lei de regência (art. 4º da Lei nº 9.296/96).
11. As demais questões suscitadas pela defesa, vale dizer, não observância do prazo previsto no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.626/96 para a análise do pedido de interceptação telefônica, bem como os supostos vícios formais no mandado de prisão e de excessos no seu cumprimento, não foram analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, por falta de discussão pela instância antecedente. Logo, sua análise, de forma originária, pelo STF, configuraria inadmissível dupla supressão de instância.
12. De todo modo os poucos documentos que instruem a impetração não permitem analisar essas questões, ainda que de ofício. Conforme a reiterada jurisprudência da Corte, “constitui ônus do impetrante instruir adequadamente o **writ** com os documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo” (HC nº 95.434/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 2/10/09).
13. Conhecimento parcial do **habeas corpus**. Ordem denegada.

Acórdãos Publicados: 393

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

CNJ - Poder Disciplinar - Competência Concorrente e Autônoma - Responsabilização de Magistrados - Procedimento Disciplinar - Garantia do “DUE PROCESS OF LAW” (Transcrições)

MS 28.891/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Órgão constitucionalmente posicionado na estrutura institucional do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A). Outorga, ao CNJ, de poder de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e de fiscalização do cumprimento, pelos magistrados, de seus deveres funcionais. O dogma republicano da responsabilização dos agentes públicos em geral. A legitimidade da apuração da responsabilidade disciplinar de juízes como natural consectário do modelo republicano. Pretendida caracterização do CNJ como tribunal de exceção, por haver sido instituído “ex post facto” (EC nº 45/2004). Não configuração. Precedentes. Inexistência, no caso, de qualquer juízo “ad hoc” ou “ad personam”. Prática impessoal e independente, pelo CNJ, de sua atividade administrativo-disciplinar, exercida, na espécie, sem qualquer conotação de índole casuística. A questão da incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador do exercício, pelo CNJ, de sua competência em matéria disciplinar. Jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, reconhecendo ser originária, autônoma e concorrente a competência do CNJ em matéria disciplinar (MS 28.003/DF – MS 29.187-AgR/DF, v.g.). Posição pessoal deste Relator, em sentido contrário, que admite a tese da subsidiariedade dessa competência disciplinar, ressalvada a ocorrência de situações anômalas (MS 28.784-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Alegação de ofensa ao postulado do “due process of

law". **Inocorrência, Observância, pelo CNJ, de todas** as prerrogativas jurídicas **que compõem** a garantia constitucional *do devido processo legal* (RMS 28.517-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Interrogatório** realizado, *no caso, sem a presença* de Advogado. **Impetrante** que, *não obstante assegurado o seu direito de fazer-se acompanhar* por Advogado, **dispensou-lhe**, *expressa e formalmente*, a presença **no curso** do interrogatório a que foi submetido, **assumindo**, em razão de tal opção, *todas as consequências dela decorrentes*. **Validade jurídica** desse ato de inquirição do impetrante. **Alegado cerceamento** do direito de defesa **que teria decorrido de suposta** limitação *ao número de testemunhas*. **Considerações** em torno dessa questão. **Iliquidez**, *no entanto*, dos fatos **subjacentes a tal objeção**, **pois** o impetrante **deixou de comprovar**, *documentalmente*, **neste "writ"** mandamental, **o seu pretendido rol ampliado** de testemunhas, **além de não haver indicado** os eventos que por elas poderiam ser esclarecidos **nem produzido cópia** do teor da decisão que indeferiu, *em sede administrativa*, referida postulação. **Ausência de comprovação**, *de outro lado*, **de qualquer prejuízo** para o impetrante, **que exerceu, plenamente**, o direito à prova. **Aproveitamento, pelo CNJ, dos elementos probatórios coligidos** no âmbito de inspeção realizada pela Corregedoria Nacional de Justiça. **Possibilidade. Doutrina. Precedentes. Direito de contestar e de criticar** as provas **produzidas, em caráter unilateral**, na fase pré-processual, **bem assim de a elas opor-se**. **Prerrogativa jurídica que foi efetivamente assegurada** ao impetrante **durante a instrução, sob o crivo do contraditório**, do processo administrativo-disciplinar. **Sindicância instaurada** perante o Tribunal de Justiça local. **Desnecessidade, em tal caso, de prévia deliberação** do órgão referido no art. 33, **parágrafo único**, da LOMAN, **por tratar-se de procedimento revestido de caráter estritamente administrativo-disciplinar**. **Suposta transgressão** ao postulado da motivação dos atos decisórios (CF, art. 93, IX). **Inocorrência. Pretendida reavaliação** dos elementos de prova que, **ponderados** pelo órgão competente, **substanciam o juízo censório proferido pelo CNJ**. **Controvérsia que implica exame aprofundado de fatos e que demanda confronto analítico de matéria essencialmente probatória. Tema que refoge aos estreitos limites** do "writ" mandamental, **em cujo âmbito não se admite a instauração incidental de dilação probatória**. **A ação de mandato de segurança configura processo de caráter tipicamente documental. Doutrina. Precedentes. Pretendida análise da proporcionalidade e da razoabilidade** da sanção constitucional imposta ao impetrante (CF, art. 93, VIII). **Inviabilidade do reexame** fundado em tais critérios. **Precedentes específicos do STF. Penalidade legitimamente aplicada** pelo Conselho Nacional de Justiça **em consonância** com a natureza grave da falta cometida, **em harmonia** com a regência normativa pertinente à matéria **e com pleno apoio** em conjunto probatório produzido *sob o signo do contraditório* no procedimento disciplinar. **Mandado de segurança denegado**.

DECISÃO: Trata-se de mandato de segurança **impetrado** contra deliberação que o E. Conselho Nacional de Justiça **proferiu** nos autos do **Processo Administrativo Disciplinar** nº 200910000019225, Rel. Cons. IVES GANDRA, **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 82/84):

"PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA SOCORRER LOJA MAÇÔNICA – ENVOLVIMENTO DE JUÍZES – ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS (CF, ART. 37) E AOS DA IMPARCIALIDADE, TRANSPARÊNCIA, INTEGRIDADE, DIGNIDADE, HONRA E DECORO DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO (LOMAN, ART. 56, II), DE PARTE DOS JUÍZES ENVOLVIDOS.

1. **A Administração Pública se pauta pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros** (CF, art. 37). O Juiz se pauta, em sua conduta, pelos princípios da imparcialidade, transparência, integridade, dignidade, honra e decore (Código de Ética da Magistratura Nacional).

2. **Fere de morte os referidos princípios e o sentido ético do magistado: a) a escolha discricionária, por parte do Presidente do TJ-MT, assistido por juiz auxiliar que se encarregava dessa tarefa, dos juízes que irão receber parcelas atrasadas, pautando-se pela avaliação subjetiva do administrador da "necessidade" de cada um; b) o pagamento das referidas parcelas sem emissão de contra-cheque, mediante simples depósito em conta do magistado contemplado, que desconhece a que título específico recebe o montante depositado; c) o direcionamento de montante maior do pagamento de parcelas atrasadas aos integrantes da administração do Tribunal (constituindo, no caso do Vice-Presidente e do Corregedor-Geral, verdadeiro pagamento de 'cala a boca', em astronômicas somas, para não se oporem ao 'esquema') e aos magistrados que poderiam emprestar o valor recebido à Loja Maçônica 'Grande Oriente do Estado de Mato Grosso', presidida pelo Presidente do Tribunal e integrada por seus juízes auxiliares, que procederam às gestões para obter empréstimos de outros magistrados (que funcionaram como verdadeiros 'laranjas', ou seja, meros intermediadores do repasse das quantias pagas), visando a socorrer financeiramente a referida Loja, pelo desfalque ocorrido em Cooperativa de Crédito por ela instituída; d) o cálculo 'inflacionado' dos atrasados abrangendo período prescrito, com adoção de índices de atualização mais favoráveis aos beneficiários e incluindo rubricas indevidas ou com alteração posterior do título pelos quais as mesmas verbas eram pagas.**

3. **Hipótese de aposentadoria compulsória dos Requeridos, proporcional ao tempo de serviço, a bem do serviço público, nos termos dos arts. 42, V, e 56, II, da LOMAN, por patente atentado à moralidade administrativa e ao que deve nortear a conduta ética do magistado, quando da montagem de verdadeiro 'esquema' de direcionamento de verbas públicas à Loja Maçônica GOEMT em dificuldades financeiras.**

Processo Administrativo Disciplinar julgado procedente." (grifei)

A presente ação mandamental **impugna** o procedimento administrativo disciplinar em referência, **sob a alegação** de que o E. Conselho Nacional de Justiça, **além de haver desrespeitado o postulado da subsidiariedade**, que, *segundo o impetrante*, **regeria a atuação** do órgão apontado como coator, **teria transgredido**, ainda, **o princípio do juiz natural, ao apurar** a responsabilidade disciplinar de membros do Poder Judiciário **em relação a fatos anteriores** à própria instalação do CNJ.

O autor deste "writ" constitucional **sustenta, ainda, a ocorrência de transgressão** à garantia constitucional do "due process of law", **eis que** o E. Conselho Nacional de Justiça **teria deixado de assegurar** ao ora impetrante, **no âmbito de mencionado procedimento administrativo disciplinar, o direito ao contraditório e à ampla defesa**.

A parte ora impetrante, *finalmente*, **apoiar** o seu pleito **na afirmação** de que a decisão administrativa, **ao aplicar** a sanção disciplinar, **não teria observado** os princípios constitucionais *da proporcionalidade e da razoabilidade*.

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, **aprovado** pela Chefia da Instituição, *opinou pela denegação* da segurança **em manifestação** que está assim ementada (fls. 619):

"Mandado de Segurança. CNJ.

Processo Administrativo Disciplinar nº 2009.10.00.001.922-5 do CNJ. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Prática de atos incompatíveis com a dignidade, honra e decore das funções da magistratura, art. 56, II, da LOMAN. Aplicação da pena de Aposentadoria Compulsória. Parecer pela denegação da ordem." (grifei)

Sendo esse o contexto, **passo a apreciar** esta impetração.

Antes de fazê-lo, *no entanto*, **assinalo** que o exame da pretensão ora deduzida **nesta sede processual suscita** reflexão **em torno** de temas **impregnados do mais alto relevo constitucional, a começar** por aquele que se refere à **legitimidade** da competência que, *em matéria disciplinar*, foi constitucionalmente outorgada ao E. Conselho Nacional de Justiça.

Como se sabe, o E. CNJ **dispõe** de competência, **em sede disciplinar, para fazer** instaurar procedimentos **destinados** a investigar e apurar **desvios funcionais, ou atos de improbidade administrativa, ou**, ainda, *outras ilicitudes de caráter jurídico-administrativo*.

Inquestionável, por isso mesmo, a integridade dessa competência em matéria disciplinar, **que traduz, mais do que uma prerrogativa jurídica, verdadeiro dever-poder** de adotar medidas **que viabilizem a plena e efetiva responsabilização disciplinar de magistrados que hajam conspurcado** o seu ofício **e transgredido** a autoridade da lei.

O estatuto jurídico que rege a atuação dos juízes **não pode** ser invocado **para excluir** a possibilidade de responsabilização penal **e/ou disciplinar dos**

magistrados faltosos, que, ao procederem com dolo ou fraude, tenham causado injusto gravame aos direitos de qualquer pessoa ou tenham revelado, em seu comportamento funcional, absoluta inadequação aos vetores axiológicos e aos parâmetros ético-jurídicos que regem a atuação dos membros do Poder Judiciário.

É sempre importante reafirmar que o princípio republicano consagra o dogma segundo o qual todos os agentes públicos, inclusive os magistrados, são responsáveis em face da lei e perante a Constituição, devendo expor-se, por isso mesmo, de maneira plena, às consequências que derivam de eventuais comportamentos ilícitos.

Impõe-se ao Poder Judiciário, por efeito do princípio republicano, como acima acentuado, o dever-poder de processar e de punir magistrados que hajam incidido em censuráveis desvios ético-jurídicos, ou em condutas ilícitas, ou, ainda, em comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa, observadas, sempre, em tais procedimentos, as garantias constitucionais reconhecidas a qualquer cidadão da República, notadamente aquelas concernentes ao “due process of law” (MS 28.889-MC-Agr/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que impedem o Estado de, agindo arbitrariamente, transgredir os limites cuja observância – resultante de nosso próprio estatuto fundamental – condiciona o legítimo exercício, pelo aparelho estatal, de seu magistério punitivo.

Os membros de Poder, como os juízes, quando atuam de modo reprovável ou contrário ao direito, vulneram as exigências éticas que devem pautar e condicionar a atividade que lhes é inerente.

A ordem jurídica não pode permanecer indiferente a condutas de quaisquer autoridades da República, inclusive juízes, que tenham eventualmente cometido reprováveis desvios éticos no desempenho da elevada função de que se acham investidas.

O sistema democrático e o modelo republicano não admitem nem podem tolerar a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade, que representam fatores de preservação da ordem democrática e que constituem elementos de concretização da ética republicana, por cuja integridade todos, sem exceção, devemos velar, notadamente aqueles investidos em funções no aparelho de Estado, quer no plano do Poder Executivo, quer na esfera do Poder Legislativo, quer, ainda, no âmbito do Poder Judiciário.

Na realidade, a gestão republicana do poder, a composição dos corpos judiciários e a escolha de juízes expõem-se, em plenitude, aos postulados ético-jurídicos da probidade e da moralidade e representam exigência incontornável imposta pela ordem democrática.

Inquestionável, bem por isso, a alta importância da vida ílibada dos magistrados, pois a probidade pessoal e a moralidade administrativa representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública.

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes austeros, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos condicionadores do exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demais proclamá-lo – traduz prerrogativa insuprimível da cidadania.

Tenho reconhecido, por isso mesmo, que a probidade e a moralidade traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação, composição, atuação e fiscalização dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, quando se cuidar da prática da jurisdição censória, as cláusulas constitucionais que conformam, que condicionam e que subordinam o exercício dos poderes estatais, qualquer que seja a dimensão em que se projetem.

A defesa dos valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício da magistratura traduz medida da mais elevada importância e significância para a vida institucional do País.

Daí a necessidade de atenta vigilância sobre a conduta, pessoal e funcional, dos magistrados em geral, em ordem a evitar que eles desrespeitem os valores que condicionam o exercício correto e independente da função jurisdicional.

Assentadas tais premissas, que se apoiam no reconhecimento de que ninguém, inclusive os próprios magistrados, está acima da autoridade das leis e da Constituição da República, impende examinar a questão suscitada na presente impetração concernente à incidência, ou não, do postulado da subsidiariedade como requisito legitimador da prática concreta, pelo E. Conselho Nacional de Justiça, de sua competência em matéria correcional, disciplinar e/ou administrativa.

Ao assim proceder, observo que o exame da matéria pertinente à competência originária do E. Conselho Nacional de Justiça, muito embora revestida de natureza constitucional (CF, art. 103-B, § 4º), revela, no plano da jurisdição disciplinar, a existência, nesse contexto, de notória situação de tensão dialética, que põe em confronto, de um lado, a autonomia institucional do Poder Judiciário e, de outro, o poder censório outorgado a órgão (o CNJ) posicionado na estrutura central do aparelho de Estado.

É certo que, ao apreciar o tema do caráter subsidiário da atuação do E. Conselho Nacional de Justiça (MS 28.712-MC-Agr/DF, MS 28.743-MC/DF, MS 28.799-MC/DF, v.g.), tive o ensejo de assinalar que só se revelaria legítimo o exercício, pelo CNJ, de seu poder censório, viabilizador da imposição de sanções de índole disciplinar, se e quando configurada qualquer das situações anômalas a que então aludi em anterior decisão nesta causa.

Com efeito, embora seja essa uma posição pessoal e minoritária no Tribunal, entendo unicamente possível ao E. Conselho Nacional de Justiça exercer, desde logo, em sede originária, a sua competência disciplinar, desde que registradas hipóteses caracterizadoras de situações anômalas (que identifiquei em rol meramente exemplificativo), tais como: (a) inércia do Tribunal competente para a instauração do procedimento administrativo-disciplinar; (b) simulação investigatória; (c) procrastinação indevida; e (d) incapacidade de atuação do Tribunal incumbido da atividade correcional:

“**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JURISDIÇÃO CENSÓRIA. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DE MAGISTRADOS. LEGITIMIDADE DA IMPOSIÇÃO, A ELES, DE SANÇÕES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA. A RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES: UMA EXPRESSÃO DO POSTULADO REPUBLICANO. CARÁTER NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA: GARANTIA CONSTITUCIONAL DE CARÁTER OBJETIVO. EXERCÍCIO PRIORITÁRIO, PELOS TRIBUNAIS EM GERAL, DO PODER DISCIPLINAR QUANTO AOS SEUS MEMBROS E AOS JUÍZES A ELES VINCULADOS. A QUESTÃO DAS DELICADAS RELAÇÕES ENTRE A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS E A JURISDIÇÃO CENSÓRIA OUTORGADA AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE A PRETENSÃO DE AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS E O PODER DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA ESTRUTURA CENTRAL DO APARELHO JUDICIÁRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO REQUISITO LEGITIMADOR DO EXERCÍCIO, PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, DE UMA COMPETÊNCIA COMPLEMENTAR EM MATÉRIA CORRECCIONAL, DISCIPLINAR E ADMINISTRATIVA. PAPEL RELEVANTE, NESSE CONTEXTO, PORQUE HARMONIZADOR DE PRERROGATIVAS ANTAGÔNICAS, DESEMPENHADO PELA CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDADE. COMPETÊNCIA DISCIPLINAR E PODER DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: EXERCÍCIO, PELO CNJ, QUE PRESSUPÕE, PARA LEGITIMAR-SE, A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÕES ANÔMALAS E EXCEPCIONAIS REGISTRADAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS EM GERAL (HIPÓTESES DE INÉRCIA, DE SIMULAÇÃO INVESTIGATÓRIA, DE PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA E/OU DE INCAPACIDADE DE ATUAÇÃO). PRESENÇA CUMULATIVA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS CONFIGURADORES DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E DO ‘PERICULUM IN MORA’. SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DA PUNIÇÃO IMPOSTA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CONSISTENTE EM APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DO MAGISTRADO POR INTERESSE PÚBLICO (CF, ART. 93, VIII, c/c O ART. 103-B, § 4º, III). MEDIDA CAUTELAR QUE SE DEFERE EM JUÍZO DE RECONSIDERAÇÃO.”**

(MS 28.784-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí porque então sustentei que o desempenho da atividade fiscalizadora (e eventualmente punitiva) do E. Conselho Nacional de Justiça deveria ocorrer somente nos casos em que os Tribunais – havendo tido a possibilidade de exercerem, eles próprios, a competência disciplinar e correcional de que se acham ordinariamente investidos – deixassem de fazê-lo (inércia), ou pretextassem fazê-lo (simulação), ou demonstrassem incapacidade de fazê-lo (falta de independência), ou, ainda, entre outros comportamentos evasivos, protelassem, sem justa causa, o seu exercício (procrastinação indevida).

Ocorre, no entanto, que a controvérsia constitucional suscitada pela parte impetrante na presente causa **veio a ser amplamente** debatida, *em momento posterior ao do ajuizamento desta ação mandamental*, **nos autos da ADI 4.638-MC-REF/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **tendo o Plenário** desta Suprema Corte **estabelecido, em julgamento majoritário** (no qual fiquei vencido), **entendimento diverso** do ora sustentado pelo autor deste “writ”, **que invocou, como um dos fundamentos legitimadores** de sua pretensão mandamental, **ofensa ao princípio da subsidiariedade**.

Cabe ressaltar, bem por isso, a propósito de referido postulado, que o Supremo Tribunal Federal, *em outro julgado*, **veio a reafirmar** a diretriz jurisprudencial por mim anteriormente aludida, **valendo destacar, por ser expressiva dessa orientação, a decisão** que, **proferida pelo E. Plenário** desta Suprema Corte, **restou consubstanciada** em acórdão que, *no ponto*, está assim ementado:

“(…) 6) **A competência originária do Conselho Nacional de Justiça resulta do texto constitucional e independe de motivação do referido órgão, bem como da satisfação de requisitos específicos. A competência do CNJ não se revela subsidiária.**”
(MS 28.003/DF, Red. p/ o acórdão Min. LUIZ FUX – grifei)

Esse **mesmo** entendimento, *até mesmo em razão do postulado da colegialidade*, **tem sido observado** em sucessivas decisões proferidas *por ambas as Turmas* desta Suprema Corte (MS 28.620/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – MS 29.465-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 30.568-AgR/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – MS 32.581-AgR/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.), **inclusive pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal:

“**Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Atuação dos tribunais. Caráter originário e autônomo. Precedentes.** Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. **A competência do Conselho Nacional de Justiça deriva da Carta Magna e é originária e autônoma, não tendo caráter subsidiário no que se refere a matéria disciplinar.**

2. **Agravo regimental ao qual se nega provimento.**”

(MS 29.187-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Não obstante a minha pessoal convicção, que acolhe exegese restritiva a propósito do tema em exame, **fundada na necessidade de respeitar** a garantia da autonomia institucional dos Tribunais judiciários em geral, *de um lado*, e o postulado da subsidiariedade, *de outro*, **tal como expus** nas decisões anteriormente mencionadas, **devo ajustar** o meu entendimento à diretriz jurisprudencial **prevalente** nesta Suprema Corte, **em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade, motivo pelo qual reconheço a possibilidade** de o E. Conselho Nacional de Justiça agir **autonomamente em tema de apuração de responsabilidade disciplinar** dos membros do Poder Judiciário, **tal como se verificou no caso ora em exame**.

Reconhecida, desse modo, a ocorrência, na espécie, de hipótese apta a justificar a instauração, **em caráter originário e autônomo**, da competência disciplinar do E. CNJ, **cumprir verificar se a sua atuação teria transgredido, segundo alega a parte impetrante, o princípio do juiz natural**.

Sustenta-se, quanto a tal aspecto, que a imposição, ao impetrante, da sanção ora questionada teria desrespeitado o postulado do juiz natural, pois os fatos ensejadores da punição em causa teriam ocorrido em momento anterior ao da promulgação da EC n° 45/2004 e, até mesmo, ao da instalação, em 14/06/2005, do E. Conselho Nacional de Justiça.

Em outras palavras: o E. Conselho Nacional de Justiça, por haver sido instituído e instalado “ex post facto”, qualificar-se-ia como verdadeiro tribunal “ad hoc”, que teria exercido, por isso mesmo, de modo ilegítimo a jurisdição censória que lhe foi atribuída em sede constitucional.

Não se questiona a asserção de que as sanções **ou** medidas restritivas de direitos **só podem** ser **validamente** impostas **com estrita observância da cláusula constitucional da naturalidade do juízo**, vale dizer, **somente se legitimam** quando aplicadas **“pela autoridade competente”** (CF, art. 5°, incisos XXXVII e LIII).

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância **em face** do caráter de fundamentalidade **de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural**.

É certo que o postulado da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e que condicionam** o desempenho, *por parte do Poder Público*, das funções de caráter penal-persecutório **ou** da atividade de natureza administrativo-disciplinar (ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “Processo Administrativo Disciplinar”, p. 332/337, item n. 8.2, 2ª ed., 2003, Max Limonad, v.g.), **ainda** que o domínio natural de sua incidência seja, **em princípio**, o procedimento de índole judicial.

A análise do contexto emergente **deste** processo mandamental, *no entanto*, **revela** que esse postulado fundamental **não foi transgredido** pelo E. Conselho Nacional de Justiça, **pois a jurisdição censória que lhe foi cometida adveio de norma impregnada de estatura constitucional e que, por veicular prescrição geral, impessoal e abstrata, não permite** substantivar **a alegação** de que aquele órgão administrativo, **posicionado** na estrutura institucional do Poder Judiciário, **equivaleria** a um tribunal “ad hoc”, **tal como já decidiu** o Supremo Tribunal Federal (MS 25.962/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno):

“**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – ATUAÇÃO – TERMO INICIAL.** A atuação fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça **não ficou balizada no tempo, considerada a Emenda Constitucional n° 45/2004.**” (grifei)

Ao contrário, o E. Conselho Nacional de Justiça **agiu de modo rigorosamente impessoal, praticando, de maneira regular, atos incluídos** na esfera **constitucional** de suas atribuições, **não se registrando, em consequência, qualquer** atuação **“ultra vires”** do órgão ora apontado como coator.

Vale enfatizar, no ponto, que a instituição do E. Conselho Nacional de Justiça **tem** suporte em diploma normativo **revestido de autoridade constitucional e que foi promulgado sem qualquer conotação de índole casuística, dotado** de eficácia geral **e qualificado, quanto aos seus destinatários, por critério de evidente indeterminação subjetiva, circunstâncias essas que descaracterizam** a alegação de que o órgão em questão **subsumir-se-ia** à noção de tribunal “ad hoc”.

Na verdade, a instituição do E. Conselho Nacional de Justiça, veiculada em regra de índole constitucional (EC n° 45/2004), ajusta-se, com absoluta precisão, à advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“O Processo Penal na Atualidade”, “in” “Processo Penal e Constituição Federal”, p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/Amagis, São Paulo), **para quem** “(...) **autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto, explícita ou implicitamente, pois, se assim não fosse, a lei poderia burlar as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, criando outros órgãos para o processo e julgamento de determinadas infrações**” (grifei).

Registre-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, quer por seu Plenário (HC 88.660/CE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.), **quer** por suas Turmas (HC 91.253/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 91.509/RN, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.), **já proclamou** que a criação, *até mesmo*, de órgãos judiciários **investidos de competência para o processo e julgamento de determinados ilícitos penais, embora** determinada por ato **posterior** à prática do delito, **não** transgredir o princípio do juiz natural, **pelo fato de inexistir, com a adoção de tal providência “ex post facto”, qualquer** regulação casuística **ou** estabelecida **“ad personam”, a significar, portanto, que, mesmo** tratando-se de processo **de índole judicial (e de caráter penal), a ulterior** instituição de órgão judiciário especializado **“ratione materiae” não** representa, *só por si*, **ofensa** ao postulado da naturalidade do juízo **nem** traduz a materialização de um **tribunal de exceção**.

Há a considerar, de outro lado, a alegação de que o E. Conselho Nacional de Justiça **teria deixado de observar** os requisitos essenciais, *de índole constitucional, inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa*.

O E. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como **qualquer outro** órgão estatal, **está inteiramente subordinado** à autoridade da Constituição **e** das leis da República.

Isso significa, portanto, que o CNJ não pode, nos procedimentos administrativos perante ele instaurados, transgredir postulados básicos **como a garantia** do “due process of law”, **que representa indisponível prerrogativa de índole constitucional assegurada** à generalidade das pessoas.

Tenho para mim, na linha de decisões **que proferi** nesta Suprema Corte (RMS 28.517-AgR/DF, v.g.), **que se impõe reconhecer, mesmo em sede de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou de seus direitos sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante **entre** o Estado, *de um lado*, e o indivíduo **ou** os agentes públicos, *de outro*.

Cumpra ter presente, *bem por isso*, **que o Estado**, por seus agentes **ou** órgãos (como o CNJ, p. ex.), **não pode**, *em tema de restrição* à esfera jurídica de qualquer pessoa, **exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois** – *cabe enfatizar* – **o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder Público **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais **exige a fiel observância do princípio do devido processo legal** (CF, art. 5º, LV), *consoante adverte autorizado magistério doutrinário* (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia** que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida, ou não**, de caráter punitivo (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“**RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’.**

– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou de restrição a direitos, qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em limitação de direitos – **exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo** (CF, art. 5º, LV), **a fiel observância do princípio do devido processo legal.**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo uma insuprimível garantia** que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.”** (RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O exame da garantia constitucional do “due process of law” **permite nela identificar**, em seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais** à sua própria configuração, **entre os quais avultam**, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) **direito ao contraditório e à plenitude de defesa**; (e) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (privilegio contra a auto- incriminação); e (k) **direito** à prova.

O contexto processual delineado nos autos – *presentes tais considerações e tendo em vista*, ainda, que se observaram **todas** as prerrogativas em que se desenvolve a garantia **do devido processo** – **bem evidencia a regularidade jurídico-formal** do procedimento disciplinar **instaurado** contra o ora impetrante, **cabendo destacar**, ante a sua inteira correção, **o parecer** do Ministério Público Federal, **do qual destaco** o seguinte fragmento (fls. 633/635):

“47. **A alegada ofensa ao devido processo legal, interrogatório do PAD nº 2009.10.00.001922-5 realizado em 16 e 17-9-2009 sem a presença de advogado, foi superada. Em 7-5-2008 (DO de 16-5-2008), o Pleno do STF aprovou a Súmula Vinculante nº 5 (...).**

48. **Em relação às demais alegações do impetrante, adotam-se os fundamentos do parecer da Procuradoria-Geral da República no PAD nº 2009.10.00.001.922-5, do qual vale destacar:**

(...) 20. **Sustentou o Magistrado**, preliminarmente, a nulidade do procedimento investigatório que serviu de base ao presente feito, diante da incompetência absoluta do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso para investigar criminalmente magistrado que ocupa o cargo de desembargador; e da auditoria externa que subsidiou o referido procedimento, em virtude de ter sido realizada por empresa particular, sendo o laudo assinado por um único perito.

21. **Não merece prosperar a preliminar arguida.**

22. **Verifica-se que investigação levada a efeito pelo Corregedor-Geral de Justiça ORLANDO DE ALMEIDA PERRI**, denominado Procedimento Investigatório Criminal nº 05/2007, tinha por objeto, inicialmente, a suposta apropriação de verbas públicas por servidores e juízes de 1º grau do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, encontrando-se tal apuração dentro das atribuições inerentes ao seu cargo, consoante determina o art. 43, inciso LVII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação.

23. **No decorrer daquela investigação**, surgiram novos fatos e indícios de envolvimento de Desembargadores nas irregularidades apontadas, o que motivou o encaminhamento das conclusões pelo Corregedor-Geral de Justiça ao Conselho Nacional de Justiça por meio do Ofício nº 205/2008/GAB/CGJ, de 11 de abril de 2008.

24. **Nesse Conselho**, o procedimento instaurado perante a Corregedoria de Justiça Estadual foi equiparado à sindicância que, na condição de mero instrumento preparatório, prescinde de formalidades ou de contraditório, que ficam postergados para o eventual processo censório, conforme decidido na Reclamação Disciplinar nº 2008.10.00.000795-4:

25. **Ademais**, eventuais irregularidades ocorridas na fase de sindicância não possuem o condão de macular o procedimento administrativo disciplinar instaurado posteriormente.” (grifei)

Vê-se, portanto, que a douta Procuradoria-Geral da República, **ao opinar pela denegação** do “writ”, **claramente destacou**, em seu fundamentado parecer, que o impetrante **não sofreu qualquer indevida restrição** em seu direito de defesa, que foi por ele exercido **em plenitude**.

Com efeito, o E. Conselho Nacional de Justiça, **ao editar** a Portaria nº 002/2009, **veiculadora** de imputação disciplinar contra o ora impetrante, **delineou de forma precisa os limites de referida acusação, sumariando-lhe, de modo claro e objetivo, os fatos e ilícitos disciplinares** que ao autor do presente “writ” mandamental foram atribuídos.

O impetrante **foi, oportunamente, intimado em caráter pessoal** para apresentar defesa escrita no prazo regulamentar, **sendo-lhe facultada vista do processo**.

Assegurou-se ao ora impetrante **o direito** à autodefesa e à defesa técnica (esta efetivamente exercida por Advogado constituído), **sendo certo, ainda, que se lhe ensejou a possibilidade** de acompanhar **todos** os atos e termos do processo disciplinar, **quer** arrolando e reinquirindo testemunhas, **quer** requerendo diligências de caráter instrutório, **quer** tendo acesso e vista referentemente aos autos, **sem quaisquer obstáculos ou restrições**.

É por tal motivo que entendo **não assistir razão** ao impetrante **quando** este alega nulidade absoluta do procedimento disciplinar em questão, **com a consequente invalidade** da punição a ele aplicada, **apoiando-se, quanto a tal pretensão, no fato** de o interrogatório **promovido** pelo E. Conselho Nacional de Justiça haver sido realizado **sem** a presença do Advogado que esse mesmo impetrante constituía.

É que o exame dos autos, *tal como enfatizado* pelo Ministério Público em seu douto parecer, **revela que, não obstante assegurada** ao impetrante, *pelo*

eminente Conselheiro Relator, **o direito de fazer-se acompanhar** por Advogado ao longo de todo o itinerário procedimental, **ainda assim** o próprio impetrante **veio a optar, expressamente, por dispensar** a presença de seu defensor técnico no curso da audiência em que se efetivou o seu interrogatório e o dos demais investigados.

Impõe-se registrar, por oportuno, que o Plenário desta Suprema Corte, **ao apreciar o RE 434.059/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **reconheceu que a ausência de Advogado constituído ou de defensor dativo, por si só, não importa em nulidade** do procedimento administrativo disciplinar, **cabendo destacar, por expressiva desse entendimento, a ementa** de referido julgamento:

“Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.” (grifei)

Em consequência de mencionado precedente, **o Pleno** deste Tribunal **editou a Súmula Vinculante nº 5, que possui o seguinte conteúdo:**

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” (grifei)

Torna-se importante reafirmar, no entanto, que não ocorreu, na espécie, falta de defesa técnica, **eis que o magistrado impetrante tinha** Advogado por ele constituído, **mas cuja presença no ato de interrogatório – insistia-se – veio a ser por ele próprio dispensada**, como anteriormente anotado.

Cabe ter presente, de outro lado, no que se refere à alegação de que a defesa do impetrante **teria sido prejudicada “em razão da limitação do número de testemunhas”**, que tal afirmação **não se acha devidamente demonstrada, mediante** prova literal **pré-constituída, imprescindível à comprovação** – que se impõe efetivada **“ex ante” – da liquidez** dos fatos subjacentes ao direito subjetivo neles apoiado.

Não se desconhece que a jurisprudência dos Tribunais (**HC 26.834/CE**, Rel. Min. PAULO MEDINA, v.g.), **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal (**MS 26.961-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **tem reconhecido**, na análise dessa específica questão suscitada nestes autos, **que o número máximo de testemunhas** a que se refere o art. 401 do CPP (a que correspondia o art. 398, hoje derogado) – **também aplicável** à instrução probatória no âmbito de processos disciplinares instaurados pelo E. Conselho Nacional de Justiça (**Resolução CNJ nº 135/2011**, art. 18, § 3º) – **há de ser aferido em face de cada fato** imputado ao acusado (**HC 72.580/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RHC 65.673/SC**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.).

Esse entendimento jurisprudencial reflete-se, de igual modo, no magistério doutrinário (DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 317, 21ª ed., 2004, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 1.057, 11ª ed., 2007, Atlas; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 669, 6ª ed., 2007, RT; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 241, 2007, Lumen Juris; EDILSON MOUGENOT BONFIM, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 592, 2007, Saraiva, v.g.), **valendo referir, no ponto**, ante a sua inquestionável pertinência, **a lição** de HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN (“Comentários ao Código de Processo Penal”, p. 766, Manole):

“(…) o melhor entendimento exegético é no sentido de que o número de testemunhas refere-se a cada fato ou imputação mencionada na peça postulatória pública ou privada, dando oportunidade para que sejam mais bem demonstradas as questões fáticas e, com isso, possibilitando a produção de melhor e mais amplo material de conhecimento para que o magistrado forme sua persuasão racional e para que as partes exibam, de forma mais completa, sua prova oral.” (grifei)

Tenho para mim, tal como assinaei em anterior decisão proferida nesta Suprema Corte (**MS 26.961-MC/DF**), que essa orientação – **tanto** doutrinária **quanto** jurisprudencial – **é a que mais se ajusta** aos propósitos **visados** pelo legislador constituinte, **quando determina**, em respeito à exigência do contraditório e da amplitude de defesa, **a observância, pelo Poder Público, da garantia** indisponível do “due process of law”, **mesmo se se tratar de processo de índole administrativa.**

Ocorre, no entanto, como anteriormente enfatizado, que o ora impetrante **não instruiu** o presente “writ” constitucional **com o correspondente rol de testemunhas** por ele **alegado**mente apresentado no âmbito do processo administrativo disciplinar em questão, **tampouco produziu cópia** da decisão do Conselheiro Relator **que impôs limitação** ao número de testemunhas a serem indicadas pela Defesa (“DESP174” e “DESP222”), **sendo certo, ainda**, que o autor deste “writ” **sequer indicou**, em sua petição inicial, **quais teriam sido** as testemunhas **arroladas** pela Defesa **ou** os fatos **em relação** aos quais **se lhe negou** o pretendido direito à prova testemunhal, **o que inviabiliza**, no ponto, **por iliquidez, a análise** em torno do alegado cerceamento ao direito de defesa.

Como se sabe, a ação de mandado de segurança **faz instaurar processo de caráter eminentemente documental, a significar** que a pretensão jurídica deduzida pela parte impetrante **há de ser demonstrada mediante** produção de provas documentais **pré-constituídas aptas a evidenciar** a alegada ofensa a direito líquido e certo **supostamente** titularizado pelo autor do “writ” mandamental (**MS 24.272/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **MS 25.446/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **MS 26.284/DF**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 28.932/DF**, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – **MS 31.681/DF**, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.):

“MANDADO DE SEGURANÇA – PETIÇÃO INICIAL DESACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR DOS FATOS ALEGADOS – INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – FATOS INCONTROVERSOS E INCONTTESTÁVEIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– Refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes.

– A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes.”

(**MS 23.190-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pleno**)

Isso significa **que a natureza eminentemente documental do processo de mandado de segurança torna incontornável** a exigência de que a parte impetrante **produza, “ex ante”, elementos de informação que efetivamente comprovem** a situação de fato **invocada** na impetração mandamental, em contexto **impregnado da necessária liquidez, pois, ausente o elemento de certeza, a alegação** do autor do “writ” constitucional **não terá relevo processual algum.**

Impunha-se, pois, à parte ora impetrante cumprir a obrigação processual **de produzir, desde logo, com a inicial**, os documentos **essenciais** ao exame da postulação veiculada **nesta** causa mandamental.

Ainda que assim não fosse, a análise destes autos **não evidencia, no processo em questão**, a ocorrência de **qualquer** prejuízo para o impetrante, **eis que o eminente Conselheiro Relator realizou a oitiva de vinte e duas (22) testemunhas** arroladas, **procedeu ao interrogatório** dos magistrados requeridos **e à tomada de depoimentos** que foram prestados por alguns dos juízes na condição de informantes, **e determinou, ainda, a inquirição** do Senhor Jayme Campos, **então Senador da República, na qualidade** de testemunha referida, **assegurando-se, desse modo**, ao impetrante **o exercício pleno** do direito à prova.

Impõe-se ter presente, por necessário, que a **disciplina normativa** das nulidades no sistema jurídico brasileiro **rege-se** pelo princípio “*pas de nullité sans grief*”. **Esse postulado básico** tem por finalidade **rejeitar o excesso de formalismo**, desde que a eventual preterição de determinada providência legal **não tenha causado** prejuízo para qualquer das partes.

Cumpre enfatizar, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal **tem exigido** a comprovação de **efetivo prejuízo** à parte, sempre que ela objetivar a declaração, **mesmo em sede processual penal**, de nulidade de um determinado ato processual (**AI 802.459-AgR-segundo/PI**, Rel. Min. LUIZ FUX – **ARE**

816.021-AgR/RN, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – **MS 24.911/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **MS 25.886/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 31.199/DF**, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.):

“*Este Tribunal, em várias oportunidades, firmou o entendimento de que, não havendo prejuízo para qualquer das partes, nenhum ato processual será declarado nulo, conforme o brocardo ‘pas de nullité sans grief’.* No caso dos autos, não houve tal comprovação. Não há que falar, portanto, em cerceamento de defesa. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.”

(**AI 764.402-AgR/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Sustenta-se, ainda, na presente impetração, que a punição disciplinar **infligida** ao impetrante **ter-se-ia apoiado**, *essencialmente*, nos elementos de prova coligidos no âmbito **da Inspeção** nº 20091000008693, **realizada** pela Corregedoria Nacional de Justiça, em cujo âmbito **não se observou**, segundo se alega, a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Não questiono a afirmação de que as sanções disciplinares fundadas *unicamente* em prova produzida na fase **pré-processual** da sindicância **não podem subsistir** contra o administrado, **sob pena de gravíssima afronta** à cláusula constitucional **que confere** ao acusado o direito ao contraditório e à plenitude de defesa.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, **apreciando** tal questão **no plano** da persecução penal, **repudiva** a possibilidade de o Poder Judiciário **fundamentar** sentenças penais condenatórias em provas produzidas *tão somente* no contexto de investigações policiais **ou** de inquéritos parlamentares promovidos por Comissões Parlamentares de Inquérito, **sem** que tais elementos probatórios **venham a ser renovados**, *em juízo*, **sob a égide** da garantia constitucional do contraditório:

“*A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (‘informatio delicti’) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.*”

(**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa diretriz jurisprudencial – *segundo a qual* “*É nula a decisão proferida em processo que correu em branco, sem que nenhuma prova fosse produzida em juízo*” (**RT 520/484** – grifei) – **encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**Tratado de Direito Processual Penal**”, vol. I/104 e 194, 1980, Saraiva; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “**Processo Penal – O Direito de Defesa**”, p. 56, item n. 14, 1986, Forense, v.g.).

Se é certo, de um lado, que punições disciplinares **não podem** apoiar-se, *unicamente*, em elementos produzidos, *de modo unilateral*, no curso de sindicâncias, **o que é vedado pela garantia constitucional** do contraditório, **não é menos exato**, de outro, **como ocorre** no âmbito dos processos de natureza penal, que “*Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo*” (**RE 425.734-AgR/MG**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei).

Desse modo, o reconhecimento de eficácia e de valor probantes aos elementos informativos obtidos **em inspeção** realizada pela Corregedoria Nacional de Justiça **não implica transgressão** à garantia constitucional do contraditório, **pois sempre será lícito e possível** ao acusado, **no âmbito** do processo administrativo disciplinar, **contestar e criticar** todas as provas produzidas **de modo inquisitivo** na fase pré-processual, **bem assim** a elas *opor-se, podendo, inclusive, requerer outras*, em ordem a infirmar, *até mesmo*, as conclusões produzidas na fase extrajudicial.

Registra-se, em tal situação, **hipótese de contraditório diferido**, que representa, **por parte** do Estado, **efetiva observância** da cláusula constitucional **que garante**, no contexto dos procedimentos administrativo- disciplinares, **a prerrogativa** do “*due process of law*”.

Precisa, no ponto, **a lição** de EUGÊNIO PACELLI e de DOUGLAS FISCHER (“**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**”, p. 305, item n. 155.3, 4ª ed., 2012, Atlas):

“(…) em tais situações, **o contraditório é ‘diferido’**, ou seja, **é adiado** – *da fase de investigação para a fase de instrução* –, **permitindo-se** que a defesa **levante objeções técnicas**, do ponto de vista jurídico ou tecnológico, **àquele material realizado sem o controle judicial** (…).” (grifei)

É que a inspeção, enquanto mera atividade *de natureza instrutória*, **não veicula qualquer** sanção de índole disciplinar, **pois constitui simples peça informativa destinada a subsidiar**, com elementos idôneos, eventual ação disciplinar **a ser promovida** por órgão administrativo competente (**MS 21.635/PE**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **MS 22.122/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.803/DF**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.):

“**Mandado de Segurança. 2. Pretendida anulação de ato de demissão com retorno ao cargo antes ocupado. Alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** 3. A pena de demissão **não resultou** da sindicância, **mas, sim, de posterior** processo administrativo disciplinar, **no qual foi assegurado** o exercício de ampla defesa. 4. Hipótese em que a sindicância **é mero procedimento preparatório** do processo administrativo disciplinar. 5. Mandado de Segurança **indeferido.**”

(**MS 23.410/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Pleno** – grifei)

Vê-se, portanto, que, em situações como a de que ora se cuida, **a sindicância, assim também a inspeção, por constituir** procedimento *de caráter unilateral e inquisitivo*, em cujo âmbito **não se impõe** a observância do postulado do contraditório, **precisamente em virtude da natureza preparatória** de que se reveste esse meio de apuração, **representa** instrumento *de facultativa utilização* pelo Estado, que **sempre** poderá, **uma vez presentes** elementos informativos idôneos, **fazer instaurar, desde logo, o pertinente** processo administrativo-disciplinar, **hipótese** em que **deverá respeitar, aí sim, sem qualquer restrição, sob pena de nulidade**, a garantia constitucional do direito de defesa (**RTJ 153/831**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **MS 21.721/RJ**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **MS 21.726/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

“**DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO QUE ANTECEDE A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 5.**

1. **O Supremo Tribunal Federal já assentou ser dispensada a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer da sindicância, procedimento que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar. Precedentes.**

2. **‘A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’ (Súmula Vinculante 5).**

3. **Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.**

4. **Agravo regimental a que se nega provimento.”**

(**RE 715.790-AgR/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

Revela-se incensurável, por identidade de razões, a decisão **emanada** do E. Conselho Nacional de Justiça **que determinou o aproveitamento** dos elementos documentais **produzidos** pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso **no âmbito** do Procedimento Investigatório Criminal nº 05/2007, **com a consequente incorporação** de referidas peças aos autos do procedimento administrativo disciplinar ora questionado (**PAD** nº 200910000019225).

Nem se alegue, quanto a esse ponto, **que a instauração** do Procedimento Investigatório Criminal nº 05/2007 **perante** a Corregedoria-Geral de Justiça

do Estado de Mato Grosso, **sem prévia autorização** do órgão especial do E. Tribunal de Justiça local, **teria transgredido** a regra inscrita *no parágrafo único* do art. 33 da LOMAN.

É que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 94.278/SP**, Rel. Min. MENEZES DIREITO, **interpretando** o alcance de referido dispositivo legal, **reconheceu não ser necessária** prévia deliberação da Turma ou do Órgão competente do Tribunal de Justiça **para autorizar a instauração de inquérito judicial** (ou administrativo) **contra membro do Poder Judiciário, cabendo, na verdade, ao órgão referido** no art. 33, **parágrafo único**, da LOMAN, **tão somente, o recebimento ou a rejeição** da peça acusatória eventualmente oferecida.

Cumprir destacar, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, **a seguinte passagem** do voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO **proferiu** por ocasião de mencionado julgamento plenário:

“Cabe à Corte Especial receber ou rejeitar a denúncia, conforme o caso, sendo desnecessária a sua autorização para a instauração de inquérito judicial. Entendo que não se pode dar ao art. 33, parágrafo único, da LOMAN esse alcance. Ao contrário, o que ali se contém é a indicação de que, havendo indício da prática de crime por parte de Magistrado, desloca-se a competência ao Tribunal competente para julgar a causa a fim de que prossiga a investigação. É, portanto, regra de competência. No Tribunal, o inquérito é distribuído ao Relator, a quem cabe determinar as diligências próprias para a realização das investigações, podendo chegar até ao arquivamento. No dispositivo não existe conteúdo normativo impondo seja submetida ao órgão colegiado desde logo a autorização para que siga o inquérito. A investigação prosseguirá no Tribunal competente sob a direção do Relator ao qual for distribuído o inquérito, cabendo-lhe, portanto, dirigir o inquérito.” (grifei)

Vê-se de referido precedente que a situação **exposta** pelo ora impetrante **não se ajusta** à hipótese **prevista** no preceito legal mencionado, **pois o mero aproveitamento** das peças informativas **produzidas** no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça estadual, **com a sua incorporação** aos autos do PAD nº 200910000019225, **de que resultou** a deliberação do E. Conselho Nacional de Justiça ora impugnada **nesta** sede processual, **destinou-se não** a propiciar o recebimento de qualquer peça acusatória para efeito da persecução criminal, **mas, unicamente**, a compor o acervo informativo **necessário** ao esclarecimento dos fatos, **para fins** de caráter **estritamente** administrativo-disciplinar.

Tenho para mim, presentes as razões que venho de expor, que o ato punitivo aplicado ao ora impetrante, **como anteriormente enfatizado nesta decisão, emanou de autoridade competente**, que o praticou **de modo regular, em face** de elementos probatórios **juridicamente idôneos produzidos** no procedimento disciplinar instaurado perante o E. CNJ e cujos dados de informação **evidenciaram a realidade do ilícito comportamento funcional** do autor do “writ”, **de todo incompatível** com a dignidade do seu cargo e a seriedade e correção das atividades funcionais a ele inerentes.

Forçoso concluir-se, pois, que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram plenamente observados ao longo do procedimento administrativo-disciplinar **regularmente instaurado** perante o E. Conselho Nacional de Justiça contra o ora impetrante.

De outro lado, no que concerne à suposta transgressão ao postulado da motivação dos atos decisórios (CF, art. 93, IX), **observe** que as razões em que se apoia o ato apontado como coator **mostram-se compatíveis** com referido princípio constitucional, **especialmente** se se considerar **que a jurisprudência** firmada pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 170/627-628, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) **orienta-se no sentido de que** “O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial **seja fundamentada. Não que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional”** (RTJ 150/269, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei).

Vale ter presente, a respeito do sentido que esta Corte tem dado à **norma** inscrita **no inciso IX** do art. 93 da Constituição, **que os precedentes** deste Tribunal **desautorizam a abordagem hermenêutica** feita pela parte impetrante, **como se deduzisse** de diversos julgados (AI 529.105-AgR/CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AI 637.301-AgR/GO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – AI 731.527-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES – AI 838.209-AgR/MA, Rel. Min. GILMAR MENDES – AI 840.788-AgR/SC, Rel. Min. LUIZ FUX – AI 842.316-AgR/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – RE 327.143-AgR/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), **notadamente** daquele **proferido** no exame do AI 791.292-QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, **em cujo âmbito reconheceu-se, a propósito** da cláusula constitucional mencionada, **a existência** de repercussão geral, em decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(…) 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.”

(AI 791.292-QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Demais disso, é de observar-se que, no caso presente, a parte impetrante **sustenta** que a deliberação **emanada** do E. Conselho Nacional de Justiça **mostra-se inválida** em face da insuficiência de sua motivação, **porque** apoiada em afirmações **que não encontram correspondência** em suporte probatório que possa legitimá-las.

Essa linha de questionamento, que se fundamenta em alegações cuja constatação **depende** do exame de matéria fático-probatória, **encontra obstáculo, como se sabe**, na própria natureza do processo mandamental, que, por ostentar perfil eminentemente documental, **não** permite **nem** admite qualquer dilação probatória cuja instauração incidental mostre-se eventualmente necessária para demonstrar a realidade dos fatos subjacentes às objeções invocadas.

No caso ora em exame, impôs-se ao impetrante, **em regular** processo administrativo-disciplinar, **a sanção de aposentadoria compulsória, qualificada** pela nota “a bem do serviço público”, **porque comprovado** o seu envolvimento na prática de grave transgressão legal, **consistente** no “desvio de numerário do Poder Judiciário para entidade privada”, **o que levou** o E. Conselho Nacional de Justiça **a entender configurada** a ocorrência de comportamento **incompatível com a dignidade, a honra e o decoro** das funções de magistrado.

Com efeito, o E. Conselho Nacional de Justiça, **ao justificar** a imposição da sanção disciplinar ora questionada, **apoiou-se, para tanto, em elementos de prova que evidenciam a ocorrência** do denominado “esquema” de socorro à Loja Maçônica (...) **com verbas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso”, os quais se revelam aptos a comprovar, ainda, a atuação efetiva e determinante** do magistrado ora impetrante na consecução dos atos ilícitos a ele imputados, **assim infringindo** o regime jurídico **que disciplina** a atuação dos membros do Poder Judiciário.

Impende referir, bem por isso, o seguinte fragmento **constante** do voto do Conselheiro Relator, o eminente Ministro IVES GANDRA, que, **acolhido** pelo E. Conselho Nacional de Justiça, **fundamentou** a decisão plenária **proferida** pelo órgão constitucional ora apontado como coator (fls. 121/126):

“a) Recebimento de Verbas de Atrasados em caráter privilegiado

Conforme já registrado no item III.B do presente voto, com base na tabela de pagamento de atrasados durante a gestão presidencial do Des. José Ferreira Leite (cfr. DOC128, pgs. 42-52), foi o Requerido o melhor aquinhado com atrasados, recebendo o astronômico valor de R\$ 1.276.013,24 (hum milhão, duzentos e setenta e seis mil e treze reais e vinte e quatro centavos), que supera superlativamente o recebido pela massa de magistrados que, em tese, teria direito a receber atrasados.

Nesse sentido, o caráter privilegiado do recebimento de atrasados salta aos olhos pela simples visualização do quadro geral de pagamento de atrasados durante a Gestão do Requerido, mormente tendo em vista o reconhecimento de que esse pagamento era feito em caráter discricionário pela Presidência do TJ-MT, com base na necessidade apresentada pelo magistrado pleiteante, de recebimento de atrasados.

Assim, quanto a essa imputação, procede o libelo da Portaria 2/09 do CNJ.

b) Correção Monetária de Verbas Atrasadas calculada pelo Índice mais elevado e sobre períodos prescritos

Conforme registrado no Relatório de Inspeção do Controle Interno do CNJ (DOC299), o Processo ‘Diversos nº 5’, de 21/01/2005, teve como requerente o magistrado José Ferreira Leite, à época Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, e trata do requerimento de correção

monetária sobre os valores pagos em atraso pelo TJ-MT, cujo pagamento deu-se pelo valor histórico, sem a devida atualização.

.....
Constatou-se que, no Processo 'Diversos nº 5/2005', do TJ-MT, foi adotado como parâmetro de cálculo o IGPM (Índice Geral de Preços do Mercado). O referido índice é divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, registra a inflação de preços desde matérias-primas agrícolas e industriais até bens e serviços finais e é utilizado, via de regra, em contratos de aluguéis e para reajustes de tarifas públicas.

Em seu depoimento, o atual Coordenador da Coordenadoria de Magistrados, servidor Maurício Sogno Pereira, referiu que o Tribunal tinha por tradição adotar o índice com maior percentual auferido no mês para a atualização monetária de passivos dos magistrados, não havendo índice padronizado (vídeo de 28/10/09, disponível nos autos). A conduta, nitidamente, privilegia a recomposição salarial dos magistrados em desfavor da Administração Pública.

Ademais, considerando especificamente que o Processo 'Diversos nº 5/2005' foi autuado em 21/1/2005, encontrava-se prescrita a atualização monetária de verbas anteriores ao mês janeiro de 2000. Entretanto, constata-se que foi incluído, no processo em comento, o pagamento de correção monetária sobre verbas já prescritas (...).

.....
Portanto, também em relação a esse fato, mostra-se procedente a imputação feita na Portaria.

c) Autorização de pagamento de atrasados com mudança de rubrica, para mascarar o pagamento

.....
Segundo o juiz Marcelo, o Tribunal vinha pagando verbas de caráter indenizatório com incidência de imposto de renda, especificamente 'Auxílio Moradia' e 'Auxílio Transporte'. Após estudo da matéria, fixou-se o entendimento de que a tributação era indevida e a Presidência determinou que fossem devolvidos aos magistrados os valores de imposto de renda descontados indevidamente, por meio de compensação durante o ano de 2003.

.....
Ora, não é crível que os valores fossem os mesmos: anuênios e devolução de IR sobre auxílio-alimentação e auxílio-transporte.

.....
Ora, o Requerido, como ordenador de despesas do Tribunal, assinando as ordens de pagamento com tamanhas irregularidades, reconhecidas por seu juiz auxiliar, das quais foi um dos beneficiários, torna-se responsável pelas irregularidades contábeis.

d) Montagem de 'esquema' para socorro à Loja Maçônica 'Grande Oriente do Estado de Mato Grosso' com verbas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso

.....
No caso dos autos, foi destacado pelos Requeridos que pertencem à Maçonaria, que a relação do 'Grande Oriente do Estado de Mato Grosso' com a 'SICOOB PANTANAL – Cooperativa de Crédito Rural de Responsabilidade Ltda.' teve por escopo facilitar o crédito aos agricultores da Região, sendo que, o 'golpe' dado pelos dirigentes da Cooperativa, desfalcando-a de mais de um milhão de reais, fez com que os irmãos de maçonaria se unissem para cobrir o rombo, em benefício dos agricultores lesados.

Ora, o que se discute no presente Processo Administrativo Disciplinar não é a finalidade beneficente da Maçonaria ou da Cooperativa com ela conveniada, mas a conduta de determinados magistrados, quanto aos métodos usados para resolver o problema da Loja Maçônica conveniada e da Cooperativa desfalcada.

.....
'In casu', conforme já referido no item III-B deste voto, há prova suficiente nos autos apontando para a montagem de 'esquema' de socorro à Loja Maçônica, servindo-se da existência de 'atrasados' a serem pagos a magistrados, direcionando-se os pagamentos, de forma discricionária e privilegiada, para aqueles que pertenciam à Maçonaria ou fossem simpatizantes e que estivessem dispostos a emprestar parte substancial dos pagamentos à referida Loja Maçônica.

O 'esquema' montado pela Presidência do TJ, com a colaboração de seus Juízes Auxiliares, ficou patente, quer pelas quantias exorbitantes de atrasados recebidas, em caráter claramente privilegiado, pelos integrantes da Direção do Tribunal, quer pela forma como arrecadados os fundos de socorro à Loja Maçônica.

.....
Nesse sentido, verifica-se que o Requerido, Presidente tanto do Tribunal quanto da Loja Maçônica durante o período de 2003/2005, serviu-se da condição de Presidente e ordenador de despesas do TJ-MT para resolver problema pessoal e da instituição privada que presidia, determinando e recebendo pagamentos, em caráter privilegiado, de verbas de atrasados, o que atenta gritantemente contra a dignidade e decoro no exercício da magistratura, por se tratar da coisa pública como se privada fosse.

Nesse sentido, também por essa imputação merece ser julgado PROCEDENTE o presente processo administrativo disciplinar, para determinar a aplicação, ao Desembargador José Ferreira Leite, da pena de aposentadoria a bem do serviço público, proporcional ao tempo de serviço, nos termos do art. 56, II, da LOMAN." (grifei)

Cabe assinalar, no ponto, o teor da douda manifestação produzida nestes autos pelo Ministério Público Federal, que, ao pronunciar-se contrariamente às alegações deduzidas pelo impetrante, reportou-se à manifestação que a Procuradoria-Geral da República ofereceu nos autos da Representação nº 2009.10.00.001.922-5, da qual extraio, por sua inteira pertinência, o seguinte fragmento (fls. 636/642):

.....
"30. Consoante se denota nas provas colhidas durante a instrução, os pagamentos de créditos suplementares pelo Tribunal Estadual não apresentavam qualquer critério objetivo, sendo autorizados pelo Desembargador JOSÉ FERREIRA LEITE de forma aleatória a partir de uma triagem realizada pelo Juiz Auxiliar da Presidência MARCELO SOUZA DE BARROS, como confirma o Requerido (JOSÉ FERREIRA LEITE) em suas declarações (...):

.....
31. Não há controvérsia, portanto, acerca da efetiva ingerência do Requerido sobre os beneficiários dos créditos pagos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, cabendo a ele decidir a quem, quando e quanto seria pago.

32. Entretanto, o Defendente não logrou êxito em comprovar o alegado critério de 'necessidade do magistrado' para a escolha dos pagamentos a serem realizados, haja vista as Juízas GRACIEMA RIBEIRO DE CARAVELLAS e JUANITA CRUZ DA SILVA CLAIT DUARTE, que efetuaram empréstimos dos valores recebidos ao GRANDE ORIENTE DO ESTADO DE MATO GROSSO, declararem que receberam os referidos pagamentos sem a demonstração de quaisquer dificuldades financeiras e até mesmo sem a formulação de requerimento (...):

.....
33. Reforça a ausência de isonomia e impessoalidade do ordenador de despesas o fato de que 'também mandou pagar mais para os magistrados que o auxiliaram na administração'.

34. Há sérias dúvidas acerca da legalidade dos pagamentos recebidos pelo Requerido, haja vista a existência de verbas pagas com exclusividade a ele e ao Juiz MARCELO SOUZA DE BARROS, por várias vezes no mês de abril de 2004, de acordo com o relatório produzido por esse Conselho durante a inspeção realizada no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (...):

.....
35. Quanto aos pagamentos privilegiados àqueles que se dispuseram a contribuir para o socorro da instituição de crédito, as auditorias

realizadas concluíram pela existência de verbas liberadas sem base legal e apenas a alguns magistrados, sobretudo àqueles que exerciam, à época dos fatos, cargos administrativos naquela Corte Estadual.

36. **O farto conjunto probatório arrecadado nos autos demonstra que o pagamento de algumas verbas a determinados magistrados, orquestrado pelo Desembargador Presidente JOSÉ FERREIRA LEITE, teve como objetivo o desvio dos recursos públicos para a entidade maçônica em que este ocupava o cargo máximo de Grão-Mestre.**

45. **Conforme se observa nos documentos digitalizados nos arquivos 022_DOC22.pdf e 023_DOC23.pdf, JOSÉ TADEU CURY, MARCELO SOUZA DE BARROS, MARCOS AURÉLIO DOS REIS FERREIRA, MARIANO ALONSO RIBEIRO TRAVASSOS e JOSÉ FERREIRA LEITE requereram, na mesma data – 20/01/2005 – e por meio de formulário idêntico, a correção monetária de valores recebidos em atraso.**

46. **Em 1º de fevereiro daquele ano, todos os requerimentos foram deferidos, sendo que as decisões referentes a JOSÉ FERREIRA LEITE e MARCOS AURÉLIO DOS REIS FERREIRA, seu filho, foram firmadas por JOSÉ TADEU CURY no exercício do cargo de Vice-Presidente da Corte Estadual, enquanto que o primeiro, na condição de Presidente do Tribunal Estadual, acatou o restante dos pleitos.**

47. **Dessa forma, em apenas 12 (doze) dias foi requerida, calculada, deferida e paga a rubrica referente à correção monetária de parte do grupo comprometido com a obtenção de recursos para o GRANDE ORIENTE DO ESTADO DE MATO GROSSO, acrescido do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, cuja participação foi necessária diante da impossibilidade do Desembargador JOSÉ FERREIRA LEITE deferir seu próprio requerimento e o de seu filho.**

48. **Vale destacar que nenhum outro magistrado recebeu essa verba específica e sequer soube da possibilidade de requerê-la, cabendo o benefício apenas aos integrantes da alta administração do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor-Geral de Justiça e Auxiliar da Presidência) e ao filho do Desembargador Presidente, como amplamente comprovado pela análise técnica realizada no procedimento de auditoria externa realizado pela empresa VELLOSO & BERTOLINI CONTABILIDADE, AUDITORIA E CONSULTORIA LTDA..**

49. **Ainda que se alegue a legitimidade de algumas das verbas mencionadas ou dos índices aplicados, em virtude de advirem da interpretação de leis e de atos normativos internos pelo próprio Tribunal de Justiça Estadual, não há dificuldade em perceber a arbitrariedade dos pagamentos autorizados pelo Requerido no biênio 2003/2005, o que se distancia dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico vigente ao Magistrado/Administrador.**

50. **Vale destacar que por vezes, no presente feito, o ato analisado mostra-se formalmente legítimo. Porém, seu exame dentro do contexto fático-probatório revela outra realidade.**

51. **É o caso da Certidão nº 133/2009/Cmg, expedida pelo Coordenador de Magistrados MAURÍCIO SOGNO PEREIRA, que atesta a inexistência de determinação formal da Administração do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso no biênio 2003/2005 para a devolução de Imposto de Renda Pessoa Física retido na fonte a qualquer magistrado, e as anotações manuscritas da servidora CÁSSIA CRISTINA PEREIRA DE SENNA, então coordenadora do Departamento de Magistrados, relacionadas à devolução do imposto referente aos meses de agosto/2001 a novembro/2002, incluindo o que foi descontado do décimo terceiro salário deste último ano.**

53. **Assim, os elementos trazidos aos autos comprovam a autorização de despesas não previstas em lei e a realização de pagamentos de maneira não equânime entre os magistrados com o objetivo de prestar auxílio à entidade particular em que o Desembargador Presidente ocupava o cargo máximo.” (grifei)**

O teor da decisão emanada do E. Conselho Nacional de Justiça, tal como enfatizado pelo Ministério Público Federal, bem evidência, a partir dos próprios elementos probatórios em que essa mesma deliberação apoiou-se, que restou plenamente caracterizada, no caso em exame, a prática, pelo magistrado impetrante, de comportamento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, situação apta a justificar a imposição da sanção disciplinar ora impugnada nesta sede mandamental.

Cumpra assinalar, por oportuno e necessário – tendo em vista, sobretudo, as alegações da parte impetrante quanto à desvalia jurídica do ato ora impugnado, cujos fundamentos, consoante por ela sustentado, não refletiriam a realidade dos elementos de informação produzidos perante o E. CNJ, em contexto que desautorizaria a punição infligida ao magistrado em referência –, que o processo mandamental não se revela meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato nem constitui instrumento idôneo à reavaliação dos elementos probatórios que, ponderados pela autoridade competente, substanciam o juízo censório proferido, na espécie, pelo órgão apontado como coator.

Essa advertência justifica-se ante a afirmação feita pela parte impetrante de que a punição ora questionada resultou de um conjunto probatório frágil e inconsistente, quando não insuficiente ou, até mesmo, inexistente, o que – segundo alega – impediria a formulação, pelo E. CNJ, do juízo de culpabilidade que pronunciou contra o autor do presente “writ” mandamental.

Essa discussão em torno da alegada insuficiência do conjunto probatório não se revela possível na via sumariíssima do mandado de segurança.

Não constitui demais reiterar que refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o “iter” procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de um momento de dilação probatória (ALFREDO BUZARD, “Do Mandado de Segurança”, vol. I/208, item n. 127, 1989, Saraiva).

A via jurisdicional do mandado de segurança – que necessariamente pressupõe suporte fático inquestionável, sempre apoiado em prova pré-constituída – não autoriza, por isso mesmo, consideradas as afirmações da parte impetrante, a perquirição do conteúdo alegadamente injusto da decisão veiculadora da sanção disciplinar em causa nem permite a indagação em torno da insuficiência dos elementos de convicção subjacentes à decisão punitiva emanada do E. CNJ.

A jurisprudência dos Tribunais – e a desta Suprema Corte, inclusive – tem insistentemente advertido que “O mandado de segurança não é meio idôneo para o exame de questões cujos fatos não sejam certos” (RTJ 142/782, Rel. Min. MOREIRA ALVES), eis que a noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca (RTJ 124/948 – RT 676/187 – MS 20.882/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 22.155/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 23.289/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 28.943-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – MS 30.523-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 32.244/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).

No caso, o órgão apontado como coator decidiu com base em fatos e provas cuja realidade material o impetrante sustenta não haver sido comprovada. A pretendida desconstituição da punição disciplinar, com suporte em seu conteúdo alegadamente injusto e com fundamento na declaração de ausência de base empírica apta a respaldar o ato punitivo, implicaria, caso viesse a ser acolhida, inadmissível análise do conjunto probatório, situação de todo inviável em sede mandamental.

O que se me afigura fundamental na análise do “thema decidendum” é a circunstância – plenamente demonstrada – de que o ato punitivo contra o qual se insurge a parte impetrante resultou de regular procedimento administrativo-disciplinar em que foram integralmente observadas, pelo E. CNJ, as normas que lhe regem a atividade censória, inexistindo, por isso mesmo, qualquer situação configuradora de ofensa ao direito subjetivo invocado por referida parte impetrante.

A parte impetrante sustenta, ainda, que a expressão “a bem do serviço público”, utilizada pelo E. Conselho Nacional de Justiça para identificar a pena de aposentadoria compulsória aplicada ao ora impetrante, não se acharia cominada em texto legal, o que implicaria transgressão, por parte da Pública Administração, ao princípio da reserva constitucional de lei formal em tema de punições disciplinares.

Não se desconhece que o rol inscrito no art. 42 da LOMAN reveste-se de taxatividade, encerrando, por isso mesmo, precisamente por tratar-se de sanções disciplinares, verdadeiro “numerus clausus”, a significar, desse modo, que não se legitima a imposição, pelos órgãos do Estado, de qualquer outro

ato punitivo **que não se ache expressamente relacionado** na norma legal em questão.

Com efeito, a disciplina referente às infrações e sanções administrativas **acha-se submetida** ao postulado *da reserva de lei* (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 870, item n. 9, 30ª ed., 2012, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 206, item n. 4.5, 39ª ed., 2012, Malheiros; MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, “Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada”, p. 798, item n. 1, 6ª ed., 2012, Impetus, v.g.), **cabendo assinalar, tal como enfatizado** por MARÇAL JUSTEN FILHO (“Curso de Direito Administrativo”, p. 609/610, item n. 9.13.3, 9ª ed., 2013, RT), que o regramento normativo **concerne ao poder punitivo** da Administração Pública **confere legitimação jurídica** ao ato sancionatório, *de um lado, e assegura certeza e previsibilidade* quanto à atuação repressiva do Estado, *de outro*.

É certo, ainda, que o regime jurídico-disciplinar dos membros do Poder Judiciário contempla **uma única modalidade de aposentadoria de caráter punitivo aplicável** aos magistrados, **denominada** “*aposentadoria compulsória com vencimentos (“rectius”: proventos) proporcionais ao tempo de serviço*” (LOMAN, art. 42, V).

Ocorre, no entanto, que a expressão “*a bem do serviço público*”, **utilizada** pelo E. Conselho Nacional de Justiça para identificar a sanção administrativa **aplicada** ao ora impetrante, **encontra suporte legitimador** na própria Constituição da República, que, **ao disciplinar** o exercício do poder censório dos Tribunais em geral **e** do E. Conselho Nacional de Justiça, **instituiu** a figura da aposentadoria (*punitiva*) de magistrado “*por interesse público*” (CF, art. 93, VIII).

Vê-se, desse modo, que o ato sancionatório ora questionado, além de não encerrar qualquer efeito punitivo adicional estranho ao estatuto jurídico da magistratura, **reflete, na verdade, o próprio sentido** da cláusula constitucional **inscrita** no art. 93, inciso VIII, da Carta Política, **a significar, portanto**, que a deliberação do E. CNJ, *nesse específico ponto, não se reveste* de qualquer vício de ilegitimidade jurídica.

Cabe acentuar, finalmente, que a alegação da parte impetrante **no sentido** de que a decisão administrativa em causa, **ao aplicar** a sanção disciplinar ora questionada, **não teria observado** os princípios constitucionais *da proporcionalidade e da razoabilidade, não se mostra* processualmente viável, **eis** que a penalidade imposta ao magistrado **está em consonância com a natureza grave** da falta cometida **e em plena harmonia com a disposição legal** que rege a matéria em referência (LOMAN, art. 56, II).

Com efeito, a sanção disciplinar ora questionada tem por suporte legitimador uma condenação **plenamente** motivada, **na qual foram destacados, pelo E. Conselho Nacional de Justiça, os diversos elementos que, revestidos de existência concreta, justificaram** a imposição da medida sancionatória de aposentadoria compulsória, *por interesse público* (CF, art. 93, VIII).

Devo salientar, no ponto, que a postulação deduzida nesta sede processual – **que objetiva** o afastamento da sanção disciplinar imposta ao impetrante – **não se revela passível** de apreciação *na via sumaríssima* do mandado de segurança, **em cujo estreito âmbito não se reexaminam, uma vez observados** os demais critérios fixados pela lei, **os elementos de convicção** que levaram o E. CNJ, *na espécie destes autos, a definir* a pena **que aplicou** ao magistrado em referência, **eis que – tal como vem decidindo esta Suprema Corte – a análise da proporcionalidade e da razoabilidade** da sanção disciplinar imposta, **por envolver o reexame dos elementos informativos e probatórios subjacentes** à medida punitiva em questão, **traduz matéria pré-excluída** do âmbito do processo mandamental (MS 33.081/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RMS 24.901/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – RMS 31.044-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RMS 33.911/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.):

“**Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. (...) 5. Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas do processo de revisão disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança.** 6. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(MS 32.581-AgR/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

“**AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. (...).**

4. **No tocante à proporcionalidade da sanção** em relação às condutas investigadas, **a análise da matéria envolveria rediscussão de fatos e provas produzidas no âmbito do processo administrativo disciplinar, o que não se compatibiliza** com a via do mandado de segurança.

5. **Agravo regimental a que se nega provimento.”**

(MS 32.806-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“**(...) PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA QUANTO ÀS CONDUTAS PRATICADAS. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO INVIÁVEL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.**

II – A reprimenda imposta aos recorrentes mostrou-se plenamente adequada aos atos ilícitos praticados, para os quais a lei comina a pena de demissão. Conclusão diversa em relação à proporcionalidade na dosimetria da pena demandaria a reapreciação de aspectos fáticos, o que não se admite na via estreita do mandado de segurança, haja vista tratar-se de ação que demanda prova pré-constituída.”

(RMS 31.494/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

“**1) RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. (...) 5) OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE SÃO IMPASSÍVEIS DE INVOCAÇÃO PARA BANALIZAR A SUBSTITUIÇÃO DE PENA DISCIPLINAR PREVISTA LEGALMENTE NA NORMA DE REGÊNCIA DOS SERVIDORES POR OUTRA MENOS GRAVE. 6) RECURSOS ORDINÁRIOS DESPROVIDOS, FICANDO MANTIDA A DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA E RESSALVADA A VIA ORDINÁRIA (ART. 19 DA LEI Nº 12.016).”**

(RMS 30.455/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“**Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Sanção disciplinar. (...). Agravo regimental não provido.**

3. **A Comissão processante aplicou penalidade com base na análise das provas integrantes do feito administrativo, cuja reavaliação, inclusive quanto à razoabilidade na dosimetria da pena, implicaria procedimento inoportuno na via estreita do ‘writ’.”**

(RMS 33.301-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **denego** o presente mandado de segurança, **ressalvando, no entanto, o acesso** da parte impetrante às vias ordinárias.

Comunique-se, transmitindo-se **cópia** da presente decisão à Excelentíssima Senhora Presidente do Conselho Nacional de Justiça **e** à eminente Senhora Advogada-Geral da União.

Arquiem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 04 de outubro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe em 6.10.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

3 a 7 de outubro de 2016

Lei nº 13.342, de 3.10.2016 - Altera a Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, para dispor sobre a formação profissional e sobre benefícios trabalhistas e previdenciários dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias, e a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, para dispor sobre a prioridade de atendimento desses agentes no Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV). Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 191, p. 1, em 4.10.2016.

Lei nº 13.343, de 5.10.2016 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 2.900.000.000,00, para o fim que especifica. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 193, p. 1, em 6.10.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

3 a 7 de outubro de 2016

Decreto nº 8.869, de 5.10.2016 - Institui o Programa Criança Feliz. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 193, p. 2, em 6.10.2016.

Decreto nº 8.870, de 5.10.2016 - Dispõe sobre a aplicação de procedimentos simplificados nas operações de exportação realizadas por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 193, p. 2, em 6.10.2016.

[Informativo 843](#)

SUMÁRIO

Plenário

Repercussão Geral

Tarifa de assinatura básica e ICMS

Substituição tributária: direito à restituição e base de cálculo presumida maior que a efetiva

1ª Turma

“Habeas corpus” e regime de cumprimento de pena

2ª Turma

Busca veicular e autorização judicial

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Sistema Penitenciário - “Estado de Coisas Inconstitucional” - Súmula Vinculante Nº 56 (Rcl 25.119-MC/DF)

Inovações Legislativas
Outras Informações

PLENÁRIO
REPERCUSSÃO GERAL

Tarifa de assinatura básica e ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário.

Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura mensal básica pelo serviço de telefonia.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, e rejeitou a alegação de que a matéria estaria preclusa em razão do julgamento do recurso especial. Entendeu que o recorrente interpôs devidamente os recursos especial e extraordinário de forma simultânea contra o acórdão do Tribunal de Justiça, mas ressaltou que o julgamento do recurso especial não teria vinculado o Supremo Tribunal Federal quanto à matéria constitucional.

Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio, que, ao reafirmar jurisprudência da Corte, considerava prejudicado o recurso extraordinário, por não ter sido interposto agravo contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Quanto ao mérito, o Colegiado concluiu que a tarifa de assinatura básica mensal não é serviço, mas a contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito, prestado pelas concessionárias de telefonia e consistente no fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICMS.

Asseverou que a ausência de franquia de minutos vinculada ao preço cobrado e, assim, de efetiva comunicação entre o usuário e terceiro são irrelevantes e não descaracterizam o serviço remunerado pelo valor da assinatura básica mensal como serviço de comunicação.

Acrescentou que o que a Constituição Federal autoriza os Estados e o Distrito Federal a tributar não é exatamente o transporte transmunicipal, a comunicação ou quaisquer outros serviços, mas as prestações onerosas desses serviços.

Aduziu, por fim, que entendimento contrário atribuiria ao plano de serviço, elaborado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ou pelas próprias prestadoras, a possibilidade de definir a base de cálculo do ICMS-comunicação, o que afastaria a incidência tributária de certas quantias pelo fato de serem cobradas dos usuários a título de tarifa de assinatura básica mensal. Dessa forma, o próprio contribuinte, por ato individual de vontade, poderia definir como bem entendesse a base de cálculo do tributo devido, o que seria inadmissível.

Vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso, por considerarem que a assinatura básica não seria serviço de comunicação, não devendo incidir, portanto, o ICMS.

RE 912888/SP, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 13.10.2016. (RE-912888)

Substituição tributária: direito à restituição e base de cálculo presumida maior que a efetiva

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

O ministro Edson Fachin (relator) deu provimento ao recurso para garantir o direito da recorrente de lançar os créditos de ICMS pagos a maior, respeitado o lapso prescricional de cinco anos previsto na Lei Complementar 118/2005. Além disso, declarou a inconstitucionalidade do art. 22, § 10, da Lei 6.763/1975 [“§ 10. Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: 1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo; 2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria”] e do art. 21 do Decreto 43.080/2002 (“Art. 21. Ressalvada a situação em que o fato gerador presumido não se realizar, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: I – o contribuinte ou o responsável sujeito ao recolhimento da diferença do tributo; II – o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria”), ambos do Estado de Minas Gerais.

O relator asseverou que, de acordo com o art. 150, § 7º, “in fine”, da Constituição, há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretizar empiricamente. Isso ocorre quando o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo.

Afirmou que o instituto da substituição tributária, previsto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, tem como fundamento o princípio da praticidade. Desse modo, promove comodidade, economicidade e eficiência na execução administrativa das leis tributárias.

Ponderou, entretanto, que o princípio da praticidade tributária também encontra freio nos princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação do confisco, bem como na arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. Por conseguinte, é papel institucional do Poder Judiciário tutelar situações individuais que extrapolem o limite da razoabilidade.

Para o relator, deve-se interpretar aquele dispositivo constitucional em consonância com o significado jurídico-político do Estatuto Constitucional dos Contribuintes, tal como foi instituído pela Seção “Das Limitações do Poder de Tributar” da Constituição Federal. Noutras palavras, na qualidade de invenção humana voltada a discriminar o público do privado e redistribuir renda e patrimônio, a tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção “juris et de jure”, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse caráter definitivo, logo alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico.

Observou, ainda, que não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato gerador. Assim, uma interpretação restritiva do § 7º do art. 150 da Constituição, com o objetivo de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e contribuinte. Desse modo, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, haja vista a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

Por fim, o relator propôs que, caso seu voto prevaleça, esse entendimento conduza os litígios judiciais pendentes e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido. No entanto, em vista do interesse social e da segurança jurídica, as situações passadas que transitaram em julgado ou nem sequer foram judicializadas deveriam ser tuteladas.

Em seguida, o julgamento foi suspenso.

RE 593849/MG, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 13.10.2016. (RE-593849)

PRIMEIRA TURMA

“Habeas corpus” e regime de cumprimento de pena

A Primeira Turma, por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” em que se pretendia alterar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de duzentos dias-multa. Isso ocorreu em razão da prática do delito tipificado no art. 33, “caput”, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com a incidência de causa de diminuição da pena prevista no § 4º do referido dispositivo legal.

Segundo a defesa, não haveria justificativa legal para a imposição de regime inicial fechado de cumprimento da pena. Alegava, ainda, que seria inconstitucional a vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no âmbito da Lei de Drogas e que o paciente, antes da concessão da medida liminar, já teria cumprido mais da metade da pena em regime fechado.

A Turma decidiu que, em caso de réu não reincidente, tendo sido a pena base fixada em seu mínimo legal e sendo positivas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (CP), é cabível a imposição do regime aberto de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor dos arts. 33 e 44 do CP.

Os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, com ressalva de seus entendimentos pessoais quanto ao não cabimento do “writ”, impetrado contra decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça, concederam a ordem de ofício, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio (relator).

Vencido o ministro Edson Fachin, que denegava a ordem por entender que a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente deveriam preponderar sobre as circunstâncias judiciais genéricas do art. 59 do CP, conforme dicção expressa do art. 42 da Lei de Drogas.

HC 129714/SP, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.10.2016. (HC-129714)

SEGUNDA TURMA

Busca veicular e autorização judicial

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se questionava a licitude de prova obtida por policiais durante investigação sobre crime contra a economia popular, caracterizado pela formação de cartel no

mercado de gás de cozinha no Distrito Federal (DF).

No caso, agentes da Polícia Civil do DF, após o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do paciente, obtiveram, por meio de interceptação telefônica, ciência da existência de documento relacionado ao objeto das investigações, que estaria escondido no interior do automóvel de um dos investigados.

A defesa alegava que, cumprido o primeiro mandado de busca e apreensão — com a lavratura do respectivo auto —, a apreensão de documentos no interior de automóvel do paciente, que estava estacionado, trancado e sem condutor, exigiria nova autorização judicial. Argumentava, ademais, que a busca veicular poderia ser equiparada à busca pessoal apenas nas hipóteses taxativas do art. 244 do Código de Processo Penal (CPP).

O Colegiado decidiu que as medidas cautelares, por reclamarem especial urgência, não prescindem de agilidade, mas também não podem se distanciar das necessárias autorizações legais e judiciais. Consignou, também, que as apreensões de documentos no interior de veículos automotores, por constituírem hipótese de busca pessoal — caracterizada pela inspeção do corpo, das vestes, de objetos e de veículos (não destinados à habitação do indivíduo) —, dispensam autorização judicial quando houver fundada suspeita de que neles estão ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos investigados, a teor do disposto no art. 240, § 2º, do CPP.

RHC 117767/DF, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 11.10.2016. (RHC-117767)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	—	13.10.2016	2	173
1ª Turma	11.10.2016	—	41	99
2ª Turma	11.10.2016	—	11	81

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 7 a 13 de outubro de 2016.

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 10 a 14 de outubro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 940.769-RS

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. REAFIRMAÇÃO DE MÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS. ADVOGADOS. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DE MUNICÍPIO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO FIXA. NATUREZA DO SERVIÇO. REMUNERAÇÃO DO LABOR. DECRETO-LEI 405-1968. LEI COMPLEMENTAR 7/1973 DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. CONFLITO FEDERATIVO.

1. A questão constitucional controvertida ostenta repercussão geral no que se refere à competência tributária de município para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais prevista no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei 406/1968, por sua vez recepcionado pela ordem constitucional vigente com status de lei complementar nacional.

2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

Decisão Publicada: 1

CLIPPING DO DJE

10 a 14 de outubro de 2016

AG. REG. NO ARE N. 931.662-AL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADEQUAÇÃO. O recurso extraordinário é cabível contra decisão de única ou última instância que haja implicado o julgamento da causa – artigo 102, inciso III, da Constituição Federal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação de honorários recursais, preconizados no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando tratar-se de extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua.

AG. REG. NO ARE N. 951.839-SP

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INCRA. LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÃO REIVINDICATÓRIA. COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE RURAL DA UNIÃO. ART. 543 DO CPC. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF.

1. Quanto à sistemática de interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, a jurisprudência é no sentido de que (i) o art. 543, §1º CPC/1973, que impõe que o RE seja julgado após o Resp, só se aplica quando ambos recursos forem admitidos, o que não ocorreu nesse caso, e (ii) é desnecessário aguardar o prévio julgamento do Resp quando o RE não reunir condições de admissibilidade. (AI 780.879 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

2. O Supremo Tribunal Federal, por ausência de questão constitucional, rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre

suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (Tema 660 - ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

3. A resolução da controvérsia demandaria a análise das normas infraconstitucionais pertinentes e o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes.

4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

EMB. DECL. NO AG. REG. NO ARE N. 934.055-RJ

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE METROVIÁRIO. ASSALTO ÀS BILHETERIAS. MORTE DE MENOR. CONSEQUÊNCIA DO DESENVOLVER DA AÇÃO CRIMINOSA. NEGLIGÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE E DANOS COMPROVADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE.

1. Inexistente descompasso lógico entre os fundamentos adotados e a conclusão do julgado, a afastar a tese veiculada nos embargos declaratórios de que contraditório o *decisum*.

2. Não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado.

3. Ausente contradição e omissão, justificadoras da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 1022 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência.

4. Embargos de declaração rejeitados.

Acórdãos Publicados: 149

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Sistema Penitenciário - “Estado de Coisas Inconstitucional - Súmula Vinculante Nº 56 (Transcrições)

Rel 25.119-MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: RECLAMAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CRIAÇÃO PRETORIANA (RTJ 112/504). FUNÇÃO PROCESSUAL. DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL (RTJ 149/354-355 – RTJ 187/150-152, V.G.). DOCTRINA. ATO DO CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SUPOSTAMENTE TRANSGRESSOR DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56/STF. POSSIBILIDADE DE ACESSO, EM TAL SITUAÇÃO, À VIA RECLAMATÓRIA (CF, ART. 103-A, § 3º). PRETENDIDA RESTAURAÇÃO DA EFICÁCIA DA PORTARIA Nº 022/2016 DOS JUIZES DE DIREITO DO DEECRIM – 9º RAJ (SÃO JOSÉ DOS CAMPOS). ATO COLEGIADO DOS MAGISTRADOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE, ALÉM DE COMPATÍVEL COM O TEOR DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56 E APTO A DAR-LHE INTEGRAL APLICABILIDADE, OBJETIVA IMPEDIR A PRÁTICA ANOMÓLA, ARBITRÁRIA E ILEGAL DO EXCESSO DE EXECUÇÃO (LEP, ART. 185), NEUTRALIZADO, DESSE MODO, OS EFEITOS NOCIVOS E PERVERSOS QUE CULMINAM POR FRUSTAR, INJUSTAMENTE, DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS DOS SENTENCIADOS RECONHECIDOS PELO ORDENAMENTO POSITIVO E ASSEGURADOS EM DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO EXPRESSÃO VISÍVEL (E LAMENTÁVEL) DE UM “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” (ADPF 347-MC/DF). A REVOGAÇÃO DA PORTARIA Nº 022/2016, PELO ATO DE QUE ORA SE RECLAMA, CULMINA POR DESATENDER O COMANDO IMPOSITIVO EMERGENTE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56. CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS INERENTES À TUTELA PROVISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, na qual se alega que o ato ora questionado – emanado da Corregedoria-Geral de Justiça do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – teria desrespeitado o enunciado constante da Súmula Vinculante nº 56/STF, que possui o seguinte teor:

“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” (grifei)

Aduz, em síntese, a parte reclamante, para justificar a alegada transgressão ao enunciado sumular vinculante em referência, as seguintes considerações:

“Visando emprestar rápida concretude à aplicação da Súmula Vinculante nº 56 deste E. STF, a Exma. Juíza Coordenadora do 9º Departamento de Execuções Criminais do TJSP, com sede em São José dos Campos, que cumula também a 1ª Vara de Execuções Penais de Taubaté, Dra. Sueli Zeraik Armani de Oliveira editou a Portaria de nº 22/2016, também assinadas por outros Juízes integrantes do 9º DEECRIM.

Em linhas gerais, a Portaria lançou mão da escorrega aplicação dos limites da Súmula Vinculante nº 56, bem como do RE 641.320/RS, para a abertura de vagas no regime semiaberto, nas unidades prisionais sujeitas à Coordenação regional de presídios do 9º Deecrim.

Consensualmente chegou-se à melhor decisão, que se amolda ao contexto prisional da região: aplicação do contido no item 4, i, iii, do RE 641.320, para colocação em prisão domiciliar de presos do regime semiaberto, pela geração de vagas aos sentenciados que aguardavam a transferência para o regime intermediário, ainda em regime fechado.

Isto é, para geração de vagas no regime semiaberto – cuja transferência já atingia o absurdo lapso de 120 a 150 dias de demora – a alguns presos do semiaberto foi concedida a prisão domiciliar, mediante condições específicas, atreladas ao cumprimento de pena alternativa.

Não se tratou de deferimento de progressão de regime ou outro benefício da execução penal; portanto, não há que se falar em requisitos

legais previstos no art. 112 da LEP ou violação ao princípio do juiz natural.

A medida cautelar foi emergencial, emitida tão somente com a intenção de adequar o número de vagas das unidades prisionais da região ao número de sentenciados encarcerados no regime fechado, mesmo já tendo obtido o direito de progredir ao regime semiaberto, em obediência estrita à súmula vinculante nº 56.

Foram fixados critérios objetivos para a concessão da prisão domiciliar, medida estritamente cautelar, inserida no poder geral de cautela, na exata proporção da necessidade de geração de vagas para aqueles que aguardavam o ingresso numa unidade prisional adequada ao regime fixado, sepultando o excesso em execução, que vigorava na região, bem como em todo o estado de São Paulo.

O déficit de vagas em unidades prisionais paulistas clama pela intervenção do Poder Judiciário, visando restabelecer a dignidade do apenado e a legalidade do correto cumprimento da pena fixada.

Com a Portaria, 96 (noventa e seis) detentos que aguardavam transferência ao regime semiaberto por longo período conseguiram a efetivação de seu direito legal. Para tanto, outros 96 (noventa e seis) presos do regime semiaberto, que preenchiam rigorosos critérios estabelecidos na própria Portaria – sendo eles: situação processual definida, boa conduta carcerária, lapso para progressão de regime ou livramento condicional e gozo de três saídas temporárias consecutivas sem intercorrências negativas – foram postos em prisão albergue domiciliar PROVISÓRIA.

A decisão da E. Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo restaurou a ordem de ilegalidade até então vigente, relegando ao limbo a enorme massa carcerária, que volta a sucumbir e vivenciar suas agruras.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a examinar a admissibilidade, na espécie, da presente reclamação. E, ao fazê-lo, entendo essencial estabelecer algumas premissas que reputo indissociáveis da análise do pleito deduzido nesta sede processual.

Sabemos todos que a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – ação (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, “apud” Cordeiro de Mello, “O Processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (RTJ 112/518-522, Rel. Min. DJACI FALCÃO) –, configura instrumento de extração constitucional, não obstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal, de um lado, e a garantia da autoridade de suas decisões, de outro (CF, art. 102, I, “I”), consoante tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Vê-se, portanto, que uma das funções processuais da reclamação consiste em garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou a observância do conteúdo de enunciados sumulares vinculantes editados por esta Corte Suprema (CPC/15, art. 988, III).

Esse instrumento formal de tutela, “que nasceu de uma construção pretoriana” (RTJ 112/504), busca, em essência, fazer prevalecer, no plano da hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte (RTJ 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

“Reclamação e preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedentes. Doutrina.”

(RTJ 179/995-996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A destinação constitucional da via reclamatória, portanto – segundo acentua, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. IV/393, 2ª ed., Forense) –, além de vincular esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, prende-se ao objetivo específico de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados desta Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação – enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do “imperium” inerente à decisão desrespeitada –, assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/199-200, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva):

“O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como ‘causa finalis’ assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.” (grifei)

Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, que o descumprimento de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal autoriza a utilização da via reclamatória, vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia dos comandos que emergem de seus atos decisórios, na linha do magistério jurisprudencial consagrado por este Tribunal (RTJ 187/150-152, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) ou, como sucede na espécie, das determinações que resultam do caráter impositivo (“binding effect”) que qualifica os enunciados sumulares vinculantes a que alude o art. 103-A, § 3º, da Constituição da República (Rel 8.770-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Para que se legitime, no entanto, o acesso à via reclamatória, impõe-se a demonstração da efetiva configuração de desrespeito a julgamento emanado do Supremo Tribunal Federal ou, como no caso, de transgressão ao teor de súmula vinculante editada por esta Corte Suprema.

Tenho para mim que a deliberação ora questionada parece transgredir a autoridade da Súmula Vinculante nº 56 que esta Suprema Corte editou com o objetivo de fazer cessar a anômala situação a que se veem submetidos, injustamente, sentenciados que, não obstante favorecidos por ordem judicial de progressão, são mantidos, mesmo assim, em regime prisional mais gravoso.

A Portaria nº 022/2016, editada pelos Meritíssimos Juízes do Departamento Estadual das Execuções Criminais de São José dos Campos (9ª Região Administrativa Judiciária), tendo presente a necessidade de evitar-se a ocorrência, de todo inaceitável, de excesso de execução (anomalia expressamente vedada pelo art. 185 da LEP), cuja origem reside na incapacidade do Poder Público de cumprir o ordenamento positivo em tema de execução da pena, adotou medidas tendentes a superar os graves obstáculos gerados pela omissão do Estado em fazer cumprir os deveres jurídicos que lhe foram impostos, nesse específico domínio, pela legislação da República, notadamente pela Lei nº 7.210/84.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que veio a consolidar-se no enunciado inscrito na Súmula Vinculante nº 56, constituiu justa reação do Poder Judiciário a esse verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” em que vergonhosamente se transformou o sistema penitenciário brasileiro.

Daí a sucessão de decisões proferidas por esta Corte Suprema (RTJ 127/926, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – RTJ 129/1153, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – RTJ 133/793, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RTJ 167/185-186, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – HC 76.930/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 87.985/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 65.127/SP, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, v.g.) no sentido de neutralizar os efeitos perversos e lesivos que afetam os direitos públicos subjetivos de que são titulares os sentenciados, como se vê, p. ex., de antigo julgado deste Tribunal:

“HABEAS CORPUS” – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA, AO RÉU, O DIREITO AO REGIME PENAL SEMI-ABERTO – IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, POR PARTE DE ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, DE VIABILIZAR A EXECUÇÃO DESSA MEDIDA – DETERMINAÇÃO, PELO MAGISTRADO LOCAL, DE RECOLHIMENTO DO CONDENADO A QUALQUER ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO, MESMO ÀQUELE DE SEGURANÇA MÁXIMA, ATÉ QUE O PODER PÚBLICO VIABILIZE, MATERIALMENTE, O INGRESSO DO SENTENCIADO NO REGIME PENAL SEMI-ABERTO (COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA E/OU INDUSTRIAL) – INADMISSIBILIDADE – AFRONTA A DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO – HIPÓTESE CONFIGURADORA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO – PEDIDO DEFERIDO.

– O inadimplemento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir, de modo negativo, na esfera jurídica do sentenciado, frustrando-lhe, injustamente, o exercício de direitos subjetivos a ele assegurados pelo ordenamento positivo ou reconhecidos em sentença emanada de órgão judiciário competente, sob pena de configurar-se, se e quando ocorrente tal situação, excesso de execução (LEP, art. 185).

Não se revela aceitável que o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos – como o de iniciar, desde logo, porque assim ordenado na sentença, o cumprimento da pena em regime menos gravoso – venha a ser impossibilitado por notórias deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por crônica incapacidade do Estado de viabilizar, materialmente, as determinações constantes da Lei de Execução Penal.

– Consequente inadmissibilidade de o condenado ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, embora a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semiaberto.

– ‘Habeas corpus’ concedido, para efeito de assegurar, ao sentenciado, o direito de permanecer em liberdade, até que o Poder Público torne efetivas, material e operacionalmente, as determinações (de que é o único destinatário) constantes da Lei de Execução Penal.”

(HC 93.596/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A “ratio” subjacente a essa orientação – que também traduz a posição dominante na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 609/325 – RT 613/319 – RT 645/285 – RT 672/312 – RT 679/332 – RT 728/552 – RT 759/627, v.g.) – encontra apoio no próprio magistério da doutrina (RENÉ ARIEL DOTTI, “Curso de Direito Penal – Parte Geral”, p. 568, 2ª ed., 2004, Forense), cumprindo referir, a propósito de tal matéria, a lição de SIDNEI AGOSTINHO BENETI (“Execução Penal”, p. 57/58, 1996, Saraiva):

“O Estado, ente jurídico, não pode agir fora da legalidade, pena de incidir em ‘contradictio in terminis’ que o desnaturaria em mero Estado de força, despojado das características de Estado de Direito. A derradeira garantia inerente ao devido processo penal, objeto deste estudo, é a da legalidade da execução penal. Faz-se ela, com efeito, e como antes também acenado, indispensável e inarredável complemento de todas as outras, reintegráveis no processo de execução da sentença penal condenatória.”

Se já não se pode fugir da legalidade no âmbito cível, em que há direitos disponíveis, com muito mais razão não se pode no âmbito da execução penal, que lida com a suspensão temporária de direitos de que o condenado não poderia renunciar em favor do Estado ou da vítima. Ainda: o Estado, guardião do Direito, não pode, por exigência lógico-jurídica, ser autor de infrações ao direito de ninguém, pena de caracterizar-se o arbítrio.

Daí a consequência de o título executivo penal ter de executar-se na exata medida da restrição ao direito do condenado estabelecida pela sentença, a qual, por sua vez, não pode impor ao condenado pena mais grave do que a prescrita para a infração penal – ainda que a possa aplicar menos grave, como ocorre no caso de condenação após anulação de anterior sentença. A execução jamais poderá realizar-se além da literalidade do título executório penal, pena de configurar-se excesso de execução.” (grifei)

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, constitui verdadeiro e terrível líbelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de crônico desaparecimento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo, em sua indistigável realidade concreta, hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indistigável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República, tal como se proclamou no julgamento plenário da ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO:

“(…) SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.” (grifei)

O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, que se destina – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um de seus “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), no sentido de que sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.

Os sentenciados que cumprem condenações penais a eles impostas continuam à margem do sistema jurídico, pois ainda subsiste, quanto a eles, a grave constatação, feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constituem a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos” em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos.

Já tive o ensejo de destacar, quando do julgamento do RE 592.581/RS, a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena, constituindo, por isso mesmo, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, cuja omissão tem absurdamente propiciado graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental, que se reconhece ao sentenciado, de não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, à sua essencial dignidade pessoal.

A questão penitenciária, em nosso País, já há muitos anos, transcendendo a esfera meramente regional, tornou-se um problema de dimensão

eminente nacional, tal a magnitude que nesse campo assumiu o crônico (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, de que tem derivado, como efeito perverso, o inaceitável desprezo, pelo Poder Público, das normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

Não hesito em dizer, por isso mesmo, a partir de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte e, também, como antigo representante do Ministério Público paulista, tendo presente a situação dramática e cruel constatada no modelo penitenciário nacional, que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio com as declarações formais de direitos que – embora contempladas no texto de nossa Constituição e, também, em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas – são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar a implementação do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.

O fato preocupante é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

O Poder Executivo, a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins precípuos da pena, em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, muito embora a Lei de Execução Penal preveja, em seu art. 203, mecanismos destinados a compelir as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

Não foi por outra razão que o Plenário desta Corte Suprema, em outro precedente de igual importância (RE 592.581/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), formulou tese segundo a qual se revela lícito ao Poder Judiciário “(...) impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (grifei).

O exame do conteúdo da Portaria nº 022/2016 dos Senhores Magistrados do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos) parece-me ajustar-se, com absoluta fidelidade, aos precedentes que motivaram a formulação da Súmula Vinculante nº 56, obstando o surgimento de situações anômalas que, imputáveis ao Poder Público, lamentavelmente têm frustrado os direitos subjetivos dos sentenciados.

De outro lado, vislumbro em referido ato colegiado uma importante consequência de ordem prática consistente em evitar sucessivas impetrações de “habeas corpus” ou ajuizamento, perante esta Suprema Corte, do remédio constitucional da reclamação, por alegado descumprimento da eficácia impositiva da Súmula Vinculante nº 56.

A situação que venho de destacar parece refletir, “mutatis mutandis”, aquela que culminou na solução jurisdicional que o Supremo Tribunal Federal, em sede de “habeas corpus”, estabeleceu a propósito da renovação automática do benefício de saídas temporárias programadas (HC 128.763/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 129.713/RJ, Rel. Min. ROSA WEBER – HC 130.502/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 131.279/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN – HC 131.782/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Vale acentuar que essa diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal reflete-se, por igual, na orientação hoje prevalecente no E. Superior Tribunal de Justiça por efeito de julgamento firmado por sua colenda Terceira Seção (REsp 1.544.036/RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ).

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar para, suspendendo a eficácia da deliberação administrativa do eminente Senhor Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo proferida em 31/08/2016 (2016/00131757), restabelecer, para fins de sua imediata execução, até final julgamento da presente reclamação, a aplicabilidade da Portaria nº 022/2016 editada pelos MMs. Juízes de Direito do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos).

Comunique-se, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, aos Senhores Juízes de Direito do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos), à Presidência da Seção Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aos ilustres Defensores Públicos do Estado de São Paulo que subscrevem a presente reclamação e ao Senhor Secretário de Estado da Administração Penitenciária paulista.

Publique-se.

Brasília, 03 de outubro de 2016 (22h20).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

*decisão publicada no DJe em 6.10.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

10 a 14 de outubro de 2016

Medida Provisória nº 748, de 11.10.2016 - Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 197, p. 1, em 13.10.2016.

Medida Provisória nº 749, de 13.10.2016 - Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro, pela União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, relativo ao exercício de 2016, com o objetivo de fomentar as exportações do País. Publicado no DOU, Seção 1, Edição Extra nº 197, p. 1, em 13.10.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

10 a 14 de outubro de 2016

Decreto nº 8.876, de 13.10.2016 - Altera o Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991, que regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 198, p. 1, em 14.10.2016.

Informativo 844

SUMÁRIO

Plenário

Substituição tributária e restituição - 15
Ação rescisória e inconstitucionalidade de lei
Crimes contra a humanidade e prescrição - 2
PIS/COFINS: base de cálculo e seguradoras - 10

Repercussão Geral

Substituição tributária: direito à restituição e base de cálculo presumida maior que a efetiva – 2
Entidades beneficentes de assistência social e imunidade - 6
Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 7
COFINS: ampliação da base de cálculo e majoração de alíquota

1ª Turma

Causa de diminuição e Lei de Drogas
Porte ilegal de munição e princípio da insignificância

2ª Turma

Quebra de sigilo bancário de contas públicas e requisição pelo Ministério Público
Produção antecipada de prova e pressupostos
Ato de efeitos concretos e Enunciado 10 da Súmula Vinculante - 2
Roubo: pena-base no mínimo legal e regime inicial fechado - 2
Administração municipal e publicidade de bebidas alcoólicas ou de cigarros - 2

Clipping do DJe

Transcrições

CNJ - Responsabilização dos Magistrados - Procedimento Disciplinar - “*DUE PROCESS OF LAW*” - A Questão da Tipicidade Aberta no Direito Administrativo Sancionador (MS 28.799/DF)

Outras Informações

PLENÁRIO

Substituição tributária e restituição - 15

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria e em conclusão, julgou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, declarou constitucionais o art. 19, II da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco e o art. 66-B, II, da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo, com redação dada pela Lei estadual paulista 9.176/1995. Os referidos diplomas legais asseguram a restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida — v. Informativos 331, 332, 397, 428, 443 e 455.

O Tribunal observou haver distinção substancial entre a ADI 1.851/AL (DJU de 15.5.2003) e as presentes ações diretas, razão pela qual a afastou como paradigma destes julgamentos. Naquele caso, o contribuinte poderia optar pelo regime de substituição tributária com o benefício fiscal da redução da base de cálculo, porém sem a possibilidade de restituição, se o fato gerador ocorrer em valor menor comparado ao presumido.

Ademais, ainda que tratassem da mesma questão, o Supremo Tribunal Federal poderia rediscutir o § 7º do art. 150 da Constituição, pois o efeito vinculante conferido àquela decisão estaria limitado aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, mas não à Suprema Corte.

As hipóteses de substituição tributária aqui discutidas são obrigatórias e não envolvem nenhum benefício fiscal, mas visam a assegurar a máxima arrecadação pelo Estado. Isso ocorre em virtude da antecipação ficta do fato gerador e da transferência da responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Caso não ocorra o fato gerador no valor presumido, o Estado tem o dever de restituir o montante pago a maior, por não ter competência constitucional para a retenção da diferença, sob pena de violação ao princípio constitucional da vedação ao confisco.

Além disso, o Tribunal afastou a alegação de que a restituição implicaria a inviabilidade do sistema de substituição tributária.

Vencidos, em ambas as ações, os ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, que julgavam procedentes os pedidos.

ADI 2675/PE, rel. min. Ricardo Lewandowski, 19.10.2016. (ADI-2675)

ADI 2777/SP, rel. orig. min. Cezar Peluso, red. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, 19.10.2016. (ADI-2777)

Ação rescisória e inconstitucionalidade de lei

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação rescisória, ajuizada para desconstituir acórdão da Segunda Turma (RE 193.285/RJ, DJU de 17-4-1998).

Para o autor, o acórdão rescindendo teria declarado a validade da Lei 1.061/1987 do Município do Rio de Janeiro, não obstante houvesse pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade dessa lei (RE 145.018/RJ, DJU de 10-9-1993). Naquela ocasião, a Corte entendeu que a referida lei municipal, além de violar a independência e harmonia entre os Poderes, desrespeitou a autonomia do ente municipal, pois vinculava a remuneração de seus servidores — sem o processo próprio de fixação e aumento da despesa pública com pessoal — ao Índice de Preços ao Consumidor (IPC) do governo federal.

Segundo o Colegiado, o entendimento adotado no julgamento do RE 145.018/RJ, no sentido da inconstitucionalidade da Lei municipal 1.061/1987, não deve ser modificado. Afinal, é inadmissível o argumento de que a irredutibilidade de vencimentos deveria garantir a preservação do valor real da remuneração — com a manutenção de poder aquisitivo —, de forma que o aumento do gasto com pessoal não consistiria em aumento de vencimentos dos servidores, mas, tão somente, em reajuste dos valores devidos. Asseverou que o acórdão rescindendo violou os arts. 13, I, III e V; 43, V; 57, II, e 65 da Emenda Constitucional 1/1969.

Enfatizou, também, que, salvo na hipótese de revisão da jurisprudência — art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) —, o que não se verificou na espécie, a declaração de inconstitucionalidade de lei proferida pelo Plenário, pronunciada por maioria qualificada, deve ser aplicada aos processos posteriormente submetidos ao julgamento das Turmas e do Plenário, conforme regra prevista no art. 101 do RISTF.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido. Para ele, a ação rescisória pressupõe violência à literalidade da lei, não sendo cabível como sucedâneo de incidente de uniformização de jurisprudência. Além disso, a questão relativa ao pronunciamento anterior do Plenário não teria sido suscitada no processo de origem.

AR 1551/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2016. (AR-1551)

Crimes contra a humanidade e prescrição - 2

O Plenário retomou julgamento de pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, ao qual se imputa a suposta prática de delitos de lesa-humanidade – v. Informativo 843.

O ministro Teori Zavascki, em voto-vista, indeferiu o pedido, por considerar estar extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando, nos termos da legislação brasileira, e de não ter sido atendido, portanto, o requisito da dupla punibilidade.

Destacou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, e relembrou o que contido no artigo 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro e no artigo III, “c”, do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, quanto à vedação do pleito de extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição.

Apresentou também o posicionamento da Corte em casos semelhantes, nos quais o pedido de extradição teria sido deferido apenas quanto aos crimes reputados de natureza permanente e considerados não prescritos, em virtude da não cessação da permanência, situação diversa da ora analisada.

Relativamente à qualificação dos delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade, entendeu que essa circunstância não afasta a aplicação da citada jurisprudência.

O ministro se referiu a fundamentos expostos na ADPF 153/DF, no sentido da não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, haja vista o país não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos

Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido, e, ainda, em razão de somente lei interna poder dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir.

Ponderou que, mesmo que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido ainda reproduzida no direito interno. O Estatuto de Roma, portanto, ainda que considerado norma de estatura supralegal ou constitucional, não elide a força normativa do artigo 5º, XV, da Constituição da República, que veda a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

Afastou, em seguida, ofensa ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, dado que, no caso, não se trata de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, mas de simples incidência de limitação prevista nesse tratado.

Concluiu que, estando prescritos os crimes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, eventual acolhimento do pedido extradicional acabaria por ofender o próprio tratado de extradição, que demanda a observância do requisito da dupla punibilidade.

Após os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que acompanhavam a divergência, e do voto do ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o relator, pediu vista dos autos a ministra Cármen Lúcia (Presidente). Em seguida, o Tribunal deliberou transformar a prisão do extraditando, atualmente em regime fechado, em prisão domiciliar.

Ext 1362/DF, rel. min. Edson Fachin, julgamento em 20.10.2016. (Ext-1362)

PIS/COFINS: base de cálculo e seguradoras - 10

O Tribunal retomou julgamento de embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, em que seguradora sustenta que as receitas de prêmios não integram a base de cálculo da COFINS, porquanto o contrato de seguro não envolve venda de mercadorias ou prestação de serviços — v. Informativo 556.

O ministro Marco Aurélio, em voto-vista, abriu divergência para acolher os embargos de declaração e julgar integralmente procedente o pedido.

Afirmou ser equivocado o entendimento do ministro Cezar Peluso (relator), baseado em premissas econômicas, para concluir que as sociedades empresárias em questão tenham de contribuir para o financiamento da seguridade social.

Observou que, a toda evidência, o Constituinte de 1988 quis fazer referência à acepção social e jurídica do conceito em vigor no momento da edição da Carta, o qual permanece hígido até hoje.

Aduziu que, se a interpretação do Supremo sempre foi no sentido de que o faturamento representa a receita bruta oriunda da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços e essa é acepção corrente no vocabulário geral e no técnico-científico, descabe estendê-la a outros limites, a pretexto de fazer justiça tributária.

O ministro reconheceu que, com o advento do Código Civil de 2002, teria sido alterado o eixo do direito comercial, que passou a ser empresarial, mas asseverou que a modificação no critério de identificação do empresário não teria o condão de promover a transformação no sentido de conceito secundário e específico, como o do faturamento.

Concluiu, no ponto, que a visão do relator implica criação de nova base de incidência da contribuição, para, por meio da interpretação, superar o que pode ser entendido como uma deficiência normativo-constitucional.

Acrescentou, por fim, que, ainda que o Colegiado adira ao conceito de faturamento expresso na proposta do relator, deverá prover o recurso, tendo em conta a configuração de vício de inconstitucionalidade formal, consubstanciado na derrogação da isenção estampada no artigo 11 da Lei Complementar nº 70/1991 pelo artigo 3º, § 5º, da Lei 9.718/1998, norma de hierarquia inferior.

Afirmou que o inciso II do artigo 146 da Constituição Federal reserva, expressamente, à lei complementar a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Dias Toffoli.

RE 400479 ED-AgR/RJ, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 20.10.2016. (RE-400479)

REPERCUSSÃO GERAL

Substituição tributária: direito à restituição e base de cálculo presumida maior que a efetiva - 2

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o direito da recorrente de lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado

de Minas Gerais, respeitado o lapso prescricional de cinco anos previsto na Lei Complementar 118/2005.

O Tribunal declarou, também, a inconstitucionalidade do art. 22, § 10, da Lei 6.763/1975 [“§ 10. Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: 1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo; 2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria”] e do art. 21 do Decreto 43.080/2002 (“Art. 21. Ressalvada a situação em que o fato gerador presumido não se realizar, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias: I – o contribuinte ou o responsável sujeito ao recolhimento da diferença do tributo; II – o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria”), ambos do Estado de Minas Gerais.

Além disso, conferiu interpretação conforme à Constituição às expressões “não se efetive o fato gerador presumido” e “fato gerador presumido que não se realizou”, contidas, respectivamente, no § 11 do art. 22 da Lei estadual [“§ 11. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, nas seguintes hipóteses: 1) caso não se efetive o fato gerador presumido”] e no art. 22 do Regulamento do ICMS (“Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo”), para que sejam entendidas em consonância à tese fixada — v. Informativo 843.

A Corte afirmou que a substituição tributária, prevista no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, tem como fundamento o princípio da praticidade. Desse modo, promove comodidade, economicidade e eficiência na execução administrativa das leis tributárias.

Ponderou, entretanto, que o princípio da praticidade tributária também encontra freio nos princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação do confisco, bem como na arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. Por conseguinte, é papel institucional do Poder Judiciário tutelar situações individuais que extrapolem o limite da razoabilidade.

Deve-se, portanto, interpretar aquele dispositivo constitucional em consonância com o significado jurídico-político do Estatuto Constitucional dos Contribuintes, tal como instituído pela Seção “Das Limitações do Poder de Tributar” da Constituição Federal. Noutras palavras, na qualidade de invenção humana voltada a discriminar o público do privado e redistribuir renda e patrimônio, a tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção “juris et de jure”, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse caráter definitivo, logo alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico.

O Plenário observou, ainda, não haver autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente na ocorrência do fato gerador. Assim, uma interpretação restritiva do § 7º do art. 150 da Constituição, com o objetivo de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e contribuinte. Desse modo, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, haja vista a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

Vencidos os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário sob o argumento de que considerar a base de cálculo presumida como provisória, e não como definitiva, inviabilizaria o instituto da substituição tributária. Ademais, destacavam que o valor presumido não seria arbitrário, pois leva em conta a média praticada pelo mercado.

Por fim, o Plenário, por maioria, modulou os efeitos do julgamento. Dessa forma, esse precedente poderá orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e de todo o sistema judicial. No entanto, em vista do interesse social e da segurança jurídica, decidiu que se preservem as situações passadas que transitaram em julgado ou que nem sequer foram judicializadas. Vencido, quanto à modulação, o Ministro Marco Aurélio.

RE 593849/MG, rel. min. Edson Fachin, 19.10.2016. (RE-593849)

Entidades beneficentes de assistência social e imunidade - 6

O Plenário retomou julgamento conjunto de recurso extraordinário e de quatro ações diretas de inconstitucionalidade em que debatida a constitucionalidade de dispositivos da legislação ordinária e infralegal que estabeleceram requisitos e procedimentos para fins de enquadramento na qualificação de “entidades beneficentes de assistência social”, indispensável para a fruição da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição.

Os dispositivos atacados “isentaram” das contribuições para a seguridade social apenas as entidades voltadas exclusivamente à assistência social beneficente de pessoas carentes e desde que prestada de modo gratuito e, no caso de serviços de saúde, desde que garantida a oferta de 60% dos atendimentos ao Sistema Único de Saúde (SUS). Alternativamente, às entidades sem fins lucrativos de saúde e de educação que não satisfizessem as condições anteriores foi

concedida a possibilidade de desfrutar de “isenção parcial” das contribuições sociais, na proporção do valor das vagas ou dos atendimentos oferecidos gratuitamente a pessoas carentes.

No caso, entidades dedicadas a serviços de saúde e de educação alegam que lei ordinária seria espécie normativa inidônea para estipular como requisito indispensável para a incidência de normas constitucionais de imunidade em geral a gratuidade (total ou parcial) dos serviços prestados a título de assistência social. Afirmam que, por traduzirem uma espécie de limitação ao poder de tributar, as normas de imunidade somente poderiam ser integradas por leis complementares, por imposição do art. 146, II, da Constituição, cuja força cogente não cederia diante da redação genérica da parte final do art. 195, § 7º — v. Informativo 749.

Em voto-vista, o ministro Teori Zavascki, preliminarmente, ao aplicar o princípio da fungibilidade, conheceu das ações diretas de inconstitucionalidade como ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nas arguições decorrentes da conversão da ADI 2.028/DF e da ADI 2.036/DF, acompanhou o ministro Joaquim Barbosa (relator), e julgou procedentes os pedidos formulados. Nas arguições decorrentes da conversão da ADI 2.228/DF e da ADI 2.621/DF, reputou-as procedentes, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º, IV; 3º, VI, §§ 1º e 4º, parágrafo único, do Decreto 2.536/1998, assim como dos arts. 1º, IV; 2º, IV e §§ 1º e 3º; 7º, § 4º, do Decreto 752/1993. No que se refere ao recurso extraordinário, haja vista que o acórdão recorrido se assentou não apenas na questão da reserva de lei complementar como veículo adequado à definição do modo beneficente de prestar assistência social — única matéria tratada no recurso —, mas também na circunstância de a demandante não ter preenchido uma das exigências validamente previstas pela Lei 8.212/1991 — a de obtenção de título de utilidade pública federal —, o ministro negou provimento ao recurso.

Afirmou que a reserva de lei complementar aplicada à regulamentação da imunidade tributária, prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, limita-se à definição de contrapartidas a serem observadas para garantir a finalidade beneficente dos serviços prestados pelas entidades de assistência social, o que não impede seja o procedimento de habilitação dessas entidades positivado em lei ordinária.

Explicou que, justamente por cumprir uma missão mais nobre, a imunidade se diferencia das isenções e demais figuras de desoneração tributárias. A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas à consecução de alguns dos objetivos que são fundamentais para a República, como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da República não podem ficar à mercê da vontade transitória de governos. Devem ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolvem costumeiramente os juízos políticos de conveniência e oportunidade, para desfrutar da dignidade de políticas de Estado.

Portanto, não se pode conceber que o regime jurídico das entidades beneficentes fique sujeito a flutuações legislativas erráticas, não raramente influenciadas por pressões arrecadatórias de ocasião. É inadmissível que tema tão sensível venha a ser regulado, por exemplo, por meio de medida provisória. O cuidado de inibir a facilitação de flutuações normativas nesse domínio justifica-se, sobretudo, pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma não haver direito adquirido a determinado tratamento tributário.

Assim, diante da relevância maior das imunidades de contribuições sociais para a concretização de uma política de Estado voltada à promoção do mínimo existencial e da necessidade de evitar que as entidades compromissadas com esse fim sejam surpreendidas com bruscas alterações legislativas desfavoráveis à continuidade de seus trabalhos, deve incidir nesse caso a reserva legal qualificada prevista no art. 146, II, da Constituição Federal. É essencial frisar, todavia, que essa proposição não produz uma contundente reviravolta na jurisprudência da Corte a respeito da matéria, mas apenas um reajuste pontual. Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da Constituição, especialmente quanto às contrapartidas a serem observadas por elas.

Por essas razões, o ministro Teori Zavascki concluiu pela inconstitucionalidade dos artigos da Lei 9.732/1998 que criaram contrapartidas a serem observadas pelas entidades beneficentes, e também dos dispositivos infralegais atacados nessas ações (arts. 1º, IV; 2º, IV e §§ 1º e 3º; 7º, § 4º, do Decreto 752/1993), que perderam o indispensável suporte legal do qual derivam. Contudo, não há vício formal – tampouco material – nas normas acrescidas ao inciso II do art. 55 da Lei 8.212/1991 pela Lei 9.429/1996 e pela MP 2.187/2001, essas últimas impugnadas pela ADI 2.228 e pela ADI 2.621.

As sucessivas redações do art. 55, II, da Lei 8.212/1991 têm em comum a exigência de registro da entidade no CNAS, a obtenção do certificado expedido pelo órgão e a validade trienal do documento. Como o conteúdo da norma tem relação com a certificação da qualidade de entidade beneficente, fica afastada a tese de vício formal. Essas normas tratam de meros aspectos procedimentais necessários à verificação do atendimento das finalidades constitucionais da regra de imunidade. Nesse aspecto, sempre caberá lei ordinária.

A ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do ministro Teori Zavascki. O ministro Dias Toffoli não converteu as ações diretas em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ressaltou que, havendo a inclusão de pauta de ação direta antes do exaurimento da eficácia da lei temporária impugnada, o Tribunal deveria julgá-la. No mérito, entretanto, acompanhou o ministro Teori Zavascki.

Em seguida, o ministro Marco Aurélio pediu vista das ações diretas e indicou adiamento do recurso extraordinário.

ADI 2028/DF, rel. min. Joaquim Barbosa, 19.10.2016. (ADI-2028)

ADI 2036/DF, rel. min. Joaquim Barbosa, 19.10.2016. (ADI-2036)

ADI 2621/DF, rel. min. Joaquim Barbosa, 19.10.2016. (ADI-2621)

ADI 2228/DF, rel. min. Joaquim Barbosa, 19.10.2016. (ADI-2228)

RE 566622/RS, rel. min. Marco Aurélio, 19.10.2016. (RE-566622)

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 7

O Plenário concluiu o julgamento conjunto de dois recursos extraordinários — v. Informativos 832 e 842.

No RE 838.284/SC, discutiu-se a validade da exigência de taxa para a expedição da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) baseada na Lei 6.994/1982, que estabelece limites máximos para a ART.

O Colegiado, por maioria, negou provimento ao recurso. Assentou que não viola a legalidade tributária lei que, prescrevendo o teto, possibilita ao ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.

O Tribunal, de início, traçou retrospecto acerca do tratamento das taxas devidas em decorrência da ART. Demonstrou, em síntese, que diversas leis passaram a autorizar a fixação, por atos infralegais, de taxas a favor de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, sem a prescrição de teto legal ou mesmo homogeneidade de tratamento.

A Lei 6.994/1982, por sua vez, delegou ao órgão federal de cada entidade a fixação dos valores das taxas correspondentes aos serviços relativos a atos indispensáveis ao exercício da profissão, observados os respectivos limites máximos. Com essa lei, a temática das taxas cobradas a favor dos conselhos de fiscalização de profissões ganhou nova disciplina.

Cabe indagar, portanto, se a fixação de valor máximo em lei formal atende ao art. 150, I, da Constituição Federal, haja vista a natureza jurídica tributária da taxa cobrada em razão do poder de polícia (fiscalização de profissões). Em outras palavras, cumpre saber qual o tipo e o grau de legalidade que satisfazem essa exigência, sobretudo quanto à espécie tributária taxa.

O Tribunal teceu considerações sobre o princípio da legalidade tributária e apontou para o esgotamento do modelo da tipicidade fechada como garantia de segurança jurídica. Dessa forma, o legislador tributário pode valer-se de cláusulas gerais, e as taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia podem ter algum grau de indeterminação, por força da ausência de minuciosa definição legal dos serviços compreendidos. Diante de taxa ou contribuição parafiscal, é possível haver maior abertura dos tipos tributários. Afinal, nessas situações, sempre há atividade estatal subjacente, o que acaba deixando ao regulamento uma carga maior de cognição da realidade, sobretudo em matéria técnica.

Assim, a ortodoxa legalidade, absoluta e exauriente, deve ser afastada, em razão da complexidade da vida moderna e da necessidade de adaptação das leis tributárias à realidade em constante mudança. Nesse sentido, deve-se levar em conta o princípio da praticidade no direito tributário e a eficiência da Administração Pública, o que tem sido a tendência jurisprudencial da Corte.

Especificamente no que se refere a taxas, ao contrário do que ocorre com impostos, o montante cobrado não pode variar senão em função do custo da atividade estatal, com razoável equivalência entre ambos. O grau de arbítrio do valor da taxa, no entanto, tende a ficar mais restrito nos casos em que o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência é complementado por ato infralegal. Isso ocorre porque a razão autorizadora da delegação dessa atribuição anexa à competência tributária está justamente na maior capacidade de a Administração, por estar estritamente ligada à atividade estatal direcionada ao contribuinte, conhecer a realidade e dela extrair elementos para complementar o aspecto quantitativo da taxa. Assim, há, com maior grau de proximidade, a razoável equivalência do valor da exação com os custos a ressarcir.

O Plenário ponderou, ainda, se a taxa devida pela ART, na forma da Lei 6.994/1982, insere-se nesse contexto. A princípio, não há delegação de poder de tributar no sentido técnico da expressão. A lei não repassa ao ato infralegal a competência de regulamentar, em toda profundidade e extensão, os elementos da regra matriz de incidência da taxa devida em razão da ART. Os elementos essenciais da exação podem estar nas leis de regência. Assim, no antecedente da regra matriz de incidência, está o exercício do poder de polícia relacionado à ART a que todo contrato está sujeito. O sujeito passivo é o profissional ou a empresa, ao passo que o sujeito ativo é o respectivo conselho regional. No aspecto quantitativo, a lei prescreve o teto sob o qual o regulamento poderá transitar.

Esse diálogo realizado com o regulamento é um mecanismo que objetiva otimizar a justiça comutativa. As diversas resoluções editadas sob a vigência dessa lei parecem condizer com a assertiva. Afinal, em geral, esses atos normativos, utilizando-se de tributação fixa, determinam uma quantia determinada de taxa relativa à ART para cada classe do valor de

contrato. Esse valor é utilizado como critério para incidência do tributo, como elemento sintomático do maior ou menor exercício do poder de polícia. Ademais, não cabe aos conselhos realizar a atualização monetária do teto legal, ainda que constatem que os custos a serem financiados pela taxa relativa à ART ultrapassam o limite. Entendimento contrário violaria o art. 150, I, da Constituição.

Em suma, a norma em comento estabelece diálogo com o regulamento em termos de a) subordinação, ao prescrever o teto legal da taxa referente à ART; b) desenvolvimento da justiça comutativa; e c) complementariedade, ao deixar valoroso espaço para o regulamento complementar o aspecto quantitativo da regra matriz da taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia. Portanto, o Legislativo não abdica de sua competência acerca de matéria tributária e, a qualquer momento, pode deliberar de maneira diversa e firmar novos critérios políticos ou paradigmas a serem observados pelo regulamento.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que proviam o recurso, por entenderem inconstitucional a exigência da taxa para expedição de ART nos termos da Lei 6.994/1982, considerada a ofensa ao art. 150, I, da CF.

Já no que se refere ao RE 704.292/PR, o Colegiado debateu a natureza jurídica da anuidade de conselhos de fiscalização profissional, bem como a possibilidade de fixação de seu valor por meio de resolução interna de cada conselho.

O Tribunal negou provimento ao recurso e declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 11.000/2004. Assim, excluiu de sua incidência a autorização dada aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas. Por arrastamento, também reputou inconstitucional a integralidade do § 1º do aludido preceito.

Para o Colegiado, é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

Reportou-se aos fundamentos teóricos do caso anterior (RE 838.284/SC) para afirmar que a lei impugnada, ao confiar ao ato infralegal a otimização dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, fixou diálogo com o regulamento. No entanto, ao prever a necessidade de graduação das anuidades conforme os níveis superior, técnico e auxiliar, não o fez em termos de subordinação nem de complementariedade.

Os dispositivos não estabelecem expectativas e criam situação de instabilidade institucional, deixando ao puro arbítrio do administrador o valor da exação. Não há previsão legal de qualquer limite máximo para a fixação do valor da anuidade. Esses preceitos fazem com que a deliberação política de obter o consentimento dos contribuintes deixe de ser do parlamento e passe para os conselhos de fiscalização, entidades autárquicas eminentemente administrativas, portanto destituídas de poder político.

Para o contribuinte, surge uma situação de intranquilidade e incerteza por não saber o quanto lhe poderá ser cobrado; para o fisco, significa uma atuação ilimitada e carente de controle. Tudo retrata que a remissão ao regulamento se deu de maneira insubordinada, sem delimitação do grau de concreção com que o elemento do tributo (seu valor) pode ser disciplinado pelo ato autorizado. Nesse sentido, o regulamento autorizado não complementa o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência tributária (elemento essencial na definição do tributo), mas o cria, inovando, assim, a ordem jurídica. O grau de indeterminação do art. 2º da Lei 11.000/2004, na parte em que autoriza os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas relacionadas com suas atribuições, provocou a degradação da reserva legal, consagrada pelo art. 150, I, da Constituição Federal. Isso porque a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de elementos tributários essenciais. O respeito ao princípio da legalidade demanda que a lei, em sentido estrito, prescreva o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para calculá-lo, o que não ocorreu na espécie.

O Tribunal verificou que a jurisprudência tem acompanhado esse entendimento. Assim, da mesma forma que é vedado aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas fixar em abstrato as contribuições anuais, é defeso, a pretexto de atualização monetária, majorar as anuidades em patamar superior ao teto fixado em lei. Orientação diversa possibilitaria a efetiva majoração do tributo por ato infralegal, em nítida ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Por fim, na discussão sobre o correto índice de atualização monetária a ser aplicável ao período, seja para a correção do referido teto legal, seja para a correção do valor devido à recorrida, o Tribunal destacou que, geralmente, esse assunto tem natureza infraconstitucional, como na espécie. Impossível, portanto, seu reexame em recurso extraordinário.

Por fim, o Plenário deliberou não modular os efeitos da decisão proferida em ambos os recursos extraordinários.

RE 838284/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 19.10.2016. (RE-838284)

RE 704292/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 19.10.2016. (RE-704292)

COFINS: ampliação da base de cálculo e majoração de alíquota

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da ampliação da base

de cálculo e da majoração de alíquota da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), instituída pela Lei 10.833/2003, resultante da conversão da Medida Provisória 135/2003.

O ministro Marco Aurélio (relator), conheceu em parte do recurso, e, na parte conhecida, deu-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade da norma.

De início, entendeu configurado o vício formal, tendo em conta a vedação contida no art. 246 da Constituição Federal, a contaminar, por conseguinte, a lei de conversão. Asseverou que a alteração promovida no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 20/1998, passou a ter, como base de cálculo da contribuição, além de faturamento, receitas em geral, sendo versada matéria, de forma específica quanto à substituição, atinente à sistemática de recolhimento, creditamento e pagamento da COFINS.

Ademais, reputou violado o princípio da isonomia. Afirmou, no ponto, que, de um lado, estabeleceu-se a não cumulatividade, excluídas as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado e no que se refere àquelas que se sujeitam à satisfação tributária pelo lucro real, previu-se a majoração da alíquota, passando a haver duplo percentual: o de 7,6% quanto às beneficiárias da não cumulatividade e o de 3% para as demais.

O relator também salientou que o sistema de cálculo do imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado depende do atendimento a requisitos impostos pelo Estado, não havendo, portanto, possibilidade, por parte do contribuinte, de optar por uma ou outra forma. Assim, sabendo-se de antemão o enquadramento do contribuinte, fixa-se alíquota menor ou maior, sendo esta última mais do que o dobro da primeira.

Relativamente ao conflito entre a exposição de motivos da medida provisória e seu conteúdo, a refletir na lei de conversão, o relator afastou a apontada violação à Carta da República, ao fundamento de que, do ponto de vista normativo, considera-se o teor abstrato e autônomo da norma e não a exposição de motivos.

Por ausência de prequestionamento, rejeitou a alegada afronta ao artigo 195, § 4º, da Lei Maior.

Não verificou, por fim, ofensa aos princípios da proibição do confisco e da capacidade contributiva. Asseverou que o § 9º do artigo 195 da Constituição dispõe que as contribuições sociais previstas no inciso I do artigo podem ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão de obra. Tendo em conta esse aspecto, a Constituição Federal, na sua redação primitiva, ao dispor, no § 12 do artigo 195, que lei definiria as situações jurídicas não cumulativas, abriu margem ao tratamento diferenciado que, em última análise, faz-se sem que se possa concluir pela existência de contribuintes em idêntica situação. Pelas mesmas razões, não se teria presente o confisco, em face da opção político-normativa.

Em divergência, o ministro Edson Fachin negou provimento ao recurso. Quanto ao alegado vício formal, considerou a jurisprudência da Corte no sentido de não vislumbrar ofensa ao artigo 246 na hipótese de mera majoração de alíquotas de contribuições sociais. Pela mesma razão, reputou que o presente caso não atrai a aplicação da reserva de lei complementar, haja vista não se tratar de novo tributo.

Quanto à vedação ao efeito confiscatório, concluiu ser juridicamente insustentável buscar guarida nesse princípio em sede de jurisdição constitucional, tendo em conta a orientação do STF segundo a qual a caracterização desse efeito pressupõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada operação ou situação, tomando-se em conta custos, carga tributária global, margens de lucro e condições pontuais do mercado e de conjuntura econômica.

Por fim, adotou o entendimento da Corte de que eventuais diferenças entre os regimes de lucro real ou de lucro presumido, inclusive a respeito do direito ao creditamento, não representam ofensa à isonomia ou à capacidade contributiva, porquanto a sujeição ao regime do lucro presumido é uma escolha feita pelo contribuinte, considerado o seu planejamento tributário.

Após os votos dos ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanhavam a divergência, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

RE 570122/RS, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 20.10.2016. (RE-570122)

PRIMEIRA TURMA

Causa de diminuição e Lei de Drogas

A Primeira Turma, ante o empate na votação, denegou a ordem em “habeas corpus”, no qual se pretendia a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de oito anos e três meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 833 dias-multa, pela prática de tráfico de entorpecentes (art. 33, “caput”, da Lei de Drogas), com a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, do referido diploma legal.

Segundo a defesa, o paciente — que teria exercido apenas a função de “mula” do tráfico — preencheria todos os

requisitos para a incidência da causa de diminuição, sendo inadmissível afastar sua aplicação por meras suposições a respeito de sua participação em grupo criminoso.

A defesa alegava, ainda, que o juízo sentenciante considerou a quantidade de droga apreendida tanto na dosimetria da pena-base, como na exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

O Colegiado entendeu que, na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), a quantidade de entorpecente não foi observada para a dosimetria da pena-base, fixada no mínimo legal. Consignou, também, não ser crível que o paciente — surpreendido com 500 kg de maconha — não esteja integrado, de alguma forma, a organização criminosa, circunstância que justificaria o afastamento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, por sua vez, não conheceram do “writ”, por ter sido impetrado em substituição ao recurso ordinário cabível.

HC 130981/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 18.10.2016. (HC-130981)

Porte ilegal de munição e princípio da insignificância

A Primeira Turma denegou a ordem em “habeas corpus”, no qual se pretendia o reconhecimento da atipicidade material da conduta do paciente, caracterizada pelo porte ilegal de munição de uso permitido (art. 14, “caput”, da Lei 10.863/2003).

No caso, o paciente foi condenado à pena de dois anos e dois meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, em razão do porte de projétil de arma de fogo. A pena privativa foi substituída por duas restritivas de direito.

A defesa alegava ser irrelevante a conduta praticada pelo paciente, bem como estarem presentes todos os requisitos exigidos pela Corte para a incidência do princípio da bagatela. Destacava a existência de precedentes deste Tribunal, nos quais assentada a aplicabilidade desse princípio a delitos de perigo abstrato (porte de drogas para consumo, desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações, pesca irregular e moeda falsa, por exemplo). Apontava, ademais, a desproporcionalidade entre a conduta do paciente e a reprimenda imposta.

Para o Colegiado, porém, a configuração da conduta tipificada no art. 14, “caput”, da Lei 10.826/2003 (“Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”) não depende do tipo ou da quantidade da munição portada pelo agente.

HC 131771/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 18.10.2016. (HC-131771)

SEGUNDA TURMA

Quebra de sigilo bancário de contas públicas e requisição pelo Ministério Público

A Segunda Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretende trancar ação penal instaurada para apurar crimes de desvio de verbas públicas, lavagem de dinheiro e fraudes em licitações. Argumenta-se que as provas seriam ilícitas, pois teriam sido colhidas por meio de quebra de sigilo bancário solicitada por ofício encaminhado pelo Ministério Público (MP), sem autorização judicial, a gerente de instituição financeira.

O Tribunal de origem entendeu que as contas públicas, por força dos princípios da publicidade e da moralidade (CF, art. 37), não têm, em geral, direito à intimidade e à privacidade. Por conseguinte, não são abrangidas pelo sigilo bancário.

A defesa alega que não estaria em discussão a publicidade inerente às contas públicas, conforme consignado no acórdão recorrido, mas sim a violação ao direito fundamental à intimidade da pessoa humana. Sustenta que a ação penal movida contra os recorrentes estaria edificada em provas obtidas por meio inidôneo, pois a autorização judicial é indispensável para a quebra de sigilo bancário.

O ministro Dias Toffoli (relator) negou provimento ao recurso. Asseverou que o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. Citou como precedente o MS 33.340/DF, DJE de 3-8-2015.

Para o relator, diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios (CF, art. 129, VIII), requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta-corrente de titularidade da prefeitura municipal. Essa requisição compreenderia, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetivaria garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos.

Acrescentou, por fim, que decidir em sentido contrário implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas.

Em seguida, o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos.

RHC 133118/CE, rel. Min. Dias Toffoli, 18.10.2016. (RHC-133118)

Produção antecipada de prova e pressupostos

A Segunda Turma iniciou julgamento de “habeas corpus” no qual se pretende reconhecer a ilegalidade de audiência realizada em ação penal em que o paciente figura como réu.

No caso, ele foi denunciado pela suposta prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, delito previsto no art. 302 da Lei 9.503/1997. Por estar foragido, foi citado por edital, com a conseqüente suspensão do processo [Código de Processo Penal (CPP), art. 366]. O juízo determinou, em seguida, a realização de audiência de produção antecipada de prova.

Na impetração, sustenta-se haver cerceamento de defesa em virtude da mencionada audiência. A produção antecipada de prova teria como único fundamento o decurso do tempo, o que, no caso, seria justificativa insuficiente.

O ministro Ricardo Lewandowski (relator), acompanhado pelo ministro Dias Toffoli, concedeu a ordem. Entendeu não haver fundamento concreto a indicar a imprescindibilidade da produção antecipada de prova. Afinal, a justificativa oferecida pelo juízo — de que o decurso do tempo poderia implicar a imprestabilidade dos depoimentos das testemunhas — foi genérica, ao arpejo da norma processual penal.

O relator reputou, ainda, que, para a produção antecipada de prova, é preciso combinar o art. 156, I, com os arts. 225 e 366 do CPP. Nesse sentido, somente se justificaria nas hipóteses em que a testemunha houver de ausentar-se, ou haja receio de que, ao tempo da instrução criminal, já não exista. No caso, entretanto, o juízo justificou a necessidade de produção antecipada de prova somente na possibilidade de as testemunhas não serem localizadas e no fato de uma delas ser policial militar.

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

HC 135386/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18.10.2016. (HC-135386)

Ato de efeitos concretos e Enunciado 10 da Súmula Vinculante - 2

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que havia desprovido reclamação em que se discutia se órgão fracionário de tribunal regional federal, ao afastar a aplicação do Decreto Legislativo 006/2010, editado pela Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, teria violado o Enunciado 10 da Súmula Vinculante [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”]. O referido decreto havia sustado o andamento de ação penal movida contra deputado estadual, com fundamento no art. 53, § 3º, da Constituição Federal e no art. 34, §§ 4º e 5º, da Constituição do Estado de Roraima — v. Informativo 788.

O agravante sustentava que o ato normativo possuiria grau de abstração, generalidade e impessoalidade suficientes a exigir a observância do art. 97 da CF e do Enunciado 10 da Súmula Vinculante.

O Colegiado considerou que, em razão de o mencionado decreto legislativo não constituir lei em sentido formal ou material, nem possuir caráter de ato normativo, não se aplica ao caso a regra do art. 97 da CF, inexistindo, dessa forma, ofensa ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante. Ademais, por ter um destinatário específico e referir-se a uma dada situação individual e concreta, exaurindo-se no momento de sua promulgação, o decreto não atende às exigências de abstração, generalidade e impessoalidade, o que caracteriza típico ato estatal de efeitos concretos.

Vencidos os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que proviam o agravo.

Rcl 18165 AgR/RR, rel. Min. Teori Zavascki, 18.10.2016. (Rcl-18165)

Roubo: pena-base no mínimo legal e regime inicial fechado - 2

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, deu provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que o recorrente pleiteava a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

No caso, ele foi condenado pela prática de roubo duplamente circunstanciado, em razão do concurso de agentes e do uso de arma de fogo. Na sentença, o juízo fixou a pena-base no mínimo legal, mas estabeleceu o regime inicial fechado — v. Informativo 841.

O Colegiado entendeu, de acordo com precedentes da Turma, que o juízo, ao analisar os requisitos do art. 59 do Código Penal, havia considerado todas as circunstâncias favoráveis.

Concluiu que, fixada a pena no mínimo legal, não cabe determinar regime inicial fechado. Lembrou, também, orientação do Enunciado 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido (“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”).

Vencido o ministro Ricardo Lewandowski (relator), que desprovia o recurso.

RHC 135298/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, 18.10.2016. (RHC-135298)

Administração municipal e publicidade de bebidas alcoólicas ou de cigarros – 2

A Segunda Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que declarava a inconstitucionalidade da Lei 12.643/1998 do Município de São Paulo. De iniciativa parlamentar, o normativo veda a realização, em bens imóveis do Município, de eventos patrocinados ou copatrocínados por empresas produtoras, distribuidoras, importadoras ou representantes de bebidas alcoólicas ou de cigarros, com a utilização de propaganda — v. Informativo 381.

O recorrente alegava que as hipóteses de iniciativa legislativa do prefeito para deflagrar o processo legislativo no Município deveriam ser interpretadas de forma restritiva e não ampliativa, sob pena de afronta ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

Para o Colegiado, a Lei 12.643/1998 não invadiu a esfera de atribuição própria do Poder Executivo. A competência do prefeito para exercer a administração do patrimônio municipal não impede que o Poder Legislativo estabeleça, mediante lei, limitações à realização, em imóveis do Município, de eventos patrocinados por empresas ligadas ao comércio de cigarros e de bebidas alcoólicas. Além disso, consignou que a realização de eventos não se enquadra nas atividades de mera administração dos bens públicos, sendo legítima sua regulamentação por lei.

A Turma decidiu, ainda, que não houve desrespeito ao art. 22, XXIX, da Constituição Federal — que atribui à União a competência privativa para legislar sobre propaganda comercial. A Lei municipal 12.643/1998 não limita a veiculação de propagandas comerciais por distribuidoras de cigarro e de bebidas alcoólicas, mas apenas proíbe a realização, em imóveis do Município, de eventos patrocinados por empresas envolvidas no comércio dessas substâncias. Concluiu, dessa forma, que a restrição imposta pela lei local recai sobre a Administração Pública municipal e não sobre as empresas comercializadoras de cigarros e bebidas alcólicas, encontrando-se, por conseguinte, no âmbito de competência do Poder Legislativo local.

Vencida a ministra Ellen Gracie (relatora), que negava provimento ao recurso.

RE 305470/SP, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, 18.10.2016. (RE-305470)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	19.10.2016	20.10.2016	9	50
1ª Turma	18.10.2016	—	70	80
2ª Turma	18.10.2016	—	15	64

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 14 a 20 de outubro de 2016.

CLIPPING DO DJE
17 a 21 de outubro de 2016

ADI N. 2.386-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI n° 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto n° 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta n° 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4° do art. 1°, da Lei Complementar n° 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5° e 6° da Lei Complementar n° 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1° da Lei Complementar n° 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3°, § 3°, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI n° 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI n° 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

1. Julgamento conjunto das ADI n° 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.

2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto n° 4.545/2002, visto que a Lei n° 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI n° 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes.

3. A expressão “do inquérito ou”, constante do § 4° do art. 1° da Lei Complementar n° 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes:

AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95.

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição **sine qua non** para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o **dever fundamental de pagar tributos**, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, **sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.**

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (**Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001.

9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada **improcedente**. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas **improcedentes**. **Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.**

RECURSO ORD. EM MS N. 31.478-DF

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PUBLICO DE ADMISSÃO À CARREIRA DE DIPLOMATA. EDITAL CACD 2011. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADO NO EDITAL. PRETENSÃO DE QUALIFICAR EXTERIORIZAÇÃO DE CONSULTA, PELA AUTORIDADE COATORA, ACERCA DE VIABILIDADE ORÇAMENTÁRIA PARA PROVIMENTO DE MAIS UM CARGO COMO VAGA CRIADA DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O candidato foi aprovado fora das vagas previstas em edital, e, tendo sido demonstrado nos autos a ausência do surgimento de novas vagas ou abertura de novo certame durante o prazo de validade do certame, resta inadequada a pretensão de aplicação do precedente julgado pelo Plenário no RE 837.311-RG.

2. A simples consulta feita pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, acerca da viabilidade orçamentária para o provimento de eventual vaga adicional ao Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata, não caracteriza a existência efetiva de vaga excedente durante o prazo de validade do certame. Com efeito, esta manifestação era autorizativa para a nomeação de candidatos aprovados e não classificados no certame, e ela jamais se configurou, donde inexistir direito líquido e certo ao provimento do cargo pretendido, porque a vaga nunca existiu.

3. Recurso ordinário desprovido.

*noticiado no Informativo 834

HC N. 131.871-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Habeas corpus. Penal. Homicídios simples (art. 121, caput, CP). Pena-base. Circunstâncias judiciais. Pretendido reexame. Descabimento. Crime continuado simples (art. 71, caput, CP). Critério de exasperação de pena. Número de infrações cometidas. Crime continuado qualificado (art. 71, parágrafo único, CP). Majoração não adstrita ao número de infrações praticadas. Hipótese em que 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”. Aumento de 2/3 (dois terços). Fundamentação amparada apenas no número de crimes praticados (dois). Ausência de valoração negativa dos vetores previstos no art. 71, parágrafo único, do Código Penal. Inadmissibilidade. Writ parcialmente concedido para anular em parte a dosimetria e determinar que seja adequadamente fundamentada a fração de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva.

1. A via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação e ao reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença condenatória. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, o **quantum** de exasperação da pena, no crime continuado simples (art. 71, **caput**, CP), deve ser proporcional ao número de infrações cometidas (RHC nº 107.381/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 14/6/11; HC nº 99.245/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 21/9/11; AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13).

3. Diversamente, no crime continuado qualificado, a majoração da pena não está adstrita ao número de infrações praticadas, haja vista que o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, determina que 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”.

4. Logo, a fração de aumento de pena no crime continuado qualificado lastreia-se nos vetores em questão, e não apenas no número de infrações praticadas.

5. Na espécie, embora se tratasse de crime continuado qualificado, o tribunal local expressamente fundamentou o aumento de 2/3 (dois terços) da pena somente no número de crimes praticados (dois), deixando de valorar negativamente os vetores do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

6. Logo, tratando-se de apenas duas infrações, não houve motivação idônea, como seria de rigor, para a majoração em patamar superior ao piso de 1/6 (um sexto).

7. Ordem de **habeas corpus** parcialmente concedida para anular, em parte, a dosimetria da pena e determinar que seja adequadamente fundamentada a escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva.

Acórdãos Publicados: 355

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

CNJ - Responsabilização dos Magistrados - Procedimento Disciplinar - “DUE PROCESS OF LAW” - A Questão da Tipicidade Aberta no Direito Administrativo Sancionador (Transcrições)

MS 28.799/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: **Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** *Órgão constitucionalmente posicionado* na estrutura institucional do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A). **Outorga, ao CNJ, de poder de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e de fiscalização do cumprimento,** pelos magistrados, *de seus deveres funcionais.* **O dogma republicano** da responsabilização dos agentes públicos *em geral.* **A legitimidade da apuração** da responsabilidade disciplinar de juízes **como natural consectário do modelo republicano.** **A questão da incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador** do exercício, *pelo CNJ,* de sua competência *em matéria disciplinar.* **Jurisprudência plenária** do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, **reconhecendo ser originária, autônoma e concorrente** a competência do CNJ *em matéria disciplinar* (MS 28.003/DF – MS 29.167-AgR/DF, v.g.). **Posição pessoal** deste Relator, *em sentido contrário, que admite a tese da subsidiariedade* dessa competência disciplinar, **ressalvada a ocorrência de situações anômalas** (MS 28.784-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Aposentadoria compulsória** de magistrados, *com subsídio proporcional ao tempo de serviço, em decorrência* de procedimento **incompatível com a dignidade, a honra e o decoro** de suas funções (LOMAN, art. 56, inciso II). **Alegada inconstitucionalidade de referido dispositivo legal, por consubstanciar norma veiculadora** de “conceitos jurídicos indeterminados”. **Inocorrência. Reconhecimento da legitimidade** da adoção *do modelo jurídico de tipicidade aberta.* **Consequente possibilidade** da instituição de *estruturas típicas flexíveis* no âmbito do direito administrativo sancionador. **Doutrina. Suposta transgressão** ao postulado da motivação dos atos decisórios (CF, art. 93, IX). **Inocorrência. Pretendida reavaliação** dos elementos de prova que, **ponderados** pelo órgão competente, **substanciam** o juízo censório **proferido pelo CNJ.** **Controvérsia que implica exame aprofundado de fatos e que demanda confronto analítico de matéria essencialmente probatória.** **Tema que refoge aos estreitos limites** do “writ” mandamental, **em cujo âmbito não se admite a instauração incidental de dilação probatória.** **A ação** de mandado de segurança **configura processo de caráter tipicamente documental.** **Doutrina. Precedentes. Pretendida análise da proporcionalidade e da razoabilidade** da sanção constitucional **imposta** à impetrante (CF, art. 93, VIII). **Inviabilidade do reexame** fundado em tais critérios. **Precedentes específicos do STF. Observância, pelo CNJ, de todas** as prerrogativas jurídicas **que compõem** a garantia constitucional *do devido processo legal* (RMS 28.517-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Penalidade legitimamente aplicada** pelo Conselho Nacional de Justiça **em consonância** com a natureza grave da falta cometida, **em harmonia** com a regência normativa pertinente à matéria **e com pleno apoio** em conjunto probatório produzido *sob o signo do contraditório* no procedimento disciplinar. **Mandado de segurança denegado.**

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança **impetrado** contra deliberação que o E. Conselho Nacional de Justiça **proferiu** nos autos do **Processo Administrativo Disciplinar** nº 20091000019225, Rel. Cons. IVES GANDRA, **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 39/41):

“**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA SOCORRER LOJA MAÇÔNICA – ENVOLVIMENTO DE JUÍZES – ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS (CF, ART. 37) E AOS DA IMPARCIALIDADE, TRANSPARÊNCIA, INTEGRIDADE, DIGNIDADE, HONRA E DECORO DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO (LOMAN, ART. 56, II), DE PARTE DOS JUÍZES ENVOLVIDOS.**

1. **A Administração Pública se pauta pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros** (CF, art. 37). O Juiz se pauta, em sua conduta, pelos princípios da imparcialidade, transparência, integridade, dignidade, honra e decoro (Código de Ética da Magistratura Nacional).

2. **Fere de morte os referidos princípios e o sentido ético do magistrado:** a) a escolha **discricionária**, por parte do Presidente do TJ-MT, assistido por juiz auxiliar que se encarregava dessa tarefa, dos juízes que irão receber parcelas atrasadas, pautando-se pela avaliação subjetiva do administrador da ‘necessidade’ de cada um; b) o **pagamento das referidas parcelas sem emissão de contra-cheque**, mediante simples depósito em conta do magistrado contemplado, que desconhece a que título específico recebe o montante depositado; c) o **direcionamento de montante maior do pagamento de parcelas atrasadas aos integrantes da administração do Tribunal (constituindo, no caso do Vice-Presidente e do Corregedor-Geral, verdadeiro pagamento de ‘cala a boca’, em astronômicas somas, para não se oporem ao ‘esquema’)** e aos magistrados que poderiam emprestar o valor recebido à Loja Maçônica ‘Grande Oriente do Estado do Mato Grosso’, presidida pelo Presidente do Tribunal e integrada por seus juízes auxiliares, que procederam às gestões para obter empréstimos de outros magistrados (que funcionaram como verdadeiros ‘laranjas’, ou seja, meros intermediadores do repasse das quantias pagas), visando a socorrer financeiramente a referida Loja, pelo desfalque ocorrido em Cooperativa de Crédito por ela instituída; d) o **cálculo ‘inflacionado’ dos atrasados abrangendo período prescrito, com adoção de índices de atualização mais favoráveis aos beneficiários e incluindo rubricas indevidas ou com alteração posterior do título pelos quais as mesmas verbas eram pagas.**

3. **Hipótese de aposentadoria compulsória dos Requeridos, proporcional ao tempo de serviço, a bem do serviço público, nos termos dos arts. 42, V, e 56, II, da LOMAN, por patente atentado à moralidade administrativa e ao que deve nortear a conduta ética do magistrado, quando da montagem de verdadeiro ‘esquema’ de direcionamento de verbas públicas à Loja Maçônica GOEMT em dificuldades financeiras.**

Processo Administrativo Disciplinar julgado procedente.” (grifei)

A parte ora impetrante **sustenta**, em síntese, que o E. Conselho Nacional de Justiça, **ao proferir** a deliberação ora questionada, **teria incidido** em “uma série de erros materiais e equívocos interpretativos com relação aos fatos que envolveram a demanda” (fls. 07), **pois**, segundo alega, “**não há qualquer indício** de que a impetrante tenha recebido seus créditos **de forma privilegiada, seja** porque os créditos recebidos eram realmente devidos, **seja** porque não houve prévio condicionamento do recebimento dos créditos, **seja** porque os valores recebidos não destoam da média dos juízes com créditos similares a receber” (fls. 23 – grifei).

Assinala, ainda, que “a condenação da impetrante em processo administrativo-disciplinar **em virtude de ter supostamente emprestado recursos financeiros à Ordem Maçônica Grande Oriente do Mato Grosso viola direito líquido e certo da autora, na medida em que faz tábula rasa dos direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão**” (fls. 26 – grifei).

A autora deste “*writ*” mandamental **argui** a “*inconstitucionalidade da norma-fundamento da condenação*”, **alegando**, para tanto, que o art. 56, II, da LOMAN configuraria “*norma composta por conceitos jurídicos indeterminados*”, o que violaria os princípios da segurança jurídica (CF, art. 5º, “*caput*”), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e da legalidade administrativa (CF, art. 37, “*caput*”).

A parte ora impetrante, finalmente, **apoiou** o seu pleito na afirmação de que a decisão administrativa, ao aplicar a sanção disciplinar, **não teria observado** os princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.

O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, **aprovado** pela Chefia da Instituição, *opinou pela denegação* da segurança **em manifestação** que está assim ementada (fls. 793):

“*Mandado de Segurança. CNJ.*

Processo Administrativo Disciplinar nº 2009.10.00.001.922-5 do CNJ. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Prática de atos incompatíveis com a dignidade, honra e decoro das funções da magistratura, art. 56, II, da LOMAN. Aplicação da pena de Aposentadoria Compulsória. Parecer pela denegação da ordem.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a apreciar esta impetração.

Antes de fazê-lo, no entanto, **assinalo** que o exame da pretensão ora deduzida **suscita** reflexão **em torno** de temas *impregnados do mais alto relevo constitucional*, a **começar** por aquele que se refere à **legitimidade** da competência que, *em matéria disciplinar*, foi constitucionalmente outorgada ao E. Conselho Nacional de Justiça.

Como se sabe, o E. CNJ **dispõe** de competência, **em sede disciplinar**, para fazer instaurar procedimentos **destinados** a investigar e apurar *desvios funcionais*, **ou** atos de *improbidade administrativa*, **ou**, ainda, *outras ilicitudes de caráter jurídico-administrativo*.

Inquestionável, por isso mesmo, a **integridade** dessa competência em matéria disciplinar, **que traduz**, **mais** do que uma prerrogativa jurídica, **verdadeiro dever-poder** de adotar medidas **que viabilizem a plena e efetiva responsabilização disciplinar de magistrados que hajam conspurcado** o seu ofício e **transgredido** a autoridade da lei.

O **estatuto jurídico** que rege a atuação dos juízes **não pode** ser invocado para **excluir** a possibilidade de responsabilização penal e/ou disciplinar **dos magistrados faltosos**, que, ao procederem com dolo ou fraude, **tenham causado** injusto gravame aos direitos de qualquer pessoa **ou tenham revelado**, em seu comportamento funcional, **absoluta inadequação** aos vetores axiológicos e aos parâmetros ético-jurídicos **que regem** a atuação dos membros do Poder Judiciário.

É sempre importante reafirmar que *o princípio republicano consagra o dogma* segundo o qual **todos** os agentes públicos, **inclusive** os magistrados, **são responsáveis** em face da lei e perante a Constituição, **devendo expor-se, por isso mesmo, de maneira plena, às consequências** que derivam de eventuais comportamentos ilícitos.

Impõe-se ao Poder Judiciário, **por efeito** do princípio republicano, como acima acentuado, *o dever-poder* de processar e de punir magistrados **que hajam incidido em censuráveis desvios ético-jurídicos**, **ou em condutas ilícitas**, **ou**, ainda, *em comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa*, **observadas, sempre**, em tais procedimentos, **as garantias constitucionais** reconhecidas *a qualquer cidadão* da República, *notadamente* aquelas concernentes ao “*due process of law*” (MS 28.889-MC-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **que impedem** o Estado de, *agindo arbitrariamente*, **transgredir** os limites cuja observância – *resultante de nosso próprio estatuto fundamental* – **condiciona o legítimo exercício**, pelo aparelho estatal, de seu magistério punitivo.

Os membros de Poder, *como os juízes*, quando atuam *de modo reprovável ou contrário ao direito*, **vulneram** as exigências éticas **que devem** pautar e condicionar a atividade que lhes é inerente.

A ordem jurídica **não pode permanecer indiferente** a condutas de **quaisquer** autoridades da República, *inclusive juízes*, que tenham eventualmente cometido **reprováveis desvios éticos** no desempenho da elevada função de que se acham investidas.

O sistema democrático e o modelo republicano não admitem nem podem tolerar a existência de regimes de governo **sem** a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade, **que representam** fatores de preservação da ordem democrática **e que constituem elementos de concretização da ética republicana**, por cuja integridade todos, *sem exceção*, devemos velar. **notadamente** aqueles investidos em funções no aparelho de Estado, **quer** no plano do Poder Executivo, **quer** na esfera do Poder Legislativo, **quer, ainda, no âmbito do Poder Judiciário**.

Na realidade, **a gestão republicana** do poder, **a composição** dos corpos judiciários **e a escolha** de juízes **expõem-se, em plenitude**, aos postulados ético-jurídicos da probidade e da moralidade **e representam** exigência incontornável **imposta** pela ordem democrática.

Inquestionável, bem por isso, a **alta importância da vida ilibada** dos magistrados, **pois a probidade pessoal e a moralidade administrativa representam** valores **que consagram a própria dimensão ética** em que **necessariamente** se deve projetar a atividade pública.

Sabemos todos que o cidadão *tem o direito de exigir* que o Estado seja dirigido *por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes austeros*, que desempenhem as suas funções **com total respeito** aos postulados ético-jurídicos **condicionadores do exercício legítimo** da atividade pública. **O direito ao governo honesto – nunca é demasiado proclamá-lo – traduz prerrogativa insuprimível da cidadania**.

Tenho reconhecido, por isso mesmo, que a probidade e a moralidade **traduzem** pautas interpretativas **que devem reger** o processo de formação, composição, atuação e fiscalização dos órgãos do Estado, **observando-se, no entanto, quando** se cuidar da prática *da jurisdição censória*, **as cláusulas constitucionais que conformam, que condicionam e que subordinam o exercício** dos poderes estatais, *qualquer que seja* a dimensão em que se projetem.

A defesa dos valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício da magistratura **traduz** medida **da mais** elevada importância e significação para a vida institucional do País.

Daí a necessidade de atenta vigilância sobre a conduta, *peçoal e funcional*, dos magistrados em geral, **em ordem a evitar** que eles desrespeitem os valores **que condicionam** o exercício *correto e independente* da função jurisdicional.

Assentadas tais premissas, **que se apoiam** no reconhecimento *de que ninguém, inclusive* os próprios magistrados, *está acima* da autoridade das leis e da Constituição da República, **impende examinar**, ainda que **não** suscitada *nestes autos*, a questão concernente **à incidência**, ou não, *do postulado da subsidiariedade como requisito legitimador* da prática concreta, *pelo E. Conselho Nacional de Justiça, de sua competência em matéria* correccional, disciplinar **e/ou** administrativa.

Ao assim proceder, observo que o exame da matéria pertinente *à competência originária do E. Conselho Nacional de Justiça*, muito embora revestida de natureza constitucional (CF, art. 103-B, § 4º), **revela, no plano da jurisdição disciplinar, a existência, nesse contexto, de notória situação de tensão dialética, que põe em confronto, de um lado, a autonomia institucional** do Poder Judiciário **e, de outro, o poder censório** outorgado a órgão (o CNJ) **posicionado na estrutura central** do aparelho de Estado.

É certo que, *ao apreciar o tema do caráter subsidiário da atuação do E. Conselho Nacional de Justiça* (MS 28.712-MC-AgR/DF, MS 28.743-MC/DF, MS 28.799-MC/DF, v.g.), **tive o ensejo de assinalar** que *só se revelaria legítimo o exercício, pelo CNJ, de seu poder censório, viabilizador da imposição de sanções de índole disciplinar, se e quando configurada qualquer das situações anômalas a que então aludi* em anterior decisão **nesta** causa.

Com efeito, embora seja essa uma posição pessoal e minoritária no Tribunal, **entendo unicamente possível** ao E. Conselho Nacional de Justiça exercer, *desde logo, em sede originária*, a sua competência disciplinar, **desde que registradas** hipóteses caracterizadoras *de situações anômalas* (que identifiquei em *rol meramente exemplificativo*), **tais como: (a) inércia** do Tribunal competente para a instauração do procedimento administrativo-disciplinar; **(b) simulação investigatória**; **(c) procrastinação indevida**; **e (d) incapacidade de atuação** do Tribunal incumbido da atividade correccional:

“**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JURISDIÇÃO CENSÓRIA. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DE MAGISTRADOS. LEGITIMIDADE DA IMPOSIÇÃO, A ELLES, DE SANÇÕES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA. A RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES: UMA EXPRESSÃO DO POSTULADO REPUBLICANO. CARÁTER NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. AUTOGOVERNO DA**

MAGISTRATURA: **GARANTIA CONSTITUCIONAL** DE CARÁTER OBJETIVO. **EXERCÍCIO PRIORITÁRIO**, PELOS TRIBUNAIS EM GERAL, DO PODER DISCIPLINAR QUANTO AOS SEUS MEMBROS E AOS JUÍZES A ELES VINCULADOS. A **QUESTÃO DAS DELICADAS RELAÇÕES ENTRE** A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS E A JURISDIÇÃO CENSÓRIA OUTORGADA AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO** DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE A PRETENSÃO DE AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS E O PODER DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA **NA ESTRUTURA CENTRAL** DO APARELHO JUDICIÁRIO. **INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE** COMO REQUISITO LEGITIMADOR DO EXERCÍCIO, PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, DE UMA **COMPETÊNCIA COMPLEMENTAR EM MATÉRIA** CORRECIONAL, DISCIPLINAR E ADMINISTRATIVA. **PAPEL RELEVANTE**, NESSE CONTEXTO, **PORQUE HARMONIZADOR** DE PRERROGATIVAS ANTAGÔNICAS, **DESEMPENHADO** PELA CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDADE. **COMPETÊNCIA DISCIPLINAR E PODER DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE** DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **EXERCÍCIO, PELO CNJ, QUE PRESSUPÕE**, PARA LEGITIMAR-SE, A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÕES ANÔMALAS E EXCEPCIONAIS REGISTRADAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS EM GERAL (**HIPÓTESES DE INÉRCIA, DE SIMULAÇÃO INVESTIGATÓRIA, DE PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA E/OU DE INCAPACIDADE DE ATUAÇÃO**). **PRESENÇA CUMULATIVA**, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS CONFIGURADORES DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E DO 'PERICULUM IN MORA'. **SUSPENSÃO CAUTELAR** DA EFICÁCIA DA PUNIÇÃO IMPOSTA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **CONSISTENTE** EM APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DO MAGISTRADO POR INTERESSE PÚBLICO (CF, ART. 93, VIII, c/c O ART. 103-B, § 4º, III). MEDIDA CAUTELAR **QUE SE DEFERE** EM JUÍZO DE RECONSIDERAÇÃO.”

(MS 28.784-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí porque então sustentei que o desempenho da atividade fiscalizadora (e eventualmente punitiva) do E. Conselho Nacional de Justiça **deveria** ocorrer **somente** nos casos em que os Tribunais – **havendo tido a possibilidade** de exercerem, *ex proprio*, a competência disciplinar e correccional de que se acham ordinariamente investidos – **deixassem** de fazê-lo (inércia), **ou pretextassem** fazê-lo (simulação), **ou demonstrassem** incapacidade de fazê-lo (falta de independência), **ou, ainda**, entre **outros** comportamentos evasivos, **protelassem**, sem justa causa, o seu exercício (procrastinação indevida).

Ocorre, no entanto, que essa controvérsia constitucional **veio a ser amplamente** debatida, **em momento posterior ao do ajuizamento desta ação mandamental**, nos autos da ADI 4.638-MC-REF/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **tendo o Plenário** desta Suprema Corte **estabelecido entendimento diverso em julgamento majoritário** (no qual fiquei vencido).

Cabe ressaltar, bem por isso, a **proposição de referido postulado**, que o Supremo Tribunal Federal, **em outro julgado**, **veio a reafirmar** a diretriz jurisprudencial por mim anteriormente aludida, **valendo destacar**, por ser expressiva dessa orientação, a **decisão** que, **proferida** pelo E. Plenário desta Suprema Corte, **restou consubstanciada** em acórdão que, no ponto, está assim ementado:

“(…) 6) **A competência originária do Conselho Nacional de Justiça resulta do texto constitucional e independe de motivação do referido órgão, bem como da satisfação de requisitos específicos. A competência do CNJ não se revela subsidiária.**”

(MS 28.003/DF, Red. p/ o acórdão Min. LUIZ FUX – grifei)

Esse **mesmo** entendimento, **até mesmo em razão do postulado da colegialidade**, **tem sido observado** em sucessivas decisões proferidas **por ambas as Turmas** desta Suprema Corte (MS 28.620/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – MS 29.465-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 30.568-AgR/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – MS 32.581-AgR/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.), **inclusive pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal:

“**Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Atuação dos tribunais. Caráter originário e autônomo. Precedentes.** Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. **A competência do Conselho Nacional de Justiça deriva da Carta Magna e é originária e autônoma, não tendo caráter subsidiário no que se refere a matéria disciplinar.**

2. **Agravo regimental ao qual se nega provimento.**”

(MS 29.187-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Não obstante a minha pessoal convicção, que **acolhe exegese restritiva** a propósito do tema em exame, **fundada na necessidade de respeitar** a garantia da autonomia institucional dos Tribunais judiciários em geral, **de um lado**, e o postulado da subsidiariedade, **de outro**, **tal como expus** nas decisões anteriormente mencionadas, **devo ajustar** o meu entendimento à diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte, **em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade**, **motivo pelo qual reconheço a possibilidade** de o E. Conselho Nacional de Justiça agir **autonomamente em tema de apuração de responsabilidade disciplinar** dos membros do Poder Judiciário, **tal como se verificou no caso ora em exame**.

Reconhecida, desse modo, a **ocorrência**, na espécie, **de hipótese apta a justificar** a instauração, **em caráter originário e autônomo**, da competência disciplinar do E. CNJ, **cumprir verificar se se revela possível**, ou não, a **utilização** do mandado de segurança, **quando se verifica** que a autora deste “writ” – **a despeito de sustentar que não pretende** proceder a qualquer indagação probatória, **mas unicamente** questionar a interpretação dada aos elementos empíricos subjacentes à deliberação ora impugnada – **objetiva examinar**, em última análise, a **própria** realidade do contexto factual **que ensejou** o exercício da jurisdição censória pelo órgão apontado como coator.

É de observar-se que, no caso presente, a parte impetrante **sustenta** que a deliberação **emanada** do E. Conselho Nacional de Justiça **teria incidido** em “erros materiais e equívocos interpretativos com relação aos fatos que envolveram a demanda”, **porque apoiada** em afirmações – **segundo** alega – **que não encontram correspondência** em suporte probatório que pudesse legitimá-las.

Essa **linha de questionamento**, que se fundamenta em alegações cuja constatação **depende, efetivamente**, do exame de matéria fático-probatória, **encontra obstáculo**, como se sabe, na **própria natureza** do processo mandamental que, **por ostentar perfil eminentemente documental**, **não permite nem** admite qualquer dilação probatória cuja instauração **mostre-se eventualmente necessária** para demonstrar a realidade dos fatos subjacentes às objeções invocadas.

No caso ora em exame, **impôs-se** à impetrante, **em regular** processo administrativo-disciplinar, a **sanção de aposentadoria compulsória, qualificada** pela nota “a bem do serviço público”, **porque comprovado** o seu envolvimento na prática de grave transgressão legal, **consistente** no “desvio de numerário do Poder Judiciário para entidade privada”, **o que levou** o E. Conselho Nacional de Justiça a **entender configurada** a ocorrência de comportamento **incompatível com a dignidade, a honra e o decoro** das funções de magistrado.

Com efeito, o E. Conselho Nacional de Justiça, **ao justificar** a imposição da sanção disciplinar ora questionada, **apoiou-se**, para tanto, **em elementos de prova que evidenciam a ocorrência** do denominado “*esquema*” de socorro à Loja Maçônica (...) **com verbas do Tribunal de Justiça do Mato Grosso**”, **os quais se revelam aptos a comprovar**, ainda, a **atuação da** magistrada ora impetrante na consecução dos atos ilícitos a ela imputados, **assim infringindo** o regime jurídico que disciplina a atuação dos membros do Poder Judiciário.

Impende referir, bem por isso, o seguinte fragmento **constante** do voto do Conselheiro Relator, o eminente Ministro IVES GANDRA, que, **acolhido** pelo E. Conselho Nacional de Justiça, **fundamentou** a decisão **proferida** pelo órgão constitucional ora apontado como coator (fls. 94/96):

“**A imputação feita na Portaria 002/09 do CNJ em relação à Drª Graciema Ribeiro de Caravellas diz respeito a ter recebido em caráter privilegiado crédito atrasado do TJ-MT, no valor total de R\$ 185.941,62 (em 17/01/05 e 18/02/05), com o intuito de fazer empréstimo de parte dessa importância para a Loja Maçônica Grande Oriente do Estado do Mato Grosso.**

A própria Requerida reconheceu o recebimento da quantia mencionada e, **imediatamente, do empréstimo** de parte dela à referida Loja Maçônica, **atendendo ao pedido do Dr. Marcelo Souza de Barros (DOC 203).**

As circunstâncias em que se deu o 'empréstimo' são especialmente sintomáticas da existência de um 'esquema' montado pelos Dirigentes do Tribunal (aqui considerados o Presidente e seus Juízes Auxiliares) para salvar a Loja Maçônica a qual pertenciam.

Ao então Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso, a Requerida, em seu primeiro depoimento, colhido antes da pressão que naturalmente sofreu por parte dos Dirigentes do Tribunal, revelou a verdade sobre o ocorrido: teve depósitos feitos em sua conta e recebeu do Dr. Marcelo Souza de Barros a explicação de que o dinheiro não era para ficar com ela! Tanto é assim que, quando montada a farsa do empréstimo, a Requerida, ao falar com o Dr. Antonio Horácio, que lhe levou os papéis para assinar, recusou-se a assinar o recibo de empréstimo, pois a idéia clara que tinha era a de que deveria estornar de sua conta o que nela fora depositado para pagamento de terceiros a quem o Desembargador José Ferreira Leite devia. Depois de conversar novamente com o Dr. Marcelo Souza de Barros, muda completamente a versão e passa a afirmar que a versão do Dr. Marcelo sobre o empréstimo é que era a verdadeira, 'como ele me provou por A mais B que o equívoco era meu e eu me convenci desse equívoco' (DOC 203).

As razões que a Requerida dá para explicar essa mudança de versão estão ligadas aos graves problemas familiares pelos quais passava e que a transtornavam, fazendo com que não houvesse compreendido, num primeiro momento, o que se lhe havia pedido.

Ora, não é crível que uma magistrada, por mais transtornada que possa estar, confunda 'empréstimo' (ato voluntário) com 'estorno' (obrigação), quando, no caso:

a) declarou, justamente pelos problemas familiares que passava, estar necessitada do dinheiro para socorrer uma de suas filhas, tanto que formulou pedido de recebimento de atrasados com essa finalidade;

b) ao receber o dinheiro, em vez de utilizá-lo para suas necessidades, empresta para a maçonaria, afirmando, agora, que já não passava por necessidades e que o devolvido como estorno seria agora um empréstimo, o qual se recusara a assinar, enquanto não 'enquadrada' pelo Dr. Marcelo Souza de Barros.

A conclusão a que se chega, quanto ao episódio, é a de que, ao invés da versão do primeiro depoimento ser fruto de confusão mental em momentos de transtorno, é, na realidade, a versão do segundo depoimento que é fruto de pressão real capaz de transtornar e levar à tentativa de descobrir a realidade, ainda que da forma mais canhestra possível.

Por outro lado, ao contrário das Juízas Maria Cristina Oliveira Simões e Juanita Cruz da Silva Clait Duarte, que perceberam valores sem domicílio bancário apenas no mês do repasse à Loja Maçônica, a Requerida recebeu-os fora da folha de pagamento ordinária e sem identificação do domicílio bancário entre 2003 e 2005, ou seja, durante toda a Gestão do Desembargador José Ferreira Leite (DOCs. 299 e 300).

Dentre as Requeridas do presente processo, a Dra. Graciema Ribeiro de Caravellas foi a melhor aquinhoadada com as verbas de atrasados do TJ-MT, num total de R\$ 547.862,26 durante a gestão do Desembargador José Ferreira Leite, sendo a 17ª dentre os 253 magistrados beneficiados, superando muitíssimo o valor recebido por estes. E mais: a Requerida assentiu em seu depoimento neste PAD que é integrante da Ordem Maçônica Feminina do Estado do Mato Grosso. Se não acompanhou os demais envolvidos na montagem do 'esquema' de salvação da Cooperativa e Loja Maçônica GOEMT, ao menos fez de tudo para livrá-los da responsabilidade pelos atos desonestos praticados.

As desgraças familiares pelas quais passou a Requerida, nas quais se estriba para explicar o por quê de, no momento da abordagem do Dr. Marcelo Souza de Barros, não ter compreendido o que se lhe pedia, não foram poucas:

a) assassinato do único filho varão em 1995, quando tinha 18 anos;

b) morte do marido em 1998, de câncer no pulmão;

c) aquisição de obesidade mórbida pelas duas filhas do casal, após a perda do pai e do irmão, as quais, submetidas a cirurgias bariátricas em 2003, uma o foi com sucesso e a outra com complicações que quase a levaram à morte por duas vezes;

d) descoberta, em 2004, de filho natural do marido, que procurou a Requerida, apresentando quadro grave de diabete, do qual a Requerida cuidou até sua morte em 2008 (REQAVU129).

Fraqueza de caráter ou transtornos mentais pelas vicissitudes familiares pelas quais vinha passando, o certo é que a conduta da Requerida, ao mentir em seu segundo depoimento, não condiz com a ética que se exige de um magistrado. Compreende-se, parcialmente, em face da pressão sofrida por parte dos Dirigentes da Corte, aqui compreendidos o Presidente do TJMT e seus juízes auxiliares, mas não elide sua incursão nas infrações administrativas.

A Requerida, a exemplo do procedimento anteriormente analisado em relação à Requerida Juanita Clait Duarte, desempenhou o papel de 'laranja', ou seja, permitiu que sua conta fosse utilizada para pagamento de terceiros, como mero instrumento de passagem do dinheiro.

Assim, mesmo considerando que a participação da Requerida no 'esquema' de salvação da Loja Maçônica foi passiva, e não ativa, é altamente condenável a atitude da magistrada que endossa, com o seu consentimento e uso de sua conta, o assalto aos cofres públicos em socorro de causa maçônica.

Nesses termos, a imputação de recebimento em caráter privilegiado de crédito atrasado do TJ-MT aplica-se à Requerida, pois o dinheiro se destinava à Loja Maçônica e a Recorrida só recebeu de volta o 'empréstimo' feito, quando investigado o 'esquema' pela Corregedoria local.

Pelo exposto, a conduta da Requerida constitui 'procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções' (LOMAN, art. 56, II), razão pela qual julgo PROCEDENTE o presente processo administrativo disciplinar em relação à Requerida Graciema Ribeiro de Caravellas." (grifei)

Cabe assinalar, no ponto, o teor da douda manifestação produzida nestes autos pelo Ministério Público Federal, que, **ao pronunciar-se contrariamente às alegações deduzidas pela impetrante, reportou-se à manifestação** que a Procuradoria-Geral da República ofereceu nos autos da Representação nº 2009.10.00.001.922-5, **da qual extraio, por sua inteira pertinência, o seguinte fragmento** (fls. 807/814):

"191. A Magistrada declarou, perante o Conselho Nacional de Justiça, que, por precisar de dinheiro para socorrer a uma de suas filhas, apresentou pedido de pagamento das verbas a ela supostamente devidas pelo Tribunal de Justiça, **mas, quando estas foram deferidas, foram destinadas à maçonaria:**

'Dra. Graciema – (...) o que aconteceu foi isso, eu é, realmente, eu tinha já conversado como (sic) Marcelo, no ano anterior, porque o empréstimo foi no início, o repasse do dinheiro foi no início de dois mil e cinco. No ano de dois mil e quatro eu estava até com uma filha com problema de saúde, (...) e eu precisava naquela época o Marcelo falou 'olha doutora eu vou falar com o presidente, mais (sic) agora...'

Juíz – Só uma coisa, então as verbas que a senhora recebeu de atrasados lhe foram pagas a pedido seu?

Dra. Graciema – É, no início eu tinha pedido já duas, duas ou três vezes, eu tinha ido conversar com o Marcelo, e o Marcelo falou olha nesse momento a gente está sem disponibilidade, porque depois eu vim a saber, mais tarde, naquela época eu não sabia, eu fiquei sabendo até eu fui conversar com o Marcelo porque uns comuns, um colega ou outro a fulano recebeu, a beltrano recebeu, colegas.

192. Fato interessante é que, somente após prestar declarações ao Corregedor-Geral de Justiça ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, a Defendente, a despeito de ter realizado um depósito em uma conta-corrente indicada por MARCELO SOUZA DE BARROS a título de 'estorno', descobriu que, na verdade, havia realizado um empréstimo.

193. Este tipo de conduta, que poderia ser classificada como 'negligente', não seria de se esperar de um bacharel em Direito, quanto mais de

uma magistrada. **Tanto é assim** que a Requerida não assinou imediatamente a quitação que lhe foi apresentada pelo Juiz ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO, a despeito de todas as explicações por ele fornecidas, o que só veio a ocorrer depois que ela conversou com o também investigado MARCELO SOUZA DE BARROS.

Merecem destaque as justificativas por ela apresentadas para o referido 'engano'.

Juiz – Agora que também ficou claro, de todo o seu depoimento, tanto que, quando o doutor Horácio a procurou, e a senhora disse eu não emprestei nada.

Dra. Graciema – É.

Juiz – Não, a senhora emprestou, significa então que, efetivamente, ele, no mesmo momento que a comunicou, já pegou o dinheiro para esse fim. Sem um consentimento da senhora, porque a senhora nem sabia que estava emprestando, tanto que depois.

Dra. Graciema – Não, mais (sic) eu falei pra que tudo bem, ele perguntou assim: olha a gente está precisando do dinheiro, tudo bem, eu falei, tudo bem, e vou ser sincera seu ministro é, se for crime, se não for crime, independente do que seja isso, se eu tivesse entendido que era pra emprestar, eu também teria emprestado.

Dra. Graciema – Eu recebi cento e sessenta e cinco, tanto o senhor vê que eu me equivoquei, mesmo que se fosse estorno, isso até o corregedor conversou comigo na época, seria sento na (sic) e sessenta e cinco setecentos e noventa e seis e o que consta depois eu fui ver foi sento e sessenta mil. (...) Ele falou comigo que ia precisar do dinheiro, porque que ele ia falar pra mim que não era empréstimo, se ele teve a mesma conversa com a Juanita, com a Cristina e comigo, isso ele falou pra mim inclusive, falou Graciema veja bem não to querendo te influenciar não to querendo nada, eu só quero que você pare e pense, porque motivo que eu ia falar pra você, que você ia estornar, eu falei não você não teria realmente motivo nenhum. Inclusive Marcelo eu me equivoquei mesmo, que tanto faz, se você pedisse emprestado com maior razão eu emprestaria, porque se estornar eu não tinha perspectiva de receber e emprestando eu tinha perspectiva de receber, lógico que eu emprestaria se eu não tive nenhum um (sic) problema, quando eu entendi que era estornar, por que que eu não emprestaria, lógico que eu emprestaria, e depois se o senhor, se for analisar friamente, eu tenho que ter, devo ter me equivocado, porque ele falou em dívida moral do desembargador José Ferreira né, que realmente era uma dívida moral, que depois a gente veio a saber que ele tinha com a maçonaria, com a como é que chama com a ...

Juiz – Cooperativa.' (...)

196. Urge sublinhar, nesse ponto, que, mais uma vez, ficou comprovada a inexistência de critérios para o pagamento das verbas liberadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

197. Além disso, a afirmativa da Requerida de que não sabia que se tratava de empréstimo à maçonaria é rechaçada pelo fato de que não 'estornou' integralmente a quantia recebida, e que efetuou o depósito em conta que não pertencia ao Tribunal, que deveria ser o destinatário do suposto estorno.

198. Nesse contexto, não se pode deixar de fazer nova referência ao Relatório de Perícia Administrativa elaborado pela VELLOSO & BERTOLINI CONTABILIDADE, AUDITORIA E CONSULTORIA LTDA, no qual consta, quanto à Defendente, que,

– Em 18/02/2005, a magistrada recebe do TJMT a quantia de R\$ 165.796,45, através de folhas extras, por diversos créditos pendentes. (...)

– Em 02/03/2005, como forma de efetivar a devolução, deposita a quantia de R\$ 160.000,00 na conta-corrente indicada pelo magistrado Marcelo Souza de Barros, que, na realidade, tratava-se da conta do GOEMT, segundo o afirmado pelos magistrados José Ferreira Leite e Marcelo Souza de Barros, sendo tal fato comunicado pela magistrada à Corregedoria em documento por escrito no qual ela reafirmava que jamais havia tomado conhecimento de qualquer empréstimo ao GOEMT.

– Em 19/12/2007, o GOEMT, através de outra conta corrente n° 10.000-5 no CREDIJUD, liquida o empréstimo que contraiu junto à magistrada pela quantia de R\$ 176.821,20, com acréscimo dos juros de R\$ 16.821,20 à taxa efetiva final de 10,51% para todo o período (3,7% ao ano). Na mesma ocasião lhe é entregue recibo da quantia por ela inicialmente depositada, com a informação de que seu efetivo recebimento em dinheiro ocorreria a medida que os créditos junto ao SICOOB PANTANAL fossem recuperados.

– Suas declarações de rendimentos apresentam variações relativamente aos rendimentos. Em 2003, recebeu o total anual de R\$ 273.178,19, reduzindo em 2004 para R\$ 241.297,42. Já em 2005, ano em que recebeu os supramencionados créditos pendentes, o volume de rendimentos aumenta significativamente para R\$ 525.179,29, para, em 2006, voltar novamente à normalidade, em R\$ 257.801,83.

Conclusão: Do mesmo modo como o ocorrido com o Juiz Irênio Lima Fernandes, a magistrada não recebeu sua carta de créditos através de terceiros, na forma como aconteceu com o Juiz Marcelo Souza de Barros. **No caso específico dela, simplesmente foram pagos créditos pendentes com o único objetivo de direcioná-los ao GOEMT, o que comprova a utilização dos recursos do Tribunal para financiar aquela entidade.' (...)**

199. Evidente, portanto, que, ao contrário do que alegou, a Requerida também foi favorecida pelo pagamento irregular e privilegiado de verbas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso a magistrados ligados à maçonaria, se não pela ilegalidade dos supostos créditos, pelo menos pela preferência injustificada com que foi beneficiada na ordem dos pagamentos dos débitos da Corte Estadual.

200. Dessa feita, conclui-se que a Requerida violou o dever previsto no art. 35, inciso VIII, da Lei Orgânica da Magistratura, procedendo de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções. Sujeita-se, assim, à pena de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, conforme o art. 42, inciso V, da referida legislação e art. 5º, inciso II, da Resolução n° 30 do Conselho Nacional de Justiça (Atual art. 7º, II, Resolução CNJ n° 135, de 13-7-2011).” (grifei)

O teor da decisão emanada do E. Conselho Nacional de Justiça, **tal como enfatizado** pelo Ministério Público Federal, **bem evidencia, a partir dos próprios elementos probatórios** em que essa mesma deliberação apoiou-se, que **restou plenamente caracterizada, no caso em exame, a prática, pela magistrada impetrante, de comportamento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro** de suas funções, **situação apta a justificar** a imposição da sanção disciplinar ora impugnada nesta sede mandamental.

Cumpra assinalar, por oportuno e necessário – tendo em vista, sobretudo, as alegações da parte impetrante **quanto à desvalia jurídica** do ato ora impugnado, cujos fundamentos, **consoante por ela sustentado, não refletiriam** a realidade dos elementos de informação **produzidos** perante o CNJ, **em contexto que desautorizaria** a punição infligida à magistrada em referência –, que o processo mandamental **não se revela** meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato **nem constitui** instrumento idôneo **à reavaliação** dos elementos probatórios que, **ponderados** pela autoridade competente, **substanciam** o juízo censório proferido, **na espécie**, pelo órgão apontado como coator.

Essa advertência justifica-se ante a afirmação feita pela parte impetrante de que a punição ora questionada **resultou** de um conjunto probatório **frágil e inconsistente, quando** não insuficiente **ou, até mesmo, inexistente, o que – segundo alega – impediria** a formulação, pelo CNJ, do juízo de culpabilidade que pronunciou contra a autora do presente “writ” mandamental.

Essa discussão em torno da alegada insuficiência do conjunto probatório **não se revela possível na via sumaríssima** do mandado de segurança.

Não constitui demasia reiterar que refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos **despojados da necessária liquidez, pois o**

“iter” procedimental do mandado de segurança **não comporta** a possibilidade de *instauração incidental* de um momento de dilação probatória (ALFREDO BUZAID, “Do Mandado de Segurança”, vol. I/208, item n. 127, 1989, Saraiva).

A via jurisdicional do mandado de segurança – **que necessariamente pressupõe suporte fático inquestionável, sempre apoiado em prova pré-constituída – não autoriza, por isso mesmo, consideradas** as afirmações da parte impetrante, **a perquirição** do conteúdo *alegadamente* injusto da decisão veiculadora da sanção disciplinar em causa **nem permite** a indagação em torno da **insuficiência** dos elementos de convicção **subjacentes** à decisão punitiva emanada do CNJ.

A jurisprudência dos Tribunais – e a desta Suprema Corte, inclusive – **tem insistentemente advertido** que “*O mandado de segurança não é meio idôneo para o exame de questões cujos fatos não sejam certos*” (RTJ 142/782, Rel. Min. MOREIRA ALVES), **eis que a noção de direito líquido e certo** ajusta-se, *em seu específico sentido jurídico*, ao conceito de situação que deriva **de fato certo, vale dizer**, de fato **passível** de comprovação documental *imediate e inequívoca* (RTJ 124/948 – RT 676/187 – MS 20.882/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 22.155/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 23.289/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 28.943-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – MS 30.523-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 32.244/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).

No caso, o órgão apontado como coator **decidiu com base em fatos e provas** cuja realidade material a impetrante **sustenta não haver sido comprovada**. **A pretendida** desconstituição da punição disciplinar, **com suporte** em seu conteúdo *alegadamente* injusto **e com fundamento** na declaração de ausência de base empírica apta a respaldar o ato punitivo, **implicaria, caso viesse a ser acolhida, inadmissível análise do conjunto probatório, situação de todo inviável** em sede mandamental.

Por idênticas razões, entendendo inviável examinar-se a alegação, **deduzida** nesta sede processual, de que a sanção disciplinar **imposta** à ora impetrante **apoiar-se-ia, exclusivamente, na mera circunstância** de a magistrada autora deste “*writ*” constitucional haver celebrado **simples** contrato de empréstimo com instituição privada (Cooperativa de Crédito Rural do Pantanal Ltda. – SICCOB Pantanal), **deliberação punitiva essa que constituiria, segundo alega, transgressão** aos direitos fundamentais **referentes** à inviolabilidade da vida privada e à garantia da liberdade de expressão.

Tenho para mim, no entanto, que o exame dos presentes autos **revela** que o E. Conselho Nacional de Justiça, **no âmbito** do procedimento administrativo-disciplinar **objeto** da presente impetração, **ao considerar ilícitas** as transferências financeiras realizadas pela magistrada impetrante em favor da entidade privada em referência, **jámais questionou** a possibilidade jurídica de essa mesma impetrante celebrar, *licitamente*, contratos de empréstimo, **o que se revelaria, em tese, plenamente possível** em face do ordenamento positivo.

Na verdade, a deliberação emanada do E. Conselho Nacional de Justiça, **longe de consubstanciar qualquer vedação** ao livre exercício da liberdade de expressão **ou intervenção indevida** no domínio íntimo da vida privada da ora impetrante, **limitou-se a constatar**, com apoio **nos diversos** elementos de informação **produzidos** nos autos, **que o contrato** de empréstimo ajustado entre a ora impetrante e a entidade cooperativa SICCOB Pantanal, **ao invés de objetivar** a realização dos fins lícitos próprios dessa modalidade de relação contratual, foi celebrado **com o único propósito** de operar, *de modo indevido*, a transferência, *a essa mesma entidade privada*, de verbas de natureza pública pertencentes ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

Presente esse contexto, o eventual acolhimento da **pretensão de infirmar as razões** que deram suporte à deliberação **emanada** do E. Conselho Nacional de Justiça **demandaria o reexame** dos dados empíricos **justificadores** de suas conclusões, **pois essa análise, caso admitida fosse, imporá a verificação da realidade de fatos** cuja constatação **escapa ao âmbito estreito** da ação de mandado de segurança, **tal como por mim anteriormente enfatizado nesta decisão**.

O que se me afigura fundamental na análise do “*thema decidendum*” é a **circunstância – plenamente demonstrada – de que o ato punitivo contra** o qual se insurge a parte impetrante **resultou de regular procedimento administrativo-disciplinar em que foram integralmente observadas**, pelo E. CNJ, **as normas que lhe regem** a atividade censória, **inexistindo, por isso mesmo, qualquer** situação configuradora de ofensa ao direito subjetivo **invocado** pela autora deste “*writ*” mandamental.

Observo, ainda, por necessário, que os documentos de fls. 1.363/1.393, **produzidos** pela impetrante **somente após** o pronunciamento da douta Procuradoria Geral da República, **não comportam exame no presente estágio** processual, **considerada** a própria disciplina ritual **que rege** a ação de mandado de segurança.

Com efeito, as questões jurídicas suscitadas **em acréscimo** ao pedido veiculado na petição inicial – **notadamente** a pretendida insubsistência da decisão emanada do E. CNJ **em razão do superveniente arquivamento** do Inquérito Civil nº 11/2010 – **não podem** ser apreciadas por tratar-se *de elementos documentais novos, produzidos quando já transcorrido período muito superior a 120 dias, considerada* a data em que publicado o ato impugnado, o que torna **insuscetível** de apreciação, *nesse específico ponto*, a **pretensão** da impetrante, **por claro esgotamento** do prazo decadencial (MS 27.443-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 29.743/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Como se sabe, tratando-se de processo documental (MS 27.141-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **não se justifica**, em sede de mandado de segurança, **a produção tardia** de documentos, **eis que eles** não de ser produzidos, pelo impetrante, no momento do ajuizamento de referida ação constitucional, como **reiteradamente** tem advertido o magistério jurisprudencial **desta Suprema Corte** (RTJ 83/130, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 137/663, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.):

“**MANDADO DE SEGURANÇA – PROVA.** O mandado de segurança **não viabiliza** a fase probatória, **devendo vir com a inicial** os elementos de convicção **quanto à ofensa a direito líquido e certo.**”

(MS 28.538/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **Pleno – grifei**)

É que o mandado de segurança – **insista-se – não se qualifica como meio processual destinado a provar fatos** (por isso mesmo inviável, *nesse procedimento sumaríssimo, qualquer* dilação probatória), **mas, ao contrário**, o “*writ*” mandamental **exige** prova **pré-constituída como requisito imprescindível** à constatação, *em cada situação ocorrente*, do direito líquido e certo invocado.

A “*ratio*” **subjacente** a esse entendimento **foi bem demonstrada** pelo eminente Professor e saudoso Ministro ALFREDO BUZAID (“Do Mandado de Segurança”, vol. I/90-91, item n. 47, 1989, Saraiva), **cujá lição a propósito desse tema enfatiza** que, “*para impetração de mandado de segurança, direito e fato se integram numa unidade incidível*”, **de tal modo** que, “*se o fato não está comprovado, o direito não incidirá*”, **a significar**, portanto, que, “*se a matéria de fato é controvertida, incabível é o mandado de segurança, que pressupõe sempre direito líquido e certo fundado em fato inquestionável*” (grifei).

Impunha-se, pois, à parte ora impetrante cumprir a obrigação processual **de produzir, desde logo, com a inicial, todos** os documentos **essenciais** ao exame da postulação veiculada **nesta** causa mandamental.

A autora do presente “*writ*” constitucional **sustenta, ainda**, que o inciso II do art. 56 da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), **por veicular** norma sancionadora **impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, estaria em conflito** com as garantias constitucionais **que impõem ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores** do ilícito administrativo punível.

É certo que a norma inscrita no art. 56, II, da LOMAN **encerra uma cláusula aberta, veiculadora de conceitos jurídicos indeterminados, suscetível, por isso mesmo, de integração** pelo órgão disciplinar competente (o CNJ, no caso), **a significar** que a *conduta nela* prevista, **por comportar** múltiplas possibilidades de conformação, **exige esforço exegético** do intérprete, **na tarefa de delimitar** o âmbito temático de sua incidência, **a ser realizada em função de cada caso concreto ou em face de determinada situação individual ocorrente**.

O reconhecimento da possibilidade de instituição *de estruturas típicas flexíveis* no âmbito do direito administrativo sancionador, **cujá textura aberta** conduz à necessidade de o órgão disciplinar – **com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam** dos princípios da *proporcionalidade e da razoabilidade* – **proceder à adequada correlação entre** a infração funcional **e a sanção a ela correspondente** prevista no estatuto

jurídico-disciplinar, **tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 759/760, item n. 3, 25ª ed., 2012, Atlas; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 145/149, item n. 5, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 283/285, item n. 6, 10ª ed., 2016, Saraiva; ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “Processo Administrativo Disciplinar”, p. 179/181, item n. 5.1.3.1, 4ª ed., 2013; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 464/466, item n. 7, 9ª ed., 2006, Malheiros; ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 548/549, item n. 17.3, 2012, Forense, v.g.).

Na realidade, a **utilização** de elementos normativos **de conteúdo abrangente** na definição legal de condutas puníveis **revela-se legítima, inclusive** sob a perspectiva **dos atos de improbidade administrativa**, cuja prática **pode** justificar a imposição de sanções objetivamente **muito mais graves** do que aquelas próprias do regime jurídico-disciplinar dos servidores públicos em geral e dos magistrados *em particular* (MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 1.136/1.137, item n. 14.17.6, 11ª ed., 2015; FERNANDO CAPEZ, “Improbidade Administrativa – Limites Constitucionais”, p. 220/231, item n. 4.2, 2ª ed., 2015; JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, “A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa”, p. 292/296, item n. 6.2, 2002, Malheiros; MARIA SÍLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 973/975, item n. 18.1, 29ª ed., Forense; JOSÉ ARMANDO DA COSTA, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, p. 41/44, item n. 7, 2000, Brasília Jurídica, v.g.), **cabendo destacar**, *por expressiva desse entendimento*, **a seguinte lição** de FÁBIO MEDINA OSÓRIO (“Direito Administrativo Sancionador”, p. 269/274, item n. 3.6.3.1, 2ª ed., 2006, RT):

“Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades.

Dentre as possíveis consequências da cláusula constitucional do devido processo legal, destaca-se a ideia de que as normas sancionadoras não podem ser excessivamente vagas, pois devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo, sem permitir espaços demasiado ambíguos ou obscuros.

Veja-se que o alcance do tipo há de ser, efetivamente, suficiente para cobrir algum comportamento ilícito, dando aos administrados e jurisdicionados uma previsibilidade básica, que se reputa razoável e adequada às circunstâncias e peculiaridades da relação punitiva.

A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinente às cláusulas gerais, traduz a existência de ‘zonas de penumbra’, indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. (...)

As cláusulas gerais cumprem funções de proporcionar abertura e mobilidade do sistema jurídico, isto é, abrem o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa aos casos concretos. Nesse sentido, a cláusula geral possui função individualizadora, conduzindo ao direito do caso, e permite, ainda, formação de instituições para responder aos novos fatos, com força sistematizadora. Trata-se de estabelecer, pela via legal, uma referência ao julgador, o qual poderá buscar pontos de conexão entre os diversos casos concretos.” (grifei)

Vale lembrar que, *até mesmo em sede penal, onde se mostra mais rígido o domínio da tipicidade* (CF, art. 5º, XXXIX), **ainda assim se tem por plenamente legítima a formulação de estruturas penais flexíveis veiculadoras não apenas** de elementos descritivos puramente objetivos, **mas, também**, de cláusulas jurídicas abertas, **cujas complementação, para efeito de sua incidência, autoriza** o exercício *de uma atividade valorativa* por parte do aplicador da norma, **realizada** em face de determinada situação concreta, **consoante assinalam** eminentes penalistas (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1, p. 349/350, item n. 4, 19ª ed., 2013; JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, “Manual de Direito Penal”, p. 101, item n. 3.2.12, 26ª ed., 2010, Atlas; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 43, 10ª ed., 2016, Impetus; JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI e LEONARDO SCHMITT DE BEM, “Lições Fundamentais de Direito Penal”, p. 183/184, item n. 7.3.3, 2016, Saraiva; CLEBER MASSON, “Código Penal Comentado”, p. 101/102, 4ª ed., 2016, Método; AMADEU DE ALMEIDA WEIMANN, “Princípios de Direito Penal”, p. 195, item n. 4.2, 2ª ed., Livraria do Advogado; LUIZ REGIS PRADO, “Tratado de Direito Penal Brasileiro”, vol. 2, p. 381/382, item n. 2.2, 2014, RT, v.g.).

O que se revela indispensável, no exercício do poder punitivo pela Administração Pública, **é que a descrição normativa** da conduta vedada pelo tipo sancionador – **notadamente** em face da **função de garantia** que lhe é inerente – **enuncie, de forma clara e inequívoca**, o seu conteúdo proibitivo, **assegurando-se, dessa maneira, aos destinatários** do comando legal **o conhecimento prévio e seguro dos limites que devem pautar** o seu comportamento social e funcional.

É por isso que a utilização, pelo legislador, **de estruturas normativas precárias e insuficientes que desatendam** a essa exigência de certeza e previsibilidade, **em face de seu conteúdo excessivamente vago ou ambíguo, qualifica-se** como expressão de um discurso legislativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema de liberdades públicas no contexto dos regimes democráticos.

Ocorre, no entanto, que a norma **inserida** no art. 56, II, da LOMAN, **ao definir** os comportamentos **que sujeitam** o magistrado infrator à sanção de aposentadoria, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, **veicula, na abstrata definição de seu conteúdo material, um tipo sancionador** cujos elementos descritivos claramente **permitem identificar** a efetiva ocorrência, **em cada caso concreto, de vulneração** aos deveres éticos **inerentes** ao exercício da magistratura.

Embora a referência normativa **à honra, à dignidade e ao decoro, constante** da descrição típica consubstanciada no art. 56, II, da LOMAN, remeta a um universo conceitual **impregnado** de noções que pressupõem o exercício de uma atividade valorativa **para efeito** de sua incidência, o ordenamento positivo brasileiro **dispõe** de instrumentos normativos idôneos, **editados** com a finalidade de prevenir e de reprimir os atos vulneradores dos princípios éticos que regem a atuação dos magistrados, **ministrando** os subsídios necessários à adequada compreensão dos valores que devem ser respeitados pelos juízes no desempenho de suas funções, **dos quais destaca, por sua relevância jurídica**, o Código de Ética da Magistratura Nacional (**Resolução CNJ** nº 60/2008) e a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 35, I a VIII, e 36, I a III).

Vê-se, desse modo, que a norma em questão, **longe de revestir-se** de conteúdo arbitrário **ou** irrazoável, **visa a dar concreção** ao princípio da moralidade, **estabelecendo** os limites éticos que devem ser **necessariamente** observados pelos magistrados no exercício de sua atividade.

Não vislumbro, consideradas as razões expostas, qualquer eiva de inconstitucionalidade **que afete ou comprometa** a integridade jurídica da norma legal que deu suporte à deliberação questionada na presente sede processual.

Cabe acentuar, ainda, que a alegação da parte impetrante **no sentido** de que a decisão administrativa em causa, **ao aplicar** a sanção disciplinar ora questionada, **não teria observado** os princípios constitucionais **da proporcionalidade e da razoabilidade**, **não se mostra** processualmente viável, **eis** que a penalidade imposta à magistrada **está em consonância com a natureza grave** da falta cometida e **em plena harmonia com a disposição legal** que rege a matéria em referência (LOMAN, art. 56, II).

Com efeito, a sanção disciplinar ora questionada **tem por suporte legitimador** uma condenação **plenamente** motivada, **na qual foram destacados, pelo E. Conselho Nacional de Justiça, os diversos** elementos que, **revestidos** de existência concreta, **justificaram** a imposição da medida sancionatória de aposentadoria compulsória, **por interesse público** (CF, art. 93, VIII).

Devo salientar, no ponto, que a postulação deduzida nesta sede processual – **que objetiva** o afastamento da sanção disciplinar imposta à impetrante – **não se revela passível** de apreciação **na via sumaríssima** do mandado de segurança, **em cujo estreito âmbito não se reexaminam, uma vez observados** os demais critérios fixados pela lei, **os elementos de convicção** que levaram o CNJ, **na espécie destes autos, a definir** a pena **que aplicou** à magistrada em referência, **eis que – tal como vem decidindo esta Suprema Corte – a análise da proporcionalidade e da razoabilidade** da sanção disciplinar imposta, **por**

envolver o reexame dos elementos informativos e probatórios subjacentes à medida punitiva em questão, **traduz matéria pré-excluída** do âmbito do processo mandamental (MS 33.081/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RMS 24.901/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – RMS 31.044-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RMS 33.911/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.):

“Agravamento regimental em mandado de segurança. **ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. (...) 5. **Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas** do processo de revisão disciplinar. **Impossibilidade em sede de mandado de segurança**. 6. Agravamento regimental **a que se nega** provimento.”

(MS 32.581-AgR/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

“**AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA**. (...)”

4. **No tocante à proporcionalidade da sanção** em relação às condutas investigadas, **a análise da matéria envolveria rediscussão de fatos e provas produzidas no âmbito do processo administrativo disciplinar, o que não se compatibiliza** com a via do mandado de segurança.

5. Agravamento regimental **a que se nega** provimento.”

(MS 32.806-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“(…) **PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA QUANTO ÀS CONDUITAS PRATICADAS. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO INVIÁVEL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO**.

II – A reprimenda imposta aos recorrentes mostrou-se plenamente adequada aos atos ilícitos praticados, para os quais a lei comina a pena de demissão. Conclusão diversa em relação à proporcionalidade na dosimetria da pena demandaria a reapreciação de aspectos fáticos, o que não se admite na via estreita do mandado de segurança, haja vista tratar-se de ação que demanda prova pré-constituída.”

(RMS 31.494/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

“1) **RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS**. (...) 5) **OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE SÃO IMPASSÍVEIS DE INVOCAÇÃO PARA BANALIZAR A SUBSTITUIÇÃO DE PENA DISCIPLINAR PREVISTA LEGALMENTE NA NORMA DE REGÊNCIA DOS SERVIDORES POR OUTRA MENOS GRAVE**. 6) **RECURSOS ORDINÁRIOS DESPROVIDOS, FICANDO MANTIDA A DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA E RESSALVADA A VIA ORDINÁRIA (ART. 19 DA LEI Nº 12.016)**.”

(RMS 30.455/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“Agravamento regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. **Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Sanção disciplinar**. (...) Agravamento regimental **não** provido.

3. A Comissão processante **aplicou penalidade com base na análise das provas integrantes do feito administrativo, cuja reavaliação, inclusive quanto à razoabilidade na dosimetria da pena, implicaria procedimento incompatível na via estreita do writ**.”

(RMS 33.301-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Em suma: torna-se relevante destacar, em conclusão, que o CNJ **observou**, na espécie, **todos** os requisitos essenciais, de índole constitucional, inerentes aos princípios **do contraditório e da ampla defesa**.

O E. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como **qualquer outro** órgão estatal, **está inteiramente subordinado** à autoridade da Constituição e das leis da República.

Isso significa, portanto, que o CNJ não pode, nos procedimentos administrativos perante ele instaurados, transgredir postulados básicos **como a garantia** do “*due process of law*”, **que representa** indisponível prerrogativa de índole constitucional **assegurada** à generalidade das pessoas.

Tenho para mim, na linha de decisões **que proferi** nesta Suprema Corte (RMS 28.517-AgR/DF, v.g.), **que se impõe reconhecer, mesmo em sede de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou de seus direitos sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante **entre** o Estado, *de um lado*, e o indivíduo **ou** os agentes públicos, *de outro*.

Cumpra ter presente, bem por isso, que o Estado, por seus agentes **ou** órgãos (como o CNJ, p. ex.), **não pode, em tema de restrição** à esfera jurídica de **qualquer** pessoa, **exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois – cabe enfatizar – o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder Público **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais **exige a fiel observância do princípio do devido processo legal** (CF, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia** que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida, ou não**, de caráter punitivo (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“**RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’**.”

– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou de restrição a direitos, qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade **de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em **limitação de direitos – exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), **a fiel observância** do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia** que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.**”

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar**, em seu conteúdo material, **alguns** elementos essenciais à sua própria configuração, **entre os quais avultam**, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas:** (a) **direito** ao processo (garantia de acesso

ao Poder Judiciário); **(h) direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; **(c) direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; **(d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa**; **(e) direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; **(f) direito** à igualdade entre as partes; **(g) direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(h) direito** ao benefício da gratuidade; **(i) direito** à observância do princípio do juiz natural; **(j) direito** ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); e **(k) direito** à prova.

O contexto processual delineado nos autos – *presentes tais considerações e tendo em vista*, ainda, que se observaram **todas** as prerrogativas em que se desenvolve a garantia *do devido processo* – **bem evidencia a regularidade jurídico-formal** do procedimento disciplinar **instaurado** contra a ora impetrante.

Sendo assim, em face das razões expostas, e **acolhendo**, ainda, o parecer da d. Procuradoria-Geral da República, **denego** o presente mandado de segurança, **ressalvando**, no entanto, o acesso da parte impetrante às vias ordinárias.

Comunique-se, transmitindo-se cópia da presente decisão à Excelentíssima Senhora Presidente do Conselho Nacional de Justiça e à eminente Senhora Advogada-Geral da União.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 04 de outubro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe em 6.10.2016*

OUTRAS INFORMAÇÕES

17 a 21 de outubro de 2016

Decreto nº 8.880, de 19.10.2016 - Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Seicheles sobre a Isenção Parcial de Vistos, firmado em Victoria, em 13 de dezembro de 2011. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 202, p. 5, em 20.10.2016.

Decreto nº 8.882, de 19.10.2016 - Promulga o Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Polônia no Campo da Luta Contra o Crime Organizado e Outras Modalidades Delituosas, firmado em Brasília, em 9 de outubro de 2006. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 202, p. 6, em 20.10.2016.

Informativo 845

SUMÁRIO

Plenário

ADI e arrecadação de direitos autorais -3

Prejudicialidade e comunicação de revogação de ato normativo após julgamento de ADI

Repercussão Geral

Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 e “desaposentação” - 9

Rediscussão de repercussão geral em Plenário físico

Greve de servidor público e desconto de dias não trabalhados - 4

1ª Turma

Inadmissibilidade de RE em matéria penal e prazo recursal

2ª Turma

Reclamação e esgotamento das vias ordinárias de impugnação

Pesca ilegal: crime de perigo e princípio da insignificância

Dosimetria da pena e custos da atuação estatal

Clipping do DJe

Transcrições

Reclamação - Caráter Preventivo - Inadmissibilidade (Rcl 25.310-MC/DF)

Inovações Legislativas
Outras Informações

PLENÁRIO

ADI e arrecadação de direitos autorais -3

O Plenário, por maioria, julgou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face da Lei 12.853/2013, que alterou ou introduziu dispositivos na Lei 9.610/1998, ao reconfigurar a gestão coletiva de direitos autorais.

Na espécie, questionava-se a constitucionalidade da norma ante os princípios e as regras constitucionais concernentes ao exercício de direitos privados e à liberdade de associação — v. Informativo 823.

O Tribunal assentou que a Constituição garante o direito exclusivo do autor à utilização, à publicação ou à reprodução de suas obras (CF/1988, art. 5º, XXVII). Entretanto, a proteção da propriedade intelectual, sobretudo dos direitos autorais, teria suas particularidades. Em primeiro lugar, a titularidade de determinada obra seria, em geral, compartilhada pelos diversos indivíduos que participaram da sua criação. Em segundo lugar, a ausência de suporte físico para delimitar o domínio intelectual criaria dificuldades de monitoramento da utilização da obra, principalmente na sua execução pública. Essas duas particularidades tornariam o mercado de obras intelectuais refém de elevados custos de transação.

Em linhas gerais, a gestão coletiva de direitos autorais compreende o exercício e a defesa das prerrogativas legais inerentes à criação intelectual por intermédio de associações formadas por titulares desses direitos. Esse modelo de gestão reduziria as dificuldades operacionais geradas tanto pela cotitularidade das obras quanto pelos custos de monitoramento de sua execução. A gestão coletiva de direitos autorais envolveria um “trade-off” socialmente relevante. Esse conflito de escolha diria respeito, por um lado, à viabilização da própria existência do mercado, ao reduzir os custos de transação decorrentes da cotitularidade e da imaterialidade da propriedade intelectual, e, por outro, à delegação de poder de mercado aos titulares de direito, em especial às entidades de gestão coletiva, ao induzir a especificação conjunta das obras intelectuais.

O escopo da norma ora questionada teria sido: a) transparência, ao criar obrigações claras para a gestão coletiva; b) eficiência econômica e técnica, ao permitir que artistas tenham o direito a serem informados sobre seus direitos e créditos; c) modernização, ao reorganizar a gestão coletiva e racionalizar a estrutura das associações que a compõem; d) regulação, ao manter a existência de um único escritório central subordinado ao Ministério da Justiça; e e) fiscalização, ao responsabilizar o Ministério da Justiça pela fiscalização da gestão coletiva.

A Corte anotou que a maior transparência da gestão coletiva de direitos autorais, na forma proposta pela norma impugnada, consubstanciaria finalidade legítima segundo a ordem constitucional, na medida em que buscaria eliminar o viés rentista do sistema anterior. Com isso, promoveria, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais quanto de usuários e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento, o acesso à cultura e à informação.

Além disso, a distinção legal entre os titulares originários e os derivados de obras intelectuais para fins de participação na gestão coletiva de direitos autorais estaria situada na margem de conformação do legislador ordinário para disciplinar a matéria.

O Plenário ressaltou também que as regras impugnadas não impactariam os direitos patrimoniais dos titulares derivados. No entanto, considerou justificável a existência de regras voltadas a minimizar a assimetria de poder econômico entre as editoras musicais e os autores individuais, os verdadeiros criadores intelectuais.

Ademais, a exigência de habilitação prévia das associações de gestão coletiva em órgão da administração pública federal para a cobrança de direitos autorais configuraria típico exercício do poder de polícia preventivo voltado a aferir o cumprimento das obrigações legais exigíveis, desde o nascedouro da entidade.

Quanto às regras para a negociação de preços e formas de licenciamento de direitos autorais, bem como a destinação de créditos e valores não identificados, o Tribunal frisou não ter havido tabelamento de preços. A Lei 12.853/2013 teria se limitado a fixar parâmetros genéricos (razoabilidade, boa-fé e usos do local de utilização das obras) para o licenciamento de direitos autorais. Tudo isso no intuito de corrigir as distorções provocadas pelo poder de mercado das associações gestoras, sem retirar dos próprios autores e titulares a prerrogativa de estabelecer o preço de suas obras.

O Tribunal registou que o licenciamento pelo formato global (“blanket license”) ainda permaneceria válido, desde que não fosse mais o único tipo de contrato disponível. Nesse ponto, destacou que a autoridade antitruste brasileira reconhecera o abuso de poder dominante do Escritório Central de Arrecadação (ECAD) e das associações a ele vinculadas em razão do oferecimento da licença cobertor (“blanket license”) como modalidade única de licenciamento de direitos autorais.

Asseverou que a norma questionada buscaria prevenir a prática de fraudes e evitar a ocorrência de ambiguidades quanto

à participação individual em obras com títulos similares.

Reputou válida a possibilidade de retificação das informações constantes do cadastro pelo Ministério da Cultura, o que evitaria a prematura judicialização de eventuais embates. Além disso, a solução de controvérsias, no âmbito administrativo, por órgão especializado permitiria o enfrentamento das questões a partir de perspectiva técnica, sem ameaçar o acesso de qualquer interessado ao Poder Judiciário.

A nova sistemática para fixação da taxa de administração e destinação de recursos para o aproveitamento coletivo dos associados procuraria reconduzir as entidades de gestão coletiva ao seu papel instrumental. Assim, a possibilidade de serem criadas novas entidades coletivas imporia pressão competitiva sobre as associações já estabelecidas, que tenderiam a ser mais eficientes e a oferecer serviço de qualidade e com maior retorno financeiro para seus associados.

O Plenário concluiu que, em hermenêutica constitucional, seria necessário cuidado para que a interpretação ampliativa de princípios considerados fundamentais não se convolvesse em veto judicial absoluto à atuação do legislador, que também é intérprete legítimo da Lei Maior. Garantias gerais como liberdade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação não seriam, por si, incompatíveis com a presença de regulação estatal.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que julgava procedentes os pedidos formulados. Pontuava que a Lei 12.853/2013 maltrataria a autonomia individual, praticamente transformaria, em que pese a manutenção da nomenclatura, associação em autarquia. Implicaria interferência normativa e prática em entidade que se quer livre da ingerência do Estado.

ADI 5062/DF, rel. Min. Luiz Fux, 27.10.2016. (ADI-5062)

ADI 5065/DF, rel. Min. Luiz Fux, 27.10.2016. (ADI-5065)

Prejudicialidade e comunicação de revogação de ato normativo após julgamento de ADI

Deve-se afastar a prejudicialidade de ação direta de inconstitucionalidade caso o Supremo Tribunal Federal tenha julgado o mérito da ação sem ter sido comunicado previamente a respeito da revogação da norma atacada.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, rejeitou embargos de declaração.

No caso, antes do julgamento do feito em 18.11.2004, a Lei Complementar 78/1993 – declarada inconstitucional – havia sido totalmente revogada pela Lei Complementar 255, de 12 de janeiro de 2004, ambas do Estado de Santa Catarina. Entretanto, essa revogação foi informada somente em embargos de declaração e após o Supremo Tribunal Federal ter julgado o mérito da ação e reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a revogação de norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação.

Entretanto, devem ser excepcionados desse entendimento os casos em que há indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, por exemplo, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade.

Da mesma forma, é preciso preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, bem como evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua.

Portanto, permitir que se pleiteie a desconstituição do julgamento em embargos de declaração depois de decidido o mérito da ação equivaleria a abrir à parte a possibilidade de manipular a decisão do Supremo. Assim, se esta lhe for favorável, bastará não invocar a perda de objeto e usufruir de seus efeitos. Se, ao contrário, lhe for desfavorável, o reconhecimento da prejudicialidade a imunizará contra os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Ademais, como a revogação da lei catarinense não foi alegada antes do julgamento do mérito, não é possível falar em omissão, obscuridade ou contradição nem há também, por esse motivo, fundamento para acolher os embargos de declaração.

Além disso, a lei efetivamente vigeu durante um determinado período, de modo que a revogação e a prejudicialidade dessa ação fariam com que fossem produzidos efeitos válidos por um lapso temporal.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que provia os embargos para declarar insubsistente o acórdão proferido. Afirmava que não se poderia presumir fraude por parte da assembleia legislativa. Pontuava que a revogação da lei antecedeu ao julgamento verificado. Desse modo, à época do julgamento, já não havia mais o ato normativo abstrato autônomo.

ADI 951 ED/SC, rel. Min. Roberto Barroso, 27.10.2016. (ADI-951)

REPERCUSSÃO GERAL

Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 e “desaposentação” - 9

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação", sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991.

Com base nessa orientação, o Tribunal concluiu o julgamento conjunto de recursos extraordinários em que se discutia a

possibilidade de reconhecimento da “desaposentação”, consistente na renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço ou contribuição que fundamentara a prestação previdenciária originária, para a obtenção de benefício mais vantajoso em nova aposentadoria — v. Informativos 600, 762 e 765.

Prevaleceu o entendimento da divergência iniciada com o voto do ministro Dias Toffoli no recurso relatado pelo ministro Marco Aurélio e com o voto do ministro Teori Zavascki nos recursos de relatoria do ministro Roberto Barroso.

O ministro Dias Toffoli afastou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, ao corroborar a interpretação dada pela União e pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) ao citado dispositivo, no sentido de que este, combinado com o art. 181-B do Decreto 3.048/1999, impediria a “desaposentação”. Ressaltou que a Constituição, apesar de não vedar expressamente o direito à “desaposentação”, não o prevê especificamente. Para o ministro, o texto constitucional dispõe, de forma clara e específica, que ficariam remetidas à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem, de forma direta, na concessão dos benefícios, nos termos dos arts. 194 e 195. Observou que a “desaposentação”, no entanto, também não tem previsão legal. Asseverou, ademais, que o fator previdenciário, instituído pela Lei 9.876/1999, deveria ser levado em consideração. Esse fator permite que o contribuinte goze do benefício antes da idade mínima, com a possibilidade de até mesmo escolher uma data para a aposentadoria, em especial quando entender que dali para a frente não conseguirá manter sua média contributiva. Sua instituição no sistema previdenciário brasileiro, na medida em que representaria instrumento típico do sistema de repartição, afastaria a tese de que a correlação entre as remunerações auferidas durante o período laboral e o benefício concedido implicaria a adoção do regime de capitalização. Por outro lado, a “desaposentação” tornaria imprevisíveis e flexíveis os parâmetros utilizados a título de “expectativa de sobrevivência” — elemento do fator previdenciário —, mesmo porque passaria esse elemento a ser manipulado pelo beneficiário da maneira que melhor o atendesse. O objetivo de estimular a aposentadoria tardia, estabelecido na lei que instituiu o citado fator, cairia por terra, visto que a “desaposentação” ampliaria o problema das aposentadorias precoces. Ademais, não haveria violação ao sistema atuarial ao ser vedada a “desaposentação”, pois as estimativas de receita deveriam ser calculadas considerando os dados estatísticos, os elementos atuariais e a população economicamente ativa como um todo. O equilíbrio exigido pela lei não seria, portanto, entre a contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser por ele percebido. Além disso, o regime previdenciário nacional possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, a preponderar o caráter solidário. Por fim, ainda que existisse dúvida quanto à vinculação e ao real sentido do enunciado normativo previsto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, o qual impede que se reconheça a possibilidade da “desaposentação”, na espécie caberia a aplicação da máxima jurídica “in dubio pro legislatore”. O ministro Dias Toffoli concluiu que, se houvesse, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação da referida norma, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto em comento, o espaço democrático para esses debates haveria de ser o Congresso Nacional.

O ministro Teori Zavascki destacou que o RGPS, como definido no art. 201 da Constituição Federal e nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, tem natureza estatutária ou institucional, e não contratual, ou seja, é inteiramente regrado por lei, sem qualquer espaço para intervenção da vontade individual. Afirmou que, no âmbito do RGPS, os direitos subjetivos estão integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico. Esses direitos são apenas aqueles legalmente previstos — segundo a configuração jurídica que lhes tenha sido atribuída — no momento em que implementados os requisitos necessários à sua aquisição. Isso significa que a ausência de proibição à obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não pode ser tida como afirmação do direito subjetivo de exercê-la. Na verdade, dada a natureza institucional do regime, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivale à inexistência do dever de prestação por parte da Previdência Social. O ministro Teori Zavascki ressaltou, ademais, que a Lei 9.032/1995, ao ultimar o processo de extinção dos pecúlios, inclui o § 4º ao art. 12 da Lei 8.212/1991; e o § 3º ao art. 11 da Lei 8.213/1991. Com isso, deu às contribuições vertidas pelo aposentado trabalhador finalidade diferente da que até então tinham, típica de capitalização, as quais passaram a ser devidas para fins de custeio da Seguridade Social, e, portanto, um regime de repartição. Assim, presente o estatuto jurídico delineado, não há como supor a existência do direito subjetivo à “desaposentação”. Esse benefício não tem previsão no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que inserido, é indispensável para a geração de um correspondente dever de prestação. Outrossim, a solidariedade, a respaldar a constitucionalidade do sistema atual, justifica a cobrança de contribuições pelo aposentado que volte a trabalhar, ou seja, este deve adimplir seu recolhimento mensal como qualquer trabalhador, mesmo que não obtenha nova aposentadoria.

Para o ministro Edson Fachin, o Poder Judiciário não pode majorar benefício previdenciário sem observância ao princípio da reserva legal, tal como disposto na Constituição Federal. O ministro sustentou que, no exercício da eleição dos critérios pelos quais se dá a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição no inciso I do seu art. 201, o legislador reconhece que o objetivo do constituinte, no que se refere à proteção ao risco social da idade avançada, é devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais dispostos na legislação. Portanto, previu, legitimamente, no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, que outro benefício não seria concedido, com exceção do salário-família e da reabilitação profissional, pois a finalidade precípua do regime geral, ou seja, a proteção do trabalhador aos riscos da atividade laborativa, já fora atingida com a concessão da aposentadoria. Nada obstante, para o ministro Edson Fachin, alterar esse panorama seria possível, mas pela via legislativa. Assim, cabe ao legislador ordinário, no exercício de sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a Seguridade Social e a Previdência Social,

como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da “desaposentação”. Entendeu, ainda, que não há na Constituição dispositivo a vincular estritamente a contribuição previdenciária ao benefício recebido e que a regra da contrapartida, prevista no § 5º do seu art. 195, significa que não se pode criar um benefício ou serviço da Seguridade Social sem a correspondente fonte de custeio. Isso não quer dizer, entretanto, que nenhuma contribuição poderá ser paga sem a necessária correspondência em benefício previdenciário.

Na linha dos votos antecedentes, o ministro Luiz Fux observou que a vontade do legislador, no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, foi no sentido da restrição ao recebimento de outras prestações, salvo o salário-família e a reabilitação profissional. Outrossim, reconheceu a natureza estatutária do RGPS e o fato de que a própria extinção do pecúlio denota o propósito do legislador de reduzir a gama dos benefícios previdenciários, adequando-os ao rol do art. 201 da Constituição Federal. Sustentou que, pelo ordenamento jurídico vigente, os aposentados que retornam à atividade são contribuintes obrigatórios do regime da Previdência Social, apenas à guisa de observância à solidariedade no custeio da Seguridade Social, e não para renovar sua filiação ou modificar a natureza do seu vínculo. Afirmou que permitir a “desaposentação” significa admitir uma aposentadoria em duas etapas, cabendo à Previdência Social a própria majoração dos proventos, com evidente dano ao equilíbrio financeiro e atuarial. É expediente absolutamente incompatível com o desiderato do constituinte reformador, que, com a Emenda Constitucional 20/1998, deixou claro o intento de incentivar a postergação das aposentadorias. Salientou que o sistema do RGPS apresenta duas peculiaridades que acabam por incentivar, de forma perversa, o reconhecimento dessa chamada “desaposentação” — o valor do benefício previdenciário independentemente da existência de outras fontes de renda e a inexistência de idade mínima para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição. Observou que, atualmente, o segurado tem a opção de fazer uso do incentivo propiciado pelo fator previdenciário, e se aposentar com mais idade, mais tempo de contribuição e valor maior de benefício ou sofrer as consequências desse estímulo trazido pelo mesmo fator e aposentar-se mais jovem, com menos tempo de contribuição, com valor menor de benefício, mas com a possibilidade de cumular esse benefício com a remuneração. Se permitida a “desaposentação”, seria invertida a ordem do sistema, com a criação de uma espécie de pré-aposentadoria, que funcionaria como uma poupança, visto que, a partir desse momento, todos em condição de se aposentar proporcionalmente seriam motivados a buscar o benefício, cumulando-o com a remuneração, certos de que, superado o tempo necessário de serviço, poderiam requerer a “desaposentação” e utilizar-se do cálculo atuarial integralmente a seu favor.

O ministro Gilmar Mendes, alinhado aos votos proferidos, ressaltou a necessidade de se observar a regra da fonte de custeio. Concordou, ademais, que o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 é explícito ao restringir as prestações da Previdência Social ao salário-família e à reabilitação profissional e que o art. 181-B do Decreto 3.048/1999 é igualmente cristalino quanto à irreversibilidade e à irrenunciabilidade da aposentadoria por tempo de contribuição. Asseverou não se verificar omissão normativa em relação ao tema em apreço, tendo em vista as normas existentes e expressas na vedação à renúncia da aposentadoria com fins de viabilizar a concessão de outro benefício com o cálculo majorado. Para ele, o conteúdo das normas está em consonância com os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social. Relembrou que, no âmbito do Projeto de Lei de Conversão 15/2015, que resultou na edição da Lei 13.183/2015, houvera tentativa de estabelecer regulamento específico para a “desaposentação”, vetada pelo presidente da República. Diante dessas constatações, reputou inviável a prolação de decisão cujo objetivo fosse desenvolver circunstâncias e critérios inéditos para promover a majoração do benefício de aposentados precocemente que optassem pela denominada “desaposentação”.

De igual modo, o ministro Celso de Mello considerou que, de acordo com o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, é claro que os únicos benefícios expressa e taxativamente concedidos ao aposentado que volta ao mercado de trabalho são o salário-família e a reabilitação profissional, tendo a norma revelado a opção consciente do legislador ao disciplinar essa matéria. Asseverou que, embora podendo fazê-lo, o legislador deixara de autorizar a inclusão em seu texto do que poderia vir a ser estabelecido. Concluiu que o tema em questão se submeteria ao âmbito da própria reserva de parlamento. Dessa forma, cabe ao legislador — mediante opções políticas e levando em consideração esses dados básicos e princípios estruturantes, como o da precedência da fonte de custeio e da necessidade de preservar a integridade de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário — disciplinar e regular a matéria, estabelecendo critérios, fixando parâmetros, adotando, ou não, o acolhimento do instituto da “desaposentação”.

A ministra Cármen Lúcia (presidente) também aderiu ao entendimento de não haver ausência de lei e reconheceu cuidar-se de matéria que poderia vir a ser alterada e tratada devidamente pelo legislador. Asseverou que o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 dispõe sobre o tema e, relativamente ao que poderia ter sido alterado pelo projeto de lei citado pelo ministro Gilmar Mendes, destacou os debates havidos e o veto do Poder Executivo.

Relativamente à corrente vencida, o ministro Marco Aurélio reconheceu o direito ao recálculo dos benefícios de aposentadoria, sem conceber a “desaposentação” nem cogitar a devolução de valores. Sustentou que o sistema constitucional em vigor viabiliza o retorno do prestador de serviço aposentado à atividade. Para o ministro, o segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. Asseverou que não se coaduna com o disposto no art. 201 da Constituição Federal a limitação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, que, em última análise, implica

desequilíbrio na equação ditada pelo texto constitucional, abalando a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória. Concluiu que ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que teria jus sob o ângulo da aposentadoria.

O ministro Roberto Barroso, por sua vez, afirmou o direito à “desaposentação”, observados, para o cálculo do novo benefício, os fatores relativos à idade e à expectativa de vida — elementos do fator previdenciário — aferidos no momento da aquisição da primeira aposentadoria. Entendeu que viola o sistema constitucional contributivo e solidário impor-se ao trabalhador que volte à atividade apenas o dever de contribuir, sem poder aspirar a nenhum tipo de benefício em troca, exceto os mencionados salário-família e reabilitação. Dessa forma, a vedação pura e simples da “desaposentação” — que não consta expressamente de nenhuma norma legal — produziria resultado incompatível com a Constituição, ou seja, obrigar o trabalhador a contribuir sem ter perspectiva de benefício posterior. Destacou que a “desaposentação” seria possível, visto que o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 não impossibilita a renúncia ao vínculo previdenciário original, com a aquisição de novo vínculo. Ressaltou, porém, que, na falta de legislação específica e até que ela sobrevenha, a matéria estaria sujeita à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo, sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Propôs, por fim, que a decisão da Corte começasse a produzir efeitos somente a partir de 180 dias da publicação, para permitir que o INSS e a União se organizassem para atender a demanda dos potenciais beneficiários, tanto sob o ponto de vista operacional quanto do custeio. Além disso, prestigiaria, na maior medida legítima, a liberdade de conformação do legislador, que poderia instituir regime alternativo ao apresentado e que atendesse às diretrizes constitucionais delineadas.

A ministra Rosa Weber, inicialmente, observou que, no RE 827.833/SC, se teria, diversamente dos demais recursos, hipótese de “reaposentação” em que apenas o período ulterior à aposentação seria suficiente, por si só, ao preenchimento dos requisitos estabelecidos pela norma previdenciária para a outorga de benefício mais proveitoso. Salientou a natureza estatutária do RGPS, mas afastou o entendimento de que isso implicaria a inviabilidade do direito à “desaposentação”. Na linha do voto do ministro Roberto Barroso, reputou ser impositivo o reconhecimento do direito ao desfazimento da prestação previdenciária concedida no regime geral, o qual não vedado pelo art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, bem como ao cômputo, na mensalidade previdenciária, do tempo de contribuição aportado ao regime geral após a aposentadoria, observadas as exigências estabelecidas no voto do ministro Roberto Barroso. Em sede de repercussão geral, alinhou-se igualmente à tese assentada no voto do relator, registrando ressalva quanto à inviabilidade de extensão do reconhecimento do direito à “desaposentação” às pretensões de recálculo de proventos no âmbito do regime próprio, haja vista que a contribuição a esse regime não decorreria da exação gravada no art. 12, § 4º, da Lei 8.212/1991 e no art. 11, § 3º, da Lei 8.213/1991.

O ministro Ricardo Lewandowski também seguiu o voto proferido pelo ministro Roberto Barroso. Ressaltou que a aposentadoria constitui um direito patrimonial, de caráter disponível, sendo legítimo o ato de renúncia unilateral ao benefício, que não dependeria de anuência do Estado, no caso, o INSS.

Relativamente ao RE 381.367/RS, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso. Vencidos o ministro Marco Aurélio (relator), que provia o recurso, e, em menor extensão, os ministros Rosa Weber, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, que o proviam parcialmente.

No que se refere ao RE 661.256/SC, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os ministros Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Quanto ao RE 827.833/SC, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os ministros Rosa Weber, Roberto Barroso (relator), que reajustou o voto — reconhecendo que a hipótese se distinguiria dos dois casos anteriores por envolver não propriamente a “desaposentação”, mas a possibilidade de escolha entre dois direitos autônomos — os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, todos negando provimento ao recurso.

O ministro Marco Aurélio não participou da fixação da tese de repercussão geral.

RE 381367/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.10.2016. (RE-381367)

RE 661256/SC, rel. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.10.2016. (RE-661256)

RE 827833/SC, rel. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.10.2016. (RE-827833)

Rediscussão de repercussão geral em Plenário físico

O reconhecimento da repercussão geral no Plenário Virtual não impede sua rediscussão no Plenário físico, notadamente, quando tal reconhecimento tenha ocorrido por falta de manifestações suficientes.

Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido da inexistência de repercussão geral e do não conhecimento do recurso extraordinário.

No caso, a repercussão geral apresentada no recurso extraordinário em que se discutia a competência para processar e julgar ação de pagamento de adicional de insalubridade a servidor público de ex-Território Federal cedido a um Estado-

membro, com o qual a União havia convênio firmado, foi apreciada no Plenário Virtual. Três ministros entenderam haver questão constitucional, quatro se manifestaram no sentido de que a controvérsia seria de índole infraconstitucional e todos afirmaram não existir repercussão geral. Mesmo assim, foi reconhecida a repercussão geral por não se atingir o quórum de dois terços previsto no art. 102, § 3º, da Constituição, ou seja, oito votos.

O Plenário afirmou estar a matéria restrita a parcela limitada de servidores de um ex-Território – quadro em extinção da Administração Pública Federal. Portanto, ausentes questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, a justificar pronunciamento de mérito do Supremo Tribunal Federal.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que solucionava a questão de ordem no sentido do julgamento do recurso extraordinário. Pontuava que, uma vez reconhecida a repercussão geral pelo Plenário Virtual, em razão da segurança jurídica, o Tribunal não poderia retroagir e dar o dito pelo não dito.

RE 584247/RR, rel. Min. Roberto Barroso, 27.10.2016. (RE-584247)

Greve de servidor público e desconto de dias não trabalhados - 4

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

Com base nesse entendimento, o Plenário conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, por maioria, a ele deu provimento. Na espécie, discutia-se a possibilidade de desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em razão do exercício do direito de greve — V. Informativo 797.

O Tribunal assentou que: a) a deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra geral, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga; e b) somente não haverá desconto se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho. Considera-se assim aquelas circunstâncias em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos.

Assinalou, de início, que o recurso não deveria ser conhecido quanto à suposta ofensa ao art. 100 da Constituição, pois não caberia falar em pagamento dos valores em discussão por meio de precatório, de acordo com precedentes da Corte.

Na parte conhecida, rememorou entendimento jurisprudencial pela legalidade dos descontos remuneratórios alusivos aos dias de paralisação, a exemplo do que fixado no MI 708/DF (DJe de 30.10.2008).

Frisou inexistir legislação específica acerca do direito de greve no setor público, razão pela qual, quando o tema alcança o Supremo Tribunal Federal, tem-se decidido pela aplicação da regra atinente ao setor privado.

Destacou a existência, em outros países democráticos, dos fundos de greve, geridos pelos sindicatos, cujos recursos seriam usados para remunerar os servidores públicos grevistas, de forma a não onerar o Estado. Além disso, ressaltou haver países, também democráticos, em que inexistiria o direito de greve a servidores públicos. Essa não seria a situação brasileira, pois esse direito estaria constitucionalmente assegurado.

Sublinhou a importância da negociação coletiva para resolver questões remuneratórias, muito embora os avanços no sentido da aplicação desse instituto no setor público ainda fossem pouco expressivos.

Ademais, sustentou que eventual compensação de dias e horas não trabalhados deveria ser sempre analisada na esfera da discricionariedade administrativa, por não haver norma a impor sua obrigatoriedade. Anotou que alguns entes federados teriam editado atos normativos impeditivos de abono ou compensação na hipótese de greve. Sem prejuízo da eventual constitucionalidade dessas normas, seria possível inferir que a opção da administração deveria ser respeitada, até mesmo ao estabelecer premissas normativas impeditivas de negociações sobre determinados pontos, desde que razoáveis e proporcionais, até o advento de lei de regência nacional sobre o tema. Enquanto isso não ocorresse, o instrumento da negociação seria o melhor caminho para solucionar conflitos em cada caso, observados os limites acima traçados.

Salientou que, na espécie, de um lado, não haveria dados sobre imposição de sanção administrativa nem sobre a existência de processos disciplinares contra os grevistas. Pelo contrário, a autoridade impetrada apenas teria cumprido a lei e reconhecido a legitimidade dos descontos. Não haveria, por outro lado, certeza quanto à alegação de que os dias não trabalhados seriam devidamente compensados, o que seria impassível de exame no recurso. Não existiria, portanto, violação a direito líquido e certo dos impetrantes, ora recorridos.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso.

Consideravam que a greve dos servidores públicos seria direito fundamental ligado ao Estado Democrático de Direito.

Como a greve seria o principal instrumento de reivindicações civilizatórias da classe funcional pública diante do Estado, a suspensão do pagamento da remuneração dos servidores tocara a essencialidade do direito em debate. A adesão de servidor a movimento grevista não poderia representar uma opção economicamente intolerável ao próprio servidor e ao respectivo núcleo familiar.

No âmbito privado, a greve implicaria prejuízo ao empregador e ao trabalhador. Imposto esse ônus às partes, seria natural a busca por uma solução célere ao impasse. Isso não ocorreria no serviço público, entretanto. Por vezes, a opção do administrador seria postergar ao máximo o início das negociações. Assim, permitir o desconto imediato na remuneração dos servidores significaria que os prejuízos do movimento paredista seriam suportados por apenas uma das partes em litígio. Portanto, a interpretação da legislação aplicável (Lei 7.783/1989) conforme à Constituição levaria à conclusão de que as relações obrigacionais entre agente público e administração deveriam ser regidas e sindicalizadas por decisão judicial, dada a impossibilidade de acordo, convenção ou laudo arbitral. Isso não implicaria falta de consequências aos grevistas, que deveriam compensar as horas não trabalhadas ao fim da greve.

Dessa forma, a suspensão do pagamento de servidores grevistas exigiria ordem judicial, que reconhecesse a ilegalidade ou abusividade da greve em concreto. Do mesmo modo, a decisão judicial deveria fixar condições para o exercício desse direito, nos termos da lei mencionada, com o menor prejuízo possível aos beneficiários do serviço público afetado.

O ministro Edson Fachin ficou vencido quanto à fixação da tese e os ministros Marco Aurélio e Rosa Weber não a endossaram.

RE 693456/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 27.10.2016, (RE-693456)

PRIMEIRA TURMA

Inadmissibilidade de RE em matéria penal e prazo recursal

A Primeira Turma, por maioria e em razão da intempestividade, não conheceu de agravo regimental interposto contra decisão que inadmitiu, na origem, recurso extraordinário sobre matéria penal.

De início, o ministro Edson Fachin (relator) destacou que a decisão de inadmissibilidade foi publicada em 26.4.2016 (terça-feira), com início do prazo recursal em 27.4.2016 (quarta-feira) e fim em 11.5.2016 (quarta-feira), mas o agravo somente foi interposto em 17.5.2016 (terça-feira), quando já expirado o prazo de quinze dias corridos.

Observou que o prazo previsto para a interposição de agravo de instrumento contra decisão que inadmitte recurso extraordinário era de cinco dias, conforme o art. 28 da Lei 8.038/1990. Com as alterações do Código de Processo Civil pela Lei 8.950/1994, a Corte pacificou o entendimento de que o art. 28 da Lei 8.038/1990 não havia sido revogado em matéria penal, permanecendo o prazo de cinco dias para interposição do agravo.

Relembrou que o novo Código de Processo Civil (CPC) alterou a sistemática recursal e, especificamente quanto ao recurso extraordinário, revogou expressamente os arts. 26 a 29 e 38 da Lei 8.038/1990, conforme disposto no art. 1.072 do novo diploma instrumental. Entretanto, foi mantido o art. 39 da Lei 8.038/1990 (“Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias”), que cuida de agravo interno, distinto do agravo cabível para destrancamento de recurso extraordinário. Por sua vez, o agravo destinado a destrancar recurso extraordinário criminal era regulamentado pelo art. 28 da Lei 8.038/1990, revogado.

Feitas essas considerações, o ministro verificou que, em razão da alteração da base normativa, inexistindo previsão específica no Código de Processo Penal (CPP) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), à luz do preconizado no art. 3º do CPP, o prazo a ser observado na interposição do agravo destinado a impugnar a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário é o da regra geral do art. 1.003, § 5º, do novo CPC, ou seja, de 15 dias.

A despeito do que dispõe o art. 219, “caput”, do novo CPC, que determina a contagem do prazo recursal em dias úteis, o caso concreto trata de agravo em recurso extraordinário em matéria criminal. Nessa hipótese, as regras do processo civil somente se aplicam subsidiariamente. Dessa forma, sempre que em conflito regras formalmente expressas em lei, há de ser aplicado o critério da especialidade. No caso, a contagem dos prazos no processo penal está prevista no art. 798 do CPP (“Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”). Portanto, o novo CPC não regula o processo penal nesse particular. Logo, diante da nova sistemática processual, o prazo para interposição do agravo que almeja destrancar recurso extraordinário criminal inadmitido na origem passou a ser de 15 dias, com a contagem regida pelo CPP.

A ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux e Roberto Barroso acompanharam o relator quanto à intempestividade do recurso para não o conhecer, uma vez que a interposição se deu 21 dias após o início do prazo, mas não quanto aos fundamentos.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que afastava a intempestividade, por considerar ter havido a uniformização dos

prazos em 15 dias úteis, exceto para embargos declaratórios.

ARE 993407/DF, rel. Min. Edson Fachin, 25.10.2016. (ARE-993407)

SEGUNDA TURMA

Reclamação e esgotamento das vias ordinárias de impugnação

A Segunda Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a reclamação, em razão do não esgotamento das vias ordinárias de impugnação, conforme previsto no art. 988, § 5º, II, do novo Código de Processo Civil (CPC).

Na espécie, a reclamação foi ajuizada contra acórdão proferido por tribunal regional eleitoral, que, ao manter pena de inelegibilidade fixada em sentença, teria desrespeitado o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 658.026/MG (DJE de 31.10.2014), com repercussão geral reconhecida. Em face do referido acórdão, o recorrente também interpôs recurso especial eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral.

Segundo o agravante, a regra inscrita no art. 988, § 5º, II, do CPC compreenderia apenas o exaurimento de recursos ordinários cabíveis no âmbito do tribunal de origem, de modo que a interposição de recurso especial eleitoral em nada prejudicaria o cabimento da reclamação.

Para o Colegiado, a reclamação somente é cabível quando esgotados todos os recursos ordinários na causa em que proferido o ato supostamente contrário à autoridade de decisão do STF com repercussão geral reconhecida. Nesses termos, a hipótese de cabimento prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC deve ser interpretada restritivamente, sob pena de o STF assumir, pela via da reclamação, a competência de pelo menos três tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral), para o julgamento de recursos contra decisões de tribunais de segundo grau de jurisdição.

O ministro Dias Toffoli acompanhou o ministro Teori Zavascki (relator), mas ressaltou a aplicação do entendimento apenas aos casos provenientes da Justiça Eleitoral, em razão das características específicas do recurso especial eleitoral e das peculiaridades da composição do Tribunal Superior Eleitoral.

Rcl 24686 ED-AgR/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 28.10.2016. (Rcl-24686)

Pesca ilegal: crime de perigo e princípio da insignificância

A Segunda Turma, em julgamento conjunto, denegou a ordem em “habeas corpus” e negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretendia fosse reconhecida a atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância. Em ambos os casos, os envolvidos foram denunciados pela suposta prática do crime do art. 34 da Lei 9.605/1998 (pesca proibida).

Em um dos processos, a denúncia foi oferecida em razão de o acusado ter sido encontrado com 70 metros de rede de malha número 16 e iscas vivas, porém sem pescado algum. No outro, o denunciado foi flagrado praticando atos de pesca amadora, com o uso de redes de emalhar ancoradas (fixas), em local interdito para a atividade durante o período de safra da tainha. Também não havia nenhum espécime em seu poder.

O Colegiado citou a definição da atividade da pesca, conforme o disposto no art. 36 da Lei 9.605/1998 (“Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora”). De acordo com o texto legal, a pesca não se restringe à captura do ser vivo, mas também abrange todo ato tendente a fazê-lo.

Nesse sentido, a Turma assentou tratar-se de crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade de dano ao bem jurídico. Assim, a captura por meio da pesca é mero exaurimento do delito, de modo que não se pode falar em crime de bagatela por não ter sido apreendido nenhum ser vivo. Os comportamentos dos denunciados apresentam elevado grau de reprovabilidade. Além disso, os crimes não se exauriram porque as autoridades intervieram antes que houvesse dano maior à fauna aquática.

RHC 125566/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 26.10.2016. (RHC-125566)

HC 127926/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 26.10.2016. (HC-127926)

Dosimetria da pena e custos da atuação estatal

Os elevados custos da atuação estatal para apuração da conduta criminosa e o enriquecimento ilícito logrado pelo agente não constituem motivação idônea para a valoração negativa do vetor “consequências do crime” na primeira fase da dosimetria da pena (CP/1940, art. 59). Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu de ofício a ordem em “habeas corpus”, para determinar ao juízo que redimensione a pena do paciente, condenado pela prática de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976).

No caso, o juízo prolator da sentença condenatória reputou desfavoráveis as consequências do crime, por entender que a investigação criminal teria exigido despesas excessivas dos órgãos estatais responsáveis pela repressão, assim como por ter o condenado obtido enriquecimento ilícito em decorrência da prática criminosa.

A defesa sustentou ter havido violação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais (CF/1988, arts. 5º, XLVI, e 93, IX). Alegou que o alto custo da investigação criminal não serviria de justificativa para a majoração da pena, bem como que os vetores negativos considerados na sentença condenatória teriam sido valorados de forma global, e não individualmente.

O Colegiado decidiu que as despesas suportadas pelo Estado com a persecução criminal e o enriquecimento ilícito do condenado não se subsumem no vetor negativo “consequências do crime” (CP/1940, art. 59), entendido como dano decorrente da conduta praticada pelo agente.

Além disso, assentou que, embora recomendável a valoração individualizada de cada vetor na primeira fase da dosimetria, a fixação da pena-base de forma conglobada — sem a particularização do “quantum” de pena especificamente atribuído a cada um dos vetores negativos — não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem o seu reajustamento. Assim, em se tratando de pena-base conglobada, nada obsta que, decotado algum vetor negativo indevidamente reconhecido, seja determinado ao juízo de primeiro grau que proceda ao redimensionamento da pena imposta, com os abatimentos pertinentes.

Asseverou, também, que o efeito devolutivo da apelação, no caso de recurso exclusivo da defesa, transfere o conhecimento de toda a matéria impugnada ao Tribunal “ad quem”, que pode até mesmo rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória, para manter ou reduzir a pena. O reajustamento da pena-base, nessas hipóteses, não deve extravasar a pena aplicada em primeiro grau, sob risco de “reformatio in pejus”.

HC 134193/GO, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 26.10.2016. (HC-134193)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	26.10.2016	27.10.2016	9	60
1ª Turma	25.10.2016	—	39	205
2ª Turma	25.10.2016	—	21	100

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 21 a 28 de outubro de 2016.

CLIPPING DO DJE

24 a 28 de novembro de 2016

AG. REG. NO ARE N. 968.020-ES

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BENS POR PESSOA FÍSICA. OPERAÇÃO REALIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 114/2002. INVALIDADE DO LANÇAMENTO. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

1. Somente a partir da edição da Lei Complementar nº 114/2002 é possível a cobrança de ICMS importação de pessoa física, seguida de regulamentação por parte de cada ente federado, mediante edição de lei regional.

2. A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC nº 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.

3. Nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§2º e 3º, do CPC/2015.

4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

HC N. 130.877-RS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

DESCAMINHO – VALOR DO TRIBUTO – LEI Nº 10.522/2002 – ALCANCE. Descabe, em Direito, confundir institutos, vocábulos e expressões. O que previsto na Lei nº 10.522/2002 não alcança a persecução criminal a cargo do Ministério Público.

HC N. 133.291-SP

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

TELECOMUNICAÇÕES – CLANDESTINIDADE – RADIODIFUSÃO – BAIXA FREQUÊNCIA – PENA. A questão de a emissora de radiodifusão clandestina operar em baixa frequência é resolvida ante a circunstância judicial consequências do crime.

AG. REG. NO ARE N. 920.041-BA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETERIÇÃO. RE 837.311-RG. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULAS 279 E 454/STF. CARÁTER PROTETOR. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O Supremo Tribunal Federal, em 09.12.2015, ao julgar o mérito do RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese (Tema 784): “O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do

certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”.

2. Dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem, no tocante ao tema da preterição, pressupõe, necessariamente, a análise de legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos, do material probatório contantes dos autos (Súmulas 279/STF) e de cláusulas editalícias (Súmula 454/STF), o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973.

AG. REG. NO AG. REG. NO RE N. 665.351-RJ

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS E COFINS. EMPRESA QUE DESENVOLVE ATIVIDADES DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS DESTINADOS A USO VETERINÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO CONFISCO. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, a equiparação da contribuinte, para fins de apuração da Cofins e do PIS, mostra-se inviável, uma vez que essa equivalência é medida que incumbe ao Poder Legislativo, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se no mérito das decisões políticas adotadas pelo legislador e pela Administração Pública.

2. A previsão de estabelecimento de diferentes regimes tributários de modo a limitar deduções da base de cálculo do PIS e da Cofins a determinado grupo de empresas não implica ofensa ao princípio da isonomia.

3. Dissentir das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem quanto ao preenchimento dos requisitos da Lei nº 10.147/2007 demandaria tão somente o reexame do acervo probatório constante dos autos, providência vedada nesta fase processual.

4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973.

Acórdãos Publicados: 312

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Reclamação - Caráter Preventivo - Inadmissibilidade (Transcrições)

Rel 25.310-MC/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: RECLAMAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CRIAÇÃO PRETORIANA (RTJ 112/504). FUNÇÃO PROCESSUAL. DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL (RTJ 149/354-355 – RTJ 187/150-152, v.g.). DOCTRINA. PRECEDENTES. ALEGACÃO, NA ESPÉCIE, DE DESRESPEITO A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCESSIVA DE MANDADO DE SEGURANÇA REVESTIDA DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, SITUAÇÃO DE OFENSA QUE NÃO SE PRESUME. POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (LEI Nº 12.016/2009, ART. 26), QUANDO DESCUMPRIDO JULGADO QUE DEFERE O “WRIT” MANDAMENTAL. NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA FORMAL, PARA EFEITO DE RECLAMAÇÃO, DO ATO TRANSGRESSOR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, PELO RECLAMANTE, MEDIANTE PROVA LITERAL JURIDICAMENTE IDÔNEA, DA OCORRÊNCIA CONCRETA E ATUAL DE ATO OFENSIVO A DECISÃO EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÔNUS PROCESSUAL QUE INCUMBE A QUEM ALEGA (O RECLAMANTE, NA ESPÉCIE). A RECLAMAÇÃO FAZ INSTAURAR PROCESSO DE PERFIL MARCADAMENTE DOCUMENTAL. INEXISTÊNCIA, EM NOSSO SISTEMA PROCESSUAL, DE RECLAMAÇÃO REVESTIDA DE CARÁTER PREVENTIVO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS SOBRE ESSA QUESTÃO. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de tutela de urgência, formulada com o objetivo de manter ou de restabelecer, integral e imediatamente, “o pagamento do percentual de 84,32% do Plano Collor aos professores ativos, inativos e pensionistas da Universidade Federal do Ceará beneficiados pela decorrência da coisa julgada também consolidada na Reclamação Trabalhista n. 1066/90, da 5ª Vara do Trabalho de Fortaleza/CE, conforme determinado através da decisão monocrática e acórdãos proferidos no MS 26.086, da lavra do Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello”.

A parte ora reclamante alega que a União Federal e o Tribunal de Contas da União estariam desrespeitando a ordem mandamental fundada em título judicial definitivo, consubstanciada em acórdão transitado em julgado proferido no MS 26.086/DF, de que fui Relator, que invalidou deliberações administrativas emanadas do TCU.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a admissibilidade, na espécie, da presente reclamação. E, ao fazê-lo, entendo essencial estabelecer algumas premissas que reputo indissociáveis da análise do pleito deduzido nesta sede processual.

Sabemos todos que a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – ação (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, “apud” Cordeiro de Mello, “O Processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (RTJ 112/518-522, Rel. Min. DJACI FALCÃO) –, configura instrumento de extração

constitucional, não obstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), **destinado a viabilizar**, na concretização de sua **dupla** função de ordem político-jurídica, **a preservação da competência** do Supremo Tribunal Federal, *de um lado, e a garantia* da autoridade de suas decisões, *de outro* (CF, art. 102, I, "I"), **consoante tem enfatizado** a jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Vê-se, portanto, que uma das funções processuais da reclamação **consiste em garantir** a autoridade das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse instrumento formal de tutela, "que nasceu de uma construção pretoriana" (RTJ 112/504), **busca, em essência, fazer prevalecer**, no plano da hierarquia judiciária, **o efetivo respeito** aos pronunciamentos jurisdicionais **emanados** desta Suprema Corte (RTJ 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

"Reclamação e preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedentes. Doutrina."

(RTJ 179/995-996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A destinação constitucional da via reclamationária, *portanto – segundo acentua*, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Instituições de Direito Processual Civil", vol. IV/393, 2ª ed., Forense) –, **além de vincular** esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, **prende-se** ao objetivo específico **de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados** desta Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, **ao justificar a necessidade da reclamação** – enquanto meio processual vocacionado **à imediata restauração** do "imperium" inerente à decisão desrespeitada –, **assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser** desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal ("Manual de Direito Processual Civil", vol. 3/199-200, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva):

"O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como 'causa finalis' assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República." (grifei)

Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, **que o descumprimento** de decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal **autoriza a utilização** da via reclamationária, **vocacionada**, em sua **específica** função processual, **a resguardar e a fazer prevalecer**, **no que concerne** à Suprema Corte, **a integridade, a autoridade e a eficácia** dos comandos que emergem de seus atos decisórios, **na linha** do magistério jurisprudencial **consagrado** por este Tribunal (RTJ 187/150-152, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Para que se legitime, no entanto, **o acesso** à via reclamationária, **impõe-se** a demonstração **da efetiva configuração de desrespeito** a julgamento emanado do Supremo Tribunal Federal, **o que não se registrou** na hipótese em apreço, **especialmente** se considerar o fato de que a parte reclamante **não** produziu, nestes autos, prova juridicamente idônea que pudesse demonstrar, **de modo inequívoco e revestido de liquidez**, a ocorrência, **por parte dos ora reclamados**, de transgressão à ordem mandamental.

Na realidade, tenho para mim que não ficou demonstrada, na espécie, a existência formal de qualquer ato concreto cuja prática, pelos ora reclamados, legitimasse a utilização da presente ação reclamationária.

Isso significa, portanto, que a pretensão deduzida pela parte ora reclamante **revela-se inacolhível, considerada** a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **consagrou** na apreciação da **questão processual** em debate (Rcl 2.912/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 3.988/AM, Rel. Min. CEZAR PELUSO – Rcl 4.058/BA, Rel. Min. CEZAR PELUSO – Rcl 15.569/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 18.696-MC/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **valendo referir**, entre esses julgados, **ante a pertinência** de seu conteúdo, **fragmento** da decisão que o eminente Ministro GILMAR MENDES **proferiu** no âmbito **da Rcl 14.966/MS**, de que foi Relator:

"A Constituição da República, em seu art. 102, I, 'I', é clara ao dispor que compete a esta Corte processar e julgar, originariamente, 'a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões'.

É certo que o ajuizamento da reclamação pressupõe a existência de um ato que usurpe a competência do STF ou que viole a autoridade de alguma de suas decisões que possua efeito vinculante.

Assim, não há que se falar em reclamação preventiva.

Nesses termos, verifico que a presente reclamação é manifestamente incabível, por não existir, até o presente momento, notícia da existência de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande – MS ou pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, que afronte a competência desta Corte ou a garantia de suas decisões." (grifei)

Em **outro** precedente, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, Relator, **proferiu** juízo **negativo** de cognoscibilidade **na Rcl 3.988/AM, advertindo**, corretamente, que **"A admissibilidade da reclamação pressupõe a existência de ato concreto do qual resulte afronta à competência do Supremo Tribunal Federal ou à garantia de suas decisões. O remédio constitucional não tem caráter preventivo, de modo que não serve para inibir exercício da função jurisdicional, sobretudo quando não se lhe pode prever o teor de decisão"** (grifei).

Não posso supor, sem que exista prova literal juridicamente idônea reveladora de fatos **impregnados da necessária liquidez** – e **considerando**, sobretudo, a circunstância de que a reclamação **faz instaurar processo de caráter marcadamente documental** –, **que a União Federal e o E. Tribunal de Contas da União tenham desrespeitado** decisão **proferida** pelo Supremo Tribunal Federal **revestida** da autoridade da coisa julgada, **pois**, como não se deve ignorar, **"Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis"** (Lei nº 12.016/2009, art. 26 – grifei).

Nem se diga que a presente reclamação **teria sido ajuizada** com o objetivo **de prevenir eventual descumprimento** da decisão invocada como parâmetro de confronto, **eis que, como se sabe, inexistente**, em nosso sistema processual, **a figura da reclamação preventiva**, consoante **precedentemente** assinalado (Rcl 3.988/AM, Rel. Min. CEZAR PELUSO – Rcl 14.966/MS, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Talvez essa tenha sido a razão pela qual a entidade sindical ora reclamante, **por intermédio dos mesmos ilustres Advogados que subscrevem** a presente reclamação, **formulou, em 16/09/2016, nos autos do MS 26.387-AgR/DF**, Rel. Min. LUIZ FUX, **"pedido de tutela provisória cautelar incidental para concessão de efeito suspensivo"** **a determinado** agravo interno **que interpôs** em referido processo mandamental.

Em conclusão, não se acham presentes, na espécie, as situações legitimadoras da utilização do instrumento reclamationário.

Sendo assim, e pelas razões expostas, nego seguimento à presente reclamação (CPC/15, art. 932, VIII, c/c o RISTF, art. 21, § 1º), **restando prejudicado**, em consequência, **o exame do pedido de tutela de urgência**.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 03 de outubro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

**decisão publicada no DJe em 5.10.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

24 a 28 de novembro de 2016

Lei Complementar nº 155, de 27.4.2016 - Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 208, p. 1, em 28.10.2016.

Lei nº 13.352, de 27.10.2016 - Altera a Lei no 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. Publicada no DOU, Seção nº 1, Edição nº 208, p. 10, em 28.10.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

24 a 28 de novembro de 2016

Decreto nº 8.885, de 24.10.2016 - Aprova o Estatuto da Cruz Vermelha Brasileira. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 205, p. 1, em 25.10.2016.

Decreto nº 8.892, de 27.10.2016 - Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Publicado no DOU, Seção nº 1, Edição nº 209, p. 1, em 31.10.2016.

[Informativo 846](#)

SUMÁRIO

Plenário

Réu em processo-crime e substituição presidencial

Crimes contra a humanidade e prescrição - 2

Repercussão Geral

Protesto de CDA e sanção política

Petrobras e imunidade

Imunidades tributárias e empresas optantes pelo SIMPLES

1ª Turma

Latrocínio: pluralidade de vítimas fatais e concurso formal

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Trabalho escravo - Juiz absolutamente incompetente - Recebimento da denúncia que não interrompe a prescrição penal - Juiz natural - Função do Processo Penal (AP 635/GO)

PLENÁRIO

Réu em processo-crime e substituição presidencial

O Plenário iniciou julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) em que se discute a possibilidade de parlamentar réu em ação penal ocupar a presidência da Câmara dos Deputados.

O Colegiado, preliminarmente e por maioria, conheceu da ação constitucional, cujo pedido revela o fato de estar, à época, presidindo a Câmara dos Deputados parlamentar com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), portanto réu em processo-crime. Segundo a inicial, esse seria um ato do poder público contrário à Constituição.

O deslinde acerca da discussão principal depende de interpretação do texto constitucional, tarefa do STF. Portanto, não cabe ao legislador positivo interpretar se é cabível réu em processo-crime na Suprema Corte ser presidente de uma das Casas do Congresso Nacional ou do STF, figurando na linha de substituição da presidência da República.

O ministro Celso de Mello salientou que a mera possibilidade de haver lesão a preceito fundamental basta para legitimar a utilização da ADPF por quem dispõe de legitimidade ativa para ajuizá-la. Ademais, no caso em tela, está presente o requisito da subsidiariedade. O tema tem relevo suficiente a permitir a instauração do processo objetivo.

Vencido, quanto à preliminar, o ministro Dias Toffoli, que julgava o pedido prejudicado. Para ele, não havia mais situação concreta, pois o parlamentar já teria sido afastado da presidência da Câmara, e a Corte não poderia funcionar como órgão consultivo.

No mérito, o ministro Marco Aurélio (relator), acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello, julgou o pedido procedente. Entendeu que os réus em processo-crime no STF não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição da presidência da República.

Para o relator, quando uma pessoa que reúne essas condições assume a presidência da República, gera-se um estado de grave perplexidade, a implicar desvio ético-jurídico. A teor do disposto no art. 86 da Constituição, admitida acusação contra o presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF, nas infrações comuns. Recebida a denúncia, é automática a suspensão das funções exercidas.

A impossibilidade de réu em processo-crime ocupar o aludido cargo é uma decorrência do sistema constitucional. Portanto, a linha de substituição do presidente e do vice-presidente da República deve ser composta de pessoas que não estejam na condição de réu.

Embora envolva cidadãos, a linha de substitutos do presidente da República diz respeito ao Legislativo e ao Judiciário, enfatizando a importância das Casas Legislativas e do STF.

O preceito constitucional é cogente e não contempla a substituição do titular de qualquer das presidências nem a possibilidade de, impedido o primeiro da ordem de substituição, vir a ser chamado o subsequente. Assim, está excluída a substituição do presidente da Câmara, do Senado, do STF, bem como passar-se ao segundo da cadeia de substitutos ante o fato de o primeiro, na ordem preferencial, ser réu.

Em seguida, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

ADPF 402/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3.11.2016. (ADPF-402)

Crimes contra a humanidade e prescrição - 2

O Plenário, em conclusão e julgamento e por maioria, indeferiu pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, ao qual imputada a suposta prática de delitos de lesa-humanidade. Ele é investigado por crimes correspondentes, no Código Penal brasileiro, aos de homicídio qualificado, sequestro e associação criminosa. Os delitos teriam sido cometidos quando o extraditando integrava o grupo terrorista “Triple A”, em atividade entre os anos 1973 e 1975, cujo objetivo era o sequestro e o assassinato de cidadãos argentinos contrários ao governo então vigente naquele país — v. Informativos 842 e 844.

O Colegiado considerou extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando, nos termos da legislação brasileira, e de não ter sido atendido, portanto, o requisito da dupla punibilidade.

Destacou a jurisprudência nesse sentido, e lembrou o art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro e o art. III, “c”, do tratado de extradição entre Brasil e Argentina quanto à vedação do pleito extraditacional quando extinta a punibilidade pela prescrição.

Apresentou também o posicionamento da Corte em casos semelhantes, nos quais o pedido de extradição teria sido deferido apenas quanto aos crimes reputados de natureza permanente e considerados não prescritos, em virtude da não cessação da permanência, situação diversa da ora analisada.

Relativamente à qualificação dos delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade, entendeu que essa circunstância não afasta a aplicação da citada jurisprudência.

A Corte se referiu a fundamentos expostos na ADPF 153/DF, no sentido da não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, haja vista o País não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido, e, ainda, em razão de somente lei interna poder

dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir.

Ponderou que, mesmo se houvesse norma de direito internacional de caráter cogente a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido ainda reproduzida no direito interno. Portanto, o Estatuto de Roma, considerado norma de estatuto supralegal ou constitucional, não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, que veda a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

Em seguida, o Plenário afastou a ofensa ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não ocorre, no caso, invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, mas simples incidência de limitação prevista nesse tratado.

Concluiu que, estando prescritos os crimes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia o próprio tratado de extradição, que demanda a observância do requisito da dupla punibilidade.

Vencidos os ministros Edson Fachin (relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, que reajustou o voto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (presidente), todos pelo indeferimento do pedido. Em seguida, o Tribunal determinou a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando.

Ext 1362/DF, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 9.11.2016. (Ext-1362)

REPERCUSSÃO GERAL

Protesto de CDA e sanção política

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 constituir sanção política.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta ajuizada contra o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997, incluído pela Lei 12.767/2012 (“Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”).

O Tribunal afastou a alegação de inconstitucionalidade formal do dispositivo atacado. A requerente aduzia ter havido afronta ao devido processo legislativo e à separação de poderes, em virtude de ter sido inserido por emenda na Medida Provisória 577/2012, que versava sobre questões totalmente diversas, relativas ao serviço público de energia elétrica.

Observou que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 5.127 (DJE de 27.9.2016), entendeu que a prática de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias, consolidada no Congresso Nacional, constitui costume contrário à Constituição.

Entretanto, diante dos consideráveis efeitos adversos que adviriam da declaração de inconstitucionalidade de todas as medidas provisórias já aprovadas, ou ainda em tramitação, com vício semelhante, e do fato de estar-se a afirmar um novo entendimento sobre a matéria, a Corte atribuiu eficácia “ex nunc” à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, todas as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo impugnado na presente ação direta.

No que se refere às impugnações materiais, a tese central defendida é a de que o protesto da Certidão de Dívida Ativa pelo fisco constitui “sanção política” – pois seria uma medida extrajudicial que restringe de forma desproporcional os direitos fundamentais dos contribuintes ao devido processo legal, à livre iniciativa e ao livre exercício profissional – imposta, de forma indireta, para pressioná-los a quitar seus débitos tributários.

Ponderou que, de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, é possível concluir não bastar que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada uma sanção política. Exige-se, além disso, que tais restrições sejam reprovadas no exame de proporcionalidade e razoabilidade.

Afirmou que a utilização do instituto pela Fazenda Pública não viola o princípio do devido processo legal. Rememorou que, no regime jurídico atual, a execução fiscal constitui o mecanismo próprio de cobrança judicial da Dívida Ativa (Lei 6.830/1980, art. 38). No entanto, embora a Lei 6.830/1980 eleja o executivo fiscal como instrumento típico para a cobrança da Dívida Ativa em sede judicial, ela não 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, com expressa previsão legal, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997.

Segundo assentou, não há, assim, qualquer incompatibilidade entre ambos os instrumentos. Eles são até mesmo

complementares. Frustrada a cobrança pela via do protesto, o executivo fiscal poderá ser normalmente ajuizado pelo fisco. E mais: em relação à cobrança de créditos de pequeno valor, o protesto será, muitas vezes, a única via possível. Diversas Fazendas optaram por autorizar o não ajuizamento de execuções fiscais nos casos em que o custo da cobrança judicial seja superior ao próprio valor do crédito. Mesmo na ausência de lei sobre o tema, alguns juízes e tribunais locais passaram a extinguir execuções fiscais por falta de interesse processual na hipótese.

Além disso, o protesto não impede o devedor de acessar o Poder 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. Inexiste, assim, qualquer mácula à inafastabilidade do controle judicial. Por esses motivos, não se vislumbra fundamento constitucional ou legal que impeça o Poder Público de estabelecer, por via de lei, o protesto como modalidade extrajudicial e alternativa de cobrança de créditos tributários. Portanto, o protesto de Certidões da Dívida Ativa não importa em qualquer restrição ao devido processo legal.

Ademais, o protesto de Certidões de Dívida Ativa não representa um efetivo embaraço ao regular exercício das atividades empresariais e ao cumprimento dos objetos sociais dos administrados. 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. Diversamente dos casos julgados por esta Corte em que se concluiu pela violação à livre iniciativa, 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 – nem restringe, efetivamente, a livre iniciativa e a liberdade de exercício profissional. Quando muito, ele pode promover uma pequena restrição a tais direitos pela restrição creditícia, que, justamente por ser eventual e indireta, não atinge seus núcleos essenciais.

A última alegação da requerente é a de que o protesto de CDAs violaria o princípio da proporcionalidade, pois tal instrumento constituiria meio inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e desnecessário, uma vez que o fisco teria meios especiais e menos gravosos para a satisfação do crédito tributário.

Em relação à adequação da medida, cabe verificar se o protesto de Certidões de Dívida Ativa é idôneo para atingir os fins pretendidos, isto é, se as restrições impostas aos direitos fundamentais dos devedores são aptas a promover os interesses contrapostos.

Com a edição da Lei 9.492/1997, registrou-se sensível ampliação do rol de títulos sujeitos a protesto, que passou a incluir, além dos 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 Civil de 2015.

A partir dessa alteração legislativa, o protesto passou também a desempenhar outras funções além da meramente probatória. De um lado, ele representa instrumento para constituir o devedor em mora e comprovar o descumprimento da obrigação. De outro, confere ampla publicidade ao inadimplemento e consiste em meio alternativo e extrajudicial para a cobrança da dívida.

Portanto, a remessa da Certidão da Dívida Ativa a protesto é medida plenamente adequada às novas finalidades do instituto. Ela confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, contribuindo 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. Por evidente, a origem cambiária do instituto não pode representar um óbice à evolução e à utilização do instituto em sua feição jurídica atual.

O protesto é, em regra, mecanismo que causa menor sacrifício ao contribuinte, se comparado aos demais instrumentos de cobrança disponíveis, em especial a Execução Fiscal. Por meio dele, exclui-se o risco de penhora de bens, rendas e faturamentos e de expropriação do patrimônio do devedor, assim como se dispensa o pagamento de diversos valores, como custas, honorários sucumbenciais, registro da distribuição da execução fiscal e se possibilita a redução do encargo legal.

Assim, o protesto de Certidões de Dívida Ativa proporciona ganhos que compensam largamente as leves e eventuais restrições aos direitos fundamentais dos devedores. Daí por que, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito. Ademais, não configura uma “sanção política”, já que 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. Tal instrumento de cobrança é, portanto, constitucional.

Por fim, em atenção aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de regulamentação, por ato infralegal que explicita os parâmetros utilizados para a distinção a ser feita entre os administrados e as diversas situações de fato existentes.

A declaração de constitucionalidade do protesto de Certidões de Dívida Ativa pela Administração Tributária traz como contrapartida o dever de utilizá-lo de forma responsável e consentânea com os ditames constitucionais. Assim, nas hipóteses

de má utilização do instrumento, permanecem os juízes de primeiro grau e os demais tribunais do País com a prerrogativa de promoverem a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, estejam em desacordo com a Constituição e com a legislação tributária, sem prejuízo do arbitramento de uma indenização compatível com o dano sofrido pelo administrado.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que julgavam procedente o pedido. Pontuavam tratar-se de sanção política a afrontar a atividade econômica lícita, o devido processo legal e o direito de ampla defesa do contribuinte. Ressaltavam que o protesto seria um ato unilateral da administração, sem qualquer participação do contribuinte e teria como único objetivo constranger o devedor. Frisavam haver outros meios menos onerosos para a cobrança dos débitos. Ademais, no momento que a CDA fosse submetida a um protesto, o contribuinte sofreria cerceamento de crédito, o que restringiria suas atividades do dia a dia.

O ministro Marco Aurélio, além do aspecto material, reconhecia a inconstitucionalidade formal da norma em razão de ofensa ao devido processo legislativo, pois a emenda que resultou no dispositivo atacado não tinha pertinência com a matéria tratada na medida provisória. Além disso, não participou da fixação da tese.

ADI 5135/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 3 e 9.11.2016. (ADI-5135)

Petrobras e imunidade

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute se a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal pode ser estendida a sociedade de economia mista arrendatária de terreno localizado em área portuária pertencente à União.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu ser a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) parte legítima para figurar como devedora do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) incidente sobre imóvel localizado no Porto de Santos.

O ministro Marco Aurélio (relator) conheceu do recurso, mas a ele negou provimento. Para ele, a imunidade tributária recíproca de natureza subjetiva, que envolve pessoas jurídicas de direito público, não se estende para além das situações do art. 150, § 2º, da Constituição Federal. O relator declarou que tanto as sociedades de economia mista quanto as empresas públicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por força do art. 173, § 2º, do Diploma Maior.

Ressaltou que o fato de o imóvel pertencente à União ser utilizado para a persecução de interesse público não atrai a imunidade quanto ao IPTU, haja vista que a recorrente é sociedade de economia mista com capital social negociado na bolsa de valores, ou seja, é pessoa jurídica de direito privado com claro objetivo de auferir lucro.

O ministro frisou, tendo em conta a limitação imposta pelo § 3º do art. 150 da Constituição, que, se as pessoas jurídicas de direito público que exploram atividade econômica não gozam da imunidade, as de direito privado também não poderiam fazê-lo.

Ademais, o reconhecimento da imunidade recíproca, no caso, implica violação ao princípio da livre concorrência estampado no art. 170 da Carta Magna, por conferir vantagem indevida a pessoa jurídica de direito privado, não existente para os concorrentes.

Por fim, à luz dos arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional (CTN), no sentido de que a hipótese de incidência do IPTU abrange não só a propriedade, mas também o domínio útil e a posse do imóvel, e de que o contribuinte do IPTU é tanto o proprietário do imóvel como o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, o ministro Marco Aurélio concluiu não se poder falar em ausência de legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária.

Em divergência, o ministro Edson Fachin deu provimento ao recurso, na linha da jurisprudência da Corte.

Explicou, inicialmente, que o IPTU é um imposto de natureza real e que, portanto, a natureza jurídica do bem público cedido onerosamente, ou seja, submetido, ou não, ao regime de arrendamento, não se altera. Dessa forma, aquele que o recebe como possuidor direto não é possuidor com "animus domini".

O ministro Edson Fachin observou ser fato incontroverso nos autos que a União é proprietária do terreno localizado na área portuária do município de Santos e que isso atrai a incidência da imunidade recíproca com base no art. 150, VI, "a", da CF.

Ao citar os arts. 1º, 2º e 4º da Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, afirmou que o contrato de arrendamento de área aeroportuária firmado entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e a sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica não torna o cessionário sujeito passivo de obrigação tributária referente ao IPTU ou converte o domínio patrimonial da estatalidade em regime atinente aos direitos reais de propriedade, pelo menos para fins tributários.

No que tange ao art. 34 do CTN, considerou a interpretação da jurisprudência e da doutrina pátrias no sentido de que a

liberdade de conformação legislativa do ente tributante está adstrita à posse que, por si só, possa conduzir à propriedade, haja vista ser incompatível com a Constituição Federal a eleição de meros detentores de terras públicas como contribuintes de IPTU.

Por fim, sustentou inexistir concessão de benefício fiscal a pessoa jurídica de direito privado da Administração Pública Indireta não estendida às demais sociedades empresariais do setor privado. Esse raciocínio não se coaduna com o procedimento licitatório prévio e com os regimes diferenciados de exploração dos portos e do petróleo.

Em seguida, o ministro Roberto Barroso pediu vista dos autos.

RE 594015/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10.11.2016. (RE-594015)

Imunidades tributárias e empresas optantes pelo SIMPLES

O Plenário iniciou o julgamento de recurso extraordinário em que se discute o reconhecimento a contribuinte optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) das imunidades tributárias previstas nos artigos 149, § 2º, I e 153, § 3º, III, da Constituição Federal (CF).

O acórdão impugnado assentou a impropriedade de se conjugarem dois benefícios fiscais em tese incompatíveis, criando-se um sistema híbrido de tributação. Consignou, ainda, ser inviável individualizar a parcela referente a cada tributo no regime unificado de recolhimento.

O recorrente alega que as imunidades constituiriam vedações absolutas ao poder de tributar, não devendo ser limitadas pelo legislador infraconstitucional nem pelas autoridades tributárias. Sustenta que, a partir da vigência da Emenda Constitucional 33/2001, as receitas decorrentes de exportação teriam deixado de integrar a base de cálculo das contribuições sociais. Defende, ainda, ser incabível, nas imunidades objetivas, o estabelecimento de condicionantes fáticas para o implemento do benefício. Argumenta, por fim, que a tese adotada pelo Tribunal de origem restringiria a imunidade às empresas de médio e grande porte.

O ministro Marco Aurélio (relator) deu provimento ao recurso. Para ele, a imunidade tributária é garantia constitucional que afasta a incidência do tributo, ao passo que a isenção decorre de lei e torna o tributo inexigível, embora os elementos da obrigação tributária estejam configurados: a definição de espécie, o fato gerador, a base de cálculo e a definição de contribuinte.

Entendeu que o Tribunal de origem, ao reconhecer que a opção pelo SIMPLES impede a concessão de imunidades tributárias, introduziu exceção não prevista no texto constitucional (relativa à qualificação do contribuinte), colocando em segundo plano os objetivos previstos nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição.

Asseverou que o tratamento mais favorável conferido às empresas optantes pelo SIMPLES pressupõe a existência de obrigação tributária. Inexistente a obrigação de pagar o tributo, em razão da imunidade, não se verifica o elemento básico para a observância da disciplina do SIMPLES.

Ademais, afirmou que, ao estabelecer as alíquotas devidas para os segmentos econômicos que optarem pelo regime diferenciado, a Lei 9.317/1996 especifica o percentual correspondente a cada tributo. Isso possibilita a verificação do alcance da imunidade tributária.

Sustentou que a opção pelo SIMPLES não afasta as imunidades previstas nos arts. 149, § 2º, I, e 153, § 3º, III, da Constituição, e que os institutos da imunidade e do sistema integrado de pagamentos de tributos são diversos, não se mesclam nem são passíveis de compensação.

O ministro Edson Fachin acompanhou em parte o relator. Pontuou que a não incidência estabelecida constitucionalmente não pode ser excepcionada por legislação infraconstitucional. No entanto, ressaltou que, conforme precedentes da Corte, a imunidade relativa a receitas de exportação não alcança as contribuições sobre o lucro e a folha de salários.

Em seguida, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

RE 598468/SC, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10.11.2016. (RE-598468)

PRIMEIRA TURMA

Latrocínio: pluralidade de vítimas fatais e concurso formal

A Primeira Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretende a desclassificação do delito de latrocínio para o de roubo, assim como a exclusão do concurso formal impróprio reconhecido quanto aos crimes de latrocínio.

No caso, o recorrente foi condenado a 42 anos de reclusão pela prática das condutas previstas nos arts. 148 (sequestro e cárcere privado), 157, § 3º, segunda parte (latrocínio), por duas vezes, e 211 (ocultação de cadáver) do Código Penal

(CP/1940). Reconheceu-se, ainda, o concurso formal impróprio com relação aos crimes de latrocínio, considerada a existência de duas vítimas fatais.

A defesa pretende a desclassificação do delito de latrocínio para o de roubo, ante a ausência de provas de que o recorrente teria concorrido para a morte das vítimas, bem como em razão da participação de menor importância na prática delituosa. Pede, também, a exclusão do concurso formal de crimes, por entender ter havido apenas um latrocínio, não obstante a pluralidade de mortes. Requer, por fim, o reconhecimento do direito à progressão ao regime semiaberto.

O ministro Marco Aurélio (relator) deu parcial provimento ao recurso. Quanto à desclassificação pretendida, consignou que o Juízo sentenciante, em harmonia com o ordenamento jurídico, julgou ter o recorrente contribuído ativamente para a realização do delito, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, com pleno domínio do fato. Além disso, o agente teria assumido o risco de produzir resultado mais grave, ciente de que atuava em crime de roubo, no qual as vítimas foram mantidas em cárcere sob a mira de arma de fogo. Segundo o relator, aquele que se associa a comparsa para a prática de roubo, sobrevivendo a morte da vítima, responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha sido o autor do disparo fatal ou que sua participação se revele de menor importância.

No tocante ao reconhecimento de crime único, ponderou que latrocínio é delito complexo, cuja unidade não se altera em razão da existência de mais de uma vítima fatal. Acrescentou, por fim, que a pluralidade de vítimas é insuficiente para configurar o concurso de crimes, uma vez que, na espécie, o crime fim arquitetado foi o de roubo (CP/1940, art. 157, § 3º), e não o de duplo latrocínio.

O ministro Edson Fachin acompanhou o relator. Os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber negaram provimento ao recurso, por entenderem que, diante da ocorrência de duplo homicídio, estaria configurado o concurso formal de crimes. Em seguida, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

RHC 133575/PR, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8.11.2016. (RHC-133575)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	9.11.2016	3 e 10.11.2016	6	63
1ª Turma	8.11.2016	—	47	81
2ª Turma	—	—	—	24

* Emenda Regimental /2016-STF. Sessão virtual de 4 a 10 de novembro de 2016.

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 3 a 11 de novembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 971.959-RS

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RE Nº 971.959. TEMA Nº 907.

Decisão Publicada: 1

CLIPPING DO DJE

3 a 11 de novembro de 2016

EMB. DECL. NO RE N. 599.362-RJ

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Embargos de declaração no recurso extraordinário. Artigo 146, III, c, da CF/88. Possibilidade de tributação do ato cooperativo. Cooperativa. Contribuição ao PIS. Receita ou faturamento. Incidência. Fixação de tese restrita ao caso concreto. Embargos acolhidos sem efeitos infringentes.

1. A norma do art. 146, III, c, da Constituição, que assegura o adequado tratamento tributário do ato cooperativo, é dirigida, **objetivamente, ao ato cooperativo**, e não, subjetivamente, à cooperativa.
2. O art. 146, III, c, da CF/88, não confere imunidade tributária, não outorga, por si só, direito subjetivo a isenções tributárias relativamente aos atos cooperativos, nem estabelece hipótese de não incidência de tributos, mas sim pressupõe a possibilidade de tributação do ato cooperativo, dispondo que lei complementar estabelecerá a forma adequada para tanto.
3. O tratamento tributário adequado ao ato cooperativo é uma questão política, devendo ser resolvido na esfera adequada e competente, ou seja, no Congresso Nacional.
4. No contexto das sociedades cooperativas, verifica-se a materialidade da contribuição ao PIS pela constatação da obtenção de receita ou faturamento pela cooperativa, consideradas suas atividades econômicas e seus objetos sociais, e não pelo fato de o ato do qual o faturamento se origina ser ou não qualificado

como cooperativo.

5. Como, nos autos do RE nº 672.215/CE, Rel. Min. **Roberto Barroso**, o tema do adequado tratamento tributário do ato cooperativo será retomado, a fim de se dirimir controvérsia acerca da cobrança de contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, incidentes, também, sobre outras materialidades, como o lucro, tendo como foco os conceitos constitucionais de “ato cooperativo”, “receita de atividade cooperativa” e “cooperado” e, ainda, a distinção entre “ato cooperado típico” e “ato cooperado atípico”, proponho a seguinte tese de repercussão geral para o tema 323, diante da preocupação externada por alguns Ministros no sentido de adotarmos, para o caso concreto, uma **tese minimalista**: “A receita ou o faturamento auferidos pelas Cooperativas de Trabalho decorrentes dos atos (negócios jurídicos) firmados com terceiros se inserem na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.”

6. Embargos de declaração acolhidos para prestar esses esclarecimentos, mas sem efeitos infringentes.

*noticiado no Informativo 835

HC N.131.771-RJ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

MUNIÇÃO – PORTE – QUANTIDADE – TIPCIDADE. A configuração do crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 independe da quantidade de munição portada pelo agente.

*noticiado no Informativo 844

MS N.33.406-DF

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE INVALIDOU CRITÉRIO ESTABELECIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO PARA AFERIÇÃO DE TÍTULOS DE ESPECIALIZAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO VOLTADO À OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE NOTAS E REGISTROS. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. A criação de critério *ad hoc* de contagem de títulos de pós-graduação, após a abertura da fase de títulos e da apresentação dos certificados pelos candidatos, constitui flagrante violação ao princípio da segurança jurídica e da impessoalidade.

2. Impossibilidade de aplicação retroativa da Resolução nº 187/2014 do CNJ ao presente concurso, em respeito à modulação dos efeitos efetuada pelo CNJ e aos precedentes desta Corte sobre a matéria.

3. Denegação da segurança, com revogação da liminar anteriormente deferida e prejuízo dos agravos regimentais.

*noticiado no Informativo 808

Pet N. 5.946-DF

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR NO STF. PEDIDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. AUXÍLIO DIRETO. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS. TRATADO DE AUXÍLIO MÚTUO EM MATÉRIA PENAL. DECRETO 1.320/94. OITIVA DE PRESO. CUSTÓDIA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO SUBMETIDA AO STF. COMPETÊNCIA. CARTA ROGATÓRIA E *EXEQUATUR* NO STJ. DESNECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. O pedido de cooperação jurídica internacional, na modalidade de auxílio direto, possui natureza distinta da carta rogatória. Nos moldes do disposto nos arts. 28, 33, *caput*, e 40, todos do Código de Processo Civil, caberá auxílio direto quando “a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade *jurisdicional estrangeira*”, enquanto necessitará de carta rogatória quando for o caso de cumprir decisão jurisdicional estrangeira.

2. Formulado pedido de assistência direta pelo Ministério Público português ao *Parquet* brasileiro, com base em tratado internacional de mútua cooperação em matéria penal, firmado entre Brasil e Portugal – Decreto 1.320/1994 –, o cumprimento em território pátrio depende de mero juízo de delibação, sendo desnecessária a atuação homologatória em *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Encontrando-se o preso sob a custódia do Supremo Tribunal Federal, para fins de extradição, a esta Corte deve ser dirigida a comunicação de que o custodiado será ouvido em razão de pedido de cooperação formulado pela autoridade central portuguesa e encaminhado ao Ministério Público brasileiro.

4. Agravo regimental provido.

*noticiado no Informativo 835

MED. CAUT. EM ADI N. 5.394-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 28, § 12, DA LEI FEDERAL 9.504/97 (LEI DAS ELEIÇÕES). PRESTAÇÃO DE CONTAS. DOAÇÕES DE PARTIDOS PARA CANDIDATOS. DISPENSA DA IDENTIFICAÇÃO DOS PARTICULARES RESPONSÁVEIS PELA DOAÇÃO AO PARTIDO. MEDIDA ANTAGÔNICA À POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA. APARENTE AFRONTA AO BLOCO DE PRINCÍPIOS DE SUSTENTAÇÃO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO DE REPRESENTAÇÃO POPULAR. CAUTELAR CONCEDIDA.

1. Os dados relativos aos doadores de campanha interessa não apenas às instâncias estatais de controle da regularidade do processo eleitoral, mas à sociedade como um todo, e sua divulgação é indispensável para habilitar o eleitor a fazer uma prognose mais realista da confiabilidade das promessas de campanha de candidatos e partidos.

2. O esclarecimento público da realidade do financiamento de campanhas (a) qualifica o exercício da cidadania, permitindo uma decisão de voto melhor informada; (b) capacita a sociedade civil, inclusive os partidos e candidatos que concorrem entre si, a cooperar com as instâncias estatais na verificação da legitimidade do processo eleitoral, fortalecendo o controle social sobre a atividade político-partidária; e (c) propicia o aperfeiçoamento da própria política legislativa de combate à corrupção eleitoral, ajudando a denunciar as fragilidades do modelo e a inspirar propostas de correção futuras.

3. Sem as informações necessárias, dentre elas a identificação dos particulares que contribuíram originariamente para legendas e candidatos, o processo de prestação de contas perde sua capacidade de documentar “a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais” (art. 34, *caput*, da Lei 9.096/95), obstruindo o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, da relevantíssima competência estabelecida no art. 17, III, da CF.

4. Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final desta ação, com eficácia *ex tunc*, a expressão “sem individualização dos doadores”, constante da parte final do § 12 do art. 28 da Lei federal 9.504/97, acrescentado pela Lei 13.165/15.

*noticiado no Informativo 807

Acórdãos Publicados: 548

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Trabalho escravo - Juiz absolutamente incompetente - Recebimento da denúncia que não interrompe a prescrição penal - Juiz natural - Função do Processo Penal (Transcrições)

AP 635/GO*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: **TRABALHO ESCRAVO** (CP, ART. 149). **DENÚNCIA OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PEÇA ACUSATÓRIA RECEBIDA PELO JUIZ DE DIREITO DA COMARCA. AUTORIDADES LOCAIS ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTES. NULIDADE RADICAL DOS ATOS PROCESSUAIS POR ELAS PRATICADOS. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO PENAL EM VIRTUDE DE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA HAVER RESULTADO DE DELIBERAÇÃO PROFERIDA POR JUIZ INCOMPETENTE “RATIONE MATERIAE”. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 117, N. I, DO CÓDIGO PENAL, QUANDO A DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA EMANA DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A ESSE RESPEITO. DOCTRINA. COMPETÊNCIA PENAL, NO CASO, DA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, VI). PRECEDENTES (STF). A IMPORTÂNCIA POLÍTICO-JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL (CF, art. 5º, LIII). DOCTRINA. PRECEDENTES. INVALIDAÇÃO DOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL DESDE A DENÚNCIA, INCLUSIVE. CONSEQUENTE NULIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS, DESTA VEZ PERANTE O STF, POR TRATAR-SE DE IMPUTADO COM PRERROGATIVA DE FORO (CF, ART. 102, n. I, “c”). INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE PRESCRIÇÃO PENAL. PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.**

DECISÃO: Trata-se de ação penal ajuizada contra o Deputado Federal Paulo Roberto Gomes Mansur, vulgo “Beto Mansur”, e outros corréus, denunciados pela suposta prática de atos caracterizadores do crime tipificado no art. 149 do Código Penal (fls. 02/15, vol. 01).

Registre-se que a denúncia contra os acusados, formulada pelo Promotor de Justiça local, foi recebida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Porangatu/GO, em 27/09/2006 (fls. 393, vol. 02), quando o réu Paulo Roberto Gomes Mansur ainda não ostentava a condição de parlamentar federal, eis que a sua diplomação somente ocorreu em 19/12/2006 (fls. 506, vol. 03).

Cumpra destacar, por necessário, que, acolhendo a promoção do Ministério Público Federal, determinei, nos autos do Inq 2.496/GO (que se transformou na presente ação penal), o desmembramento desta causa em relação aos denunciados que não possuíam prerrogativa de foro (fls. 572/576) perante o STF, subsistindo a competência penal originária desta Suprema Corte unicamente quanto ao Deputado Federal “Beto Mansur”.

Em manifestação nos presentes autos, o réu “Beto Mansur” requereu “(...) a nulidade dos atos processuais desde o oferecimento da denúncia”, com a consequente extinção do procedimento penal contra ele instaurado, fazendo-o com apoio nas razões a seguir expostas (fls. 588/598):

“1.1. A acusação. Denúncia. Oferecimento pelo d. MPMGO. Competência do MPF. Recebimento pela Justiça Goiana. Competência Federal. Nulidade.

O ora requerido foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro, qualificado na forma do § 2º e em continuação.

A sua citação para a demanda ocorreu em 2007, conforme fls. 51, por ordem do Juízo de Direito da comarca de Porangatu, Estado de Goiás, que houvera recebido a denúncia, oferecida pela Promotoria de Justiça dessa mesma localidade.

Sucede, todavia, que a competência, em casos de acusação de redução de trabalhador à condição análoga à de escravo, é da Justiça Federal, conforme decidido por este Excelso Colegiado:

Assim sendo, o ato de oferecimento e assim também o de recebimento da denúncia ocorreram em foro absolutamente incompetente, sendo inviável que surtam qualquer tipo de efeito.

A declaração de nulidade desse ato se impõe, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte:

Há, como mencionado nos julgados acima, precedente desta d. Relatoria sobre a matéria:

Por todas essas razões, (i) mostra-se nula a denúncia, pois emanada de sede incompetente, (ii) o seu recebimento, pela mesma razão, e (iii) a citação, também pelo mesmo motivo.

Esse quadro impõe, por via de consequência, que, em questão de ordem, (i) seja o feito anulado desde o oferecimento da exordial, o que importa em sua extinção, ou, pelo menos, (ii) notifique-se explicitamente a denúncia e renove-se a citação, a fim de que seja apresentada a resposta de que cuida o art. 4º da Lei nº 8.038/90, antes de se proceder ao recebimento da inicial acusatória.” (grifei)

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, aprovado pelo eminente Chefe da Instituição, manifestou-se pela rejeição da questão prévia suscitada pelo réu e pela “continuidade do trâmite processual, com a oitiva das testemunhas de acusação e defesa e o posterior interrogatório do acusado, na forma do art. 400 do Código de Processo Penal” (fls. 618/623).

Sendo esse o contexto, passo à apreciação da questão prévia, suscitada a fls. 588/596, pertinente à alegada incompetência absoluta da autoridade judiciária estadual que recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público local (fls. 393), eis que – segundo sustenta o réu em questão – “a competência, em casos de acusação de redução à condição análoga à de escravo, é da Justiça Federal” (fls. 589, vol. 03).

Impõe-se definir determinadas premissas que reputo essenciais ao exame da questão prévia arguida pelo acusado, para efeito de adequada apreciação do tema pertinente à alegada falta de competência do Poder Judiciário estadual para processar e julgar o delito previsto no art. 149 do Código Penal.

O processo penal condenatório, como sabemos, delinea-se como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade

persecutória. Nele, antagonizam-se exigências contrastantes, que exprimem situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.

Essa relação de conflituosidade (ou de polaridade conflitante) que opõe o Estado ao indivíduo revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais, públicas ou privadas, tendentes à obtenção de proventos jurisdicionais de caráter condenatório.

O litígio penal já existe desde o momento da prática do ato infracional, não obstante ainda desvestido, nesse momento pré-processual, de estritas formas de ordem ritual. O exercício estatal da função persecutória – mesmo na fase administrativa de sua atuação – traduz situação dotada de potencialidade lesiva ao “status libertatis” do indivíduo, que é submetido, pelo poder do Estado, a investigação policial ou a processo judicial.

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso, não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “persecutio criminis” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico.

A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do “jus libertatis” titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.”

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Insinua-se, bem por isso, neste ponto, a questão da competência na exata medida em que o respeito ao exercício legítimo das atribuições jurisdicionais condiciona a própria validade da relação processual penal. Na realidade, a competência inclui-se entre os pressupostos processuais objetivos. Constitui ela requisito mínimo para a válida instauração – e ulterior desenvolvimento – da relação processual penal, como assinala, com extrema propriedade, o eminente e saudoso Professor e Desembargador JOSÉ FREDERICO MARQUES em monografia clássica sobre a competência jurisdicional em matéria penal (“Da Competência em Matéria Penal”, p. 306, 1953, Saraiva):

“A competência é um pressuposto processual para a validade da relação jurídica que existe no processo, incluindo-se assim entre aqueles pressupostos que se referem às condições necessárias para que possa existir um pronunciamento jurisdicional sobre a procedência da acusação, ou sobre o mérito da causa penal deduzida em juízo. Isto quer dizer que, faltando ao juiz penal competência para decidir ‘hic et nunc’ uma lide penal, a relação processual, embora existente, é defeituosa ou nula, tornando desta forma inadmissível a apreciação final sobre o mérito da ‘res in iudicio deducta’. A incompetência, como lembra PONTES DE MIRANDA, não obsta à formação da relação jurídico-processual: esta existe; ‘posto que seja nula’.” (grifei)

O relevo jurídico-processual da competência, sob os aspectos referidos, mostra-se inquestionável, eis que a incompetência absoluta do órgão judiciário afeta e infirma a validade da própria relação processual penal.

A questão suscitada nestes autos concerne à definição dos órgãos competentes para o oferecimento e o recebimento da denúncia contra Paulo Roberto Gomes Mansur, Deputado Federal. Cuida-se, pois, de saber a quem pertence essa competência penal: se à Justiça estadual ou, como pretende o réu, à Justiça Federal.

Posta a questão nesses termos, entendo assistir plena razão ao réu, eis que o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o RE 398.041/PA, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, firmou orientação que autoriza o acolhimento, na espécie, nos termos postulados pelo acusado (fls. 587/614), de sua pretensão de “nulidade dos atos processuais desde o oferecimento da denúncia”, inclusive:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho.

Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (grifei)

Cumprе ressaltar, por necessário, que esse entendimento – que reconhece a competência penal da Justiça Federal para processar e julgar, com apoio no art. 109, inciso VI, da Constituição da República, o crime tipificado no art. 149 do CP – vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte a propósito da mesma questão prévia suscitada nestes autos (ACO 1.869/PA, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 696.763/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.959/TO, Rel. Min. EROS GRAU – RE 428.863-AgR/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 466.428/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 466.429/TO, Rel. Min. AYRES BRITTO – RE 480.139/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 499.143/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 508.717/PA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 538.541/PA, Rel. Min. EROS GRAU – RE 541.627/PA, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 543.249/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 555.565-AgR/PA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 587.530-AgR/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

“Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução a condição análoga à de escravo. Conduta

tipificada no art. 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso.

1. O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados.

2. A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobretudo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do art. 5º, cujo escopo, evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil.

3. É dever do Estado ('*lato sensu*') proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III)."

(RE 459.510/MT, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a competência para julgar os crimes contra a organização do trabalho é da Justiça Federal.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 511.849-Agr/PA, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

O exame da denúncia **evidencia** que, no caso ora em análise, 52 (cinquenta e dois) trabalhadores foram alegadamente submetidos a uma extensa, desgastante e exaustiva jornada de trabalho, **exercendo, diariamente, de domingo a domingo, sem** descanso semanal remunerado de 24 horas, **as suas atividades**, que se prolongavam das 07 às 17h00 (de segunda-feira a sábado) e das 07 às 15h00 (aos domingos).

Demais disso, a peça acusatória **relata** que as vítimas **que não puderam** trabalhar **por motivo** de doença **ou em razão** de chuva forte “*tinham que pagar a comida consumida ao preço de R\$ 5,00 cada refeição*”, **além do fato** de que, **em virtude de** “*autêntica servidão por débito*”, os trabalhadores **tinham cerceada** a sua liberdade de locomoção física **em consequência** do “*sistema de endividamento do barracão*”.

Consta da denúncia, ainda, “*que a situação degradante imposta pelos denunciados aos empregados existia tanto no local de trabalho, como nos dormitórios e na alimentação, sem as mínimas condições de higiene*”, **cabendo acentuar**, de outro lado, **nos termos** da acusação penal, **que não eram sequer fornecidos** aos trabalhadores rurais equipamentos de proteção individual (EPI) **nem água potável**.

Todos esses aspectos realizados na denúncia do Ministério Público **põem em evidência** a alegada transgressão **não só** aos valores estruturantes da organização do trabalho, **mas, sobretudo, às normas de proteção individual** dos 52 (cinquenta e dois) trabalhadores rurais **arrolados como vítimas diretas** da ação **alegadamente predatória e criminosa imputada ao réu e** aos demais acusados, **o que torna legítima** a incidência, na espécie, **na linha** do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, **da regra de competência inscrita** no art. 109, VI, da Constituição da República.

Tenho para mim, desse modo, **presentes** as circunstâncias narradas na peça acusatória e a orientação jurisprudencial **prevalente** nesta Corte, **que a denúncia oferecida** pelo Promotor de Justiça, **de um lado, e o seu recebimento** pelo Juiz de Direito da comarca de Porangatu/GO, **de outro**, quanto a Paulo Roberto Gomes Mansur (que, **então, ainda não havia sido diplomado** Deputado Federal), **emanaram de autoridades absolutamente incompetentes** “*ratione materiae*”, **o que justifica**, no caso, **o reconhecimento da invalidade** dos atos processuais que essas autoridades **locais** praticaram, **vícios esses** que se estendem, **até mesmo, aos próprios** efeitos jurídicos deles resultantes, **pois, como se sabe, “O recebimento** da denúncia, **quando** efetuado por órgão judiciário **absolutamente incompetente, não se reveste de eficácia interruptiva** da prescrição penal, **eis que decisão nula não pode** gerar a consequência jurídica a que se refere o art. 117, I, do Código Penal” (RTJ 180/846-847, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**).

Cumprе rememorar, nesse mesmo sentido, **que o Plenário** desta Suprema Corte, **em recentíssima decisão, ao examinar** recurso ordinário criminal que versava matéria assemelhada à ora debatida **nesta** sede processual (RC 1.472/MG), **deu-lhe provimento, cabendo transcrever**, no ponto, **ante a pertinência** de seu conteúdo, **fragmento do voto** que o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator, **proferiu no julgamento em referência**:

“*Uma vez reconhecida a nulidade, seria o caso de determinar-se a remessa dos autos à Justiça Comum estadual.*

Ocorre que, nulo, ‘ab initio’, o processo, diante da incompetência constitucional da Justiça Federal, o recebimento da denúncia não teve o condão de interromper o curso do prazo prescricional.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal,

I. Competência: incompetência da Justiça Federal, declarada em apelação: consequente nulidade ‘ex radice’ do processo, desde a denúncia, inclusive.

Declarada em apelação a incompetência da Justiça Federal, por ser o caso de competência da Justiça Estadual, não se circunscreve a nulidade à sentença: cuidando-se da chamada competência de atribuições, de matriz constitucional, sua falta acarreta a nulidade ‘ex radice’ do processo, **seja por carência absoluta de jurisdição do órgão judiciário que presidiu os atos instrutórios, seja pela decorrente ilegitimidade ‘ad causam’ do Ministério Público estadual.**

A decisão do T.F.R., que se limitara a declarar anulada a sentença do Juiz Federal, não vinculou a Justiça Estadual, à qual se devolveu integralmente a competência para decidir o caso, inclusive no tocante à ilegitimidade da Procuradoria da República e consequente inaptdão da denúncia, sequer ratificada pelo Ministério Público local.

II. Prescrição: não a interromperam o recebimento da denúncia e a sentença condenatória da Justiça Federal, dada a sua incompetência, nem a sentença condenatória da Justiça Estadual, porque proferida em processo nulo ‘ex radice’, desde a denúncia, inclusive” (HC nº 68.269/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/8/91).” (grifei)

Se assim é, torna-se evidente **que o recebimento** da denúncia **por parte** de órgão judiciário **absolutamente incompetente** (como sucedeu no caso) **não se reveste** de validade jurídica, **mostrando-se, em consequência, insuscetível** de gerar o efeito interruptivo da prescrição penal **a que refere** o art. 117, I, do CP.

Como se sabe, a eficácia interruptiva da prescrição penal somente ocorre quando o ato de que deriva **reveste-se de validade jurídica, consoante tem reconhecido** a jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 628/292 – RT 684/382, v.g.) e, **notadamente**, a do Supremo Tribunal Federal (RTJ 90/459, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – RTJ 95/1058, Rel. Min. THOMPSON FLORES – RTJ 117/1091, Rel. Min. DJACI FALCÃO – RTJ 124/403, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RTJ 141/192, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RT 620/400, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, v.g.).

Esse entendimento, por sua vez, encontra apoio no magistério da doutrina (CELSO DELMANTO/ROBERTO DELMANTO/ROBERTO DELMANTO/JÚNIOR/FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 419, 9ª ed., 2016, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 464, 23ª ed., 2016, Saraiva; JÚLIO FABBRINI MIRABETE/RENATO N. FABBRINI, “Código Penal Interpretado”, p. 639, item n. 117.2, 2011, Atlas; ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. I, tomo III, p. 2.090, item n. 4, 6ª ed., 1998, Forense; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 250, item n. 5.5.2., 2016, Jus Podivm; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 674, item n. 64-B, 15ª ed., 2015, Forense; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 318, 10ª ed., 2016, Impetus, v.g.).

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade **de que se reveste**, em nosso sistema jurídico, **o princípio do juiz natural**.

Com efeito, o **princípio da naturalidade do juízo** representa uma das *mais* importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e que condicionam** o desempenho, *por parte do Poder Público*, das funções de caráter penal-persecutório, **notadamente quando exercidas em sede judicial**.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“O Processo Penal na Atualidade”, “in” “Processo Penal e Constituição Federal”, p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/Apamagis, São Paulo) **no sentido** de que *ao rol de postulados básicos deve acrescer-se* “aquele do Juiz natural, contido no item n.º LIII do art. 5.º, que declara que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. **É que autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto**, explícita ou implicitamente, pois, se assim não fosse, **a lei poderia burlar as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, criando outros órgãos para o processo e julgamento de determinadas infrações**” (grifei).

A essencialidade do princípio do juiz natural impõe ao Estado **o dever de respeitar** essa garantia básica **que predetermina**, em abstrato, os órgãos judiciários **investidos** de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o **princípio do juiz natural reveste-se**, em sua projeção político-jurídica, **de dupla** função instrumental, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem por titular **qualquer** pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado **e, enquanto limitação insuperável**, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, *judicialmente*, a repressão criminal.

Vê-se, desse modo, **que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se** como prerrogativa individual (“*ex parte subjecti*”), tem por destinatário específico o réu, **erigindo-se**, em consequência, como direito público subjetivo **inteiramente** oponível ao próprio Estado. Esse **mesmo** princípio, contudo, **se analisado** em perspectiva diversa, “*ex parte principis*”, atua como **fator** de inquestionável **restrição** ao poder de persecução penal, **submetendo o Estado a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais**.

Isso significa que o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente **bifronte**, pois, **dirigindo-se** a dois destinatários distintos, **ora** representa um **direito do réu** (*eficácia positiva* da garantia constitucional), **ora** traduz uma **imposição** ao Estado (*eficácia negativa* dessa mesma garantia constitucional).

É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER – **após destacar** a importância histórica e político-jurídica do princípio do juiz natural – **acentua**, *com apoio no magistério* de JORGE FIGUEIREDO DIAS (“Direito Processual Penal”, vol. 1/322-323, 1974, Coimbra), **que esse postulado constitucional acha-se tutelado por garantias irredutíveis que se desdobram**, *na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja*” (“O Processo em Sua Unidade – II”, p. 39, item n. 6, 1984, Forense – grifei).

O fato irrecusável em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural – é que ninguém poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento *pela autoridade judicial competente*. **Nenhuma pessoa**, em consequência, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural**. A Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado –, **consagrou, agora de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural**. O art. 5.º, LIII, da Carta Política **prescreve** que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

A importância político-jurídica desse princípio essencial – **que traduz** uma das projeções concretizadoras da cláusula do “*due process of law*” – **foi acentuada pelo autorizado magistério de eminentes autores, tais como** ADA PELLEGRINI GRINOVER (“O Processo em sua unidade – II”, p. 03/04, 1984, Forense), GIUSEPPE SABATINI (“*Principii Costituzionali del Processo Penale*”, p. 93/131, 1976, Napoli), TAORMINA (“*Giudice naturale e processo penale*”, p. 16, 1972, Roma), JOSÉ CIRILO DE VARGAS (“Processo Penal e Direitos Fundamentais”, p. 223/232, 1992, Del Rey Editora), MARCELO FORTES BARBOSA (“Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988”, p. 80/81, 1993, Malheiros) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (“Constituição de 1988 e Processo”, p. 30/32, item n. 10, 1989, Saraiva).

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em situação assemelhada à que se registra nestes autos, **nela reputou existente** a ocorrência de ofensa “*ao princípio do juiz natural*”, **como o evidencia** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Inquérito. 2. Questão de ordem. 3. Requerimento de decretação de nulidade da denúncia recebida por juiz de primeiro grau. 4. Comprovação de que, à época do recebimento da denúncia, um dos denunciados exercia o cargo de Secretário de Estado. 5. Incompetência absoluta do juízo. Nulidade da denúncia e do seu recebimento. Violação ao princípio do juiz natural (CF, art. 5.º, LIII). Precedentes. (...)”
(Inq 2.051-QO/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, **e considerando** que o oferecimento da denúncia pelo Promotor de Justiça local (fls. 02/15) e a decisão que a recebeu **proferida** pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Porangatu/GO (fls. 393) **emanaram de autoridades absolutamente incompetentes** para a prática de tais atos processuais, **defiro, em parte, o pedido** de fls. 613, **em ordem a invalidar**, a partir da denúncia, *inclusive*, a persecução penal **instaurada** em juízo **contra** o réu Paulo Roberto Gomes Mansur, **vulgo** “Beto Mansur”, **sem prejuízo** de o Ministério Público *Federal* deduzir **nova** acusação penal **perante** o Supremo Tribunal Federal, **em razão** da prerrogativa de foro **de que dispõe, constitucionalmente**, o acusado em referência.

Intime-se, pessoalmente, o eminente Senhor Procurador-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 13 de outubro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO
Relato

Decisão publicada no DJe em 17.10.2016.

Informativo 847

SUMÁRIO

Plenário

Extinção de carteira de previdência e serventias não oficializadas

ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 8

FIES: obrigações tributárias e alteração normativa

Constituição estadual e modelo federal

Repercussão Geral

Servidor público: contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis aos proventos - 6

Reparação econômica de anistiado político e disponibilidade orçamentária

IR e IPI: desoneração e direito ao valor que potencialmente seria arrecadado

Clipping do DJe

Transcrições

Devido processo legislativo - Controle judicial - Legitimidade ativa “*ad causam*” exclusiva do parlamentar em exercício (MS 34.518 MC/DF)

Outras Informações

PLENÁRIO

Extinção de carteira de previdência e serventias não oficializadas

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face da Lei 14.016/2010 do Estado de São Paulo, que declara em extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado a que se refere a Lei 10.393/1970 e veda que o Estado-Membro responda, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, e por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.

Prevaleceu o entendimento fixado no voto do ministro Marco Aurélio (relator) com os aditamentos do voto do ministro Teori Zavascki.

O ministro Marco Aurélio considerou que, com a Emenda Constitucional 20/1998, o regime criado pela Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas deixou de ter suporte na Carta Federal, não se identificando com nenhum dos modelos nela previstos. Dessa forma, a sistemática reservada aos servidores públicos efetivos, com base no art. 40 da Constituição Federal, não se aplicaria. O diploma impugnado tampouco teria instituído sistema compatível com a previdência privada, haja vista a vedação contida no § 3º do art. 202 da Carta Magna.

Observou que, diante disso, teriam restado duas possibilidades à Carteira Previdenciária: a liquidação ou a adequação das fontes de custeio e das regras ao regime complementar inaugurado com a reforma da Previdência. Entretanto, asseverou que nenhuma dessas alternativas poderia desconsiderar o princípio da segurança jurídica.

O ministro Marco Aurélio reportou-se à orientação firmada no julgamento da ADI 4291/SP (DJe de 21.5.2013), no sentido de que não se poderia colocar em segundo plano direitos adquiridos e situações subjetivas já reconhecidas e de que se teria situação previdenciária singular, criada e fomentada pelo próprio Poder Público, cuja modificação da realidade jurídica implicou a necessidade de liquidação do Fundo. Os participantes não teriam o dever de arcar com os prejuízos da ausência da principal fonte de custeio da Carteira, ainda que a Administração Pública, no tocante à decisão de extingui-la, tivesse atuado dentro dos limites da licitude, sendo antiga a jurisprudência da Corte sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito.

Por fim, o ministro Marco Aurélio destacou a obrigatoriedade da filiação à Carteira das Serventias não Oficializadas do Estado de São Paulo.

O ministro Teori Zavascki acompanhou o voto do relator. Entendeu, porém, que se deveria também reconhecer uma declaração conforme, assegurando àqueles que não implementaram todos os requisitos a possibilidade da contagem do tempo de serviço, nos termos do § 9º do art. 201 da Constituição Federal, a fim de evitar demandas individuais futuras.

Em suma, o Plenário decidiu: a) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, cabeça, e § 1º, da Lei 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; b) conferir interpretação conforme à Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; e c) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras da compensação referida.

Vencidos, quanto a este último ponto, os ministros Marco Aurélio (relator), Edson Fachin e Dias Toffoli, que se limitavam às situações jurídicas devidamente constituídas à época da extinção da Carteira.

ADI 4420/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 16.11.2016. (ADI-4420)

ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 8

O Plenário, em conclusão, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 14.507/2002 do Estado de Minas Gerais. A lei impugnada estabelece normas para a venda de títulos de capitalização e similares na referida unidade federativa (“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 conterà dados comparativos entre a correção monetária e os juros incidentes sobre o valor capitalizado e a 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.”) — v. Informativos 576, 775 e 830.

O Colegiado asseverou que a regra contida no § 3º do art. 24 da Constituição Federal também abrange o “caput” do artigo. Em seguida, entendeu que o exercício da competência legislativa concorrente pelos Estados — presente ou não norma geral editada pela União — pressupõe o atendimento de situações peculiares do ente, circunstância não verificada no caso.

Observou haver lei federal sobre a matéria (Código de Defesa do Consumidor). Ademais, ressaltou que a lei impugnada dispõe, na sua inteireza, sobre sistema de capitalização, o que compete privativamente à União, que também já editou normas sobre defesa do consumidor e publicidade nessa matéria. A norma em debate estabelece, indevidamente, vedação a uma venda casada, o que a legislação federal autoriza.

Vencidos, em parte, os ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Celso de Mello e Edson Fachin, que declaravam a inconstitucionalidade apenas do art. 3º, III, da Lei 14.507/2002, do Estado de Minas Gerais, e da expressão “ou publicidade”, constante do art. 2º dessa norma, por manifesta invasão do Estado-membro na competência legislativa reservada à União (CF, art. 22, XXIX).

ADI 2905/MG, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16.11.2016. (ADI-2905)

FIES: obrigações tributárias e alteração normativa

O Plenário, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de dispositivos da Lei 10.260/2001, julgou prejudicado o pedido quanto aos arts. 12, IV; e 19, “caput” e §§ 1º a 5º; e improcedente no tocante ao art. 12, “caput”. As normas em questão tratam de obrigações tributárias e previdenciárias de instituições de ensino vinculadas ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

A respeito do art. 12, “caput”, da lei impugnada, o Colegiado anotou que sua alteração superveniente, por força da Lei 12.202/2010, não foi substancial. A nova redação apenas modificou a data de emissão limite para os certificados do Tesouro Nacional serem resgatados antecipadamente (de 1º de novembro para 10 de novembro), o que não implica prejudicialidade do pedido. Esses certificados representam títulos da dívida pública, emitidos em favor da instituição de ensino, com a finalidade de quitação de débitos com o INSS.

Ao analisar a alegação de inconstitucionalidade material da norma, o Tribunal reputou que a necessidade de satisfação das obrigações previdenciárias correntes para o resgate antecipado dos certificados da dívida pública em poder das instituições de ensino superior não interfere no exercício do direito constitucional à obtenção gratuita de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal. Essa condição não contraria nem restringe o direito dessas instituições de provocarem o Judiciário para questionar qualquer obrigação previdenciária, garantidos também os direitos processuais ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto aos arts. 12, IV; e 19, “caput” e §§ 1º a 5º, o Plenário sublinhou que o art. 12, IV sofreu alteração substancial pela Lei 11.552/2007. Com isso, passou a prever como condição para o resgate antecipado que as instituições de ensino superior não estejam em atraso nos pagamentos dos tributos administrados pela receita federal. O “caput” do art. 19, por sua vez, vincula-se ao art. 55 da Lei 8.212/1991, expressamente revogado pelo art. 44, I, da Lei 12.101/2009.

Assim, embora esses dispositivos impugnados não tenham sido expressamente revogados, perderam o objeto, pois o conteúdo normativo tinha como destinatárias as instituições de ensino enquadradas no citado art. 55. O art. 19 perdeu, portanto, um elemento essencial: a definição das entidades titulares da obrigação instituída nas normas impugnadas. E, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhece-se o prejuízo de ações de controle abstrato nas quais as normas impugnadas deixam de subsistir no ordenamento jurídico.

ADI 2545/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16.11.2016. (ADI-2545)

Constituição estadual e modelo federal

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face de dispositivos da Constituição do Estado do Sergipe que dispõem sobre as competências do Tribunal de Contas estadual e os critérios de recondução do Procurador-Geral de Justiça e de escolha do Superintendente da Polícia Civil.

A Corte, por unanimidade: a) declarou a inconstitucionalidade do art. 47, V, e da expressão “decorrido o tempo previsto sem oferecimento do parecer, serão os autos remetidos no prazo de cinco dias às respectivas Câmaras Municipais”, contida na parte final do inciso XII do art. 68, ambos da Constituição de Sergipe; b) deu interpretação conforme à Constituição da República à expressão “permitida a recondução”, constante do § 1º do artigo 116, para ser entendida como “permitida uma recondução”; e c) deu interpretação ao § 1º do art. 127 da Constituição de Sergipe, conforme o art. 144, § 4º, da Constituição da República, para circunscrever a escolha do Superintendente da Polícia Civil, pelo Governador do Estado, a delegados ou delegadas de polícia da carreira, independentemente do estágio de sua progressão funcional.

Entendeu que os referidos preceitos impugnados violam o modelo federal instituído pela Constituição da República, de observância compulsória pelos Estados-Membros, por força do art. 75.

Considerou que o inciso V do art. 47, ao conferir competência privativa à Assembleia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, usurpou a atribuição típica do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, prevista no inciso II do art. 71 da Carta Magna.

Relativamente à expressão contida na parte final do inciso XII do art. 68, que permite que as Câmaras Legislativas apreciem as contas anuais prestadas pelos prefeitos, independentemente do parecer do Tribunal de Contas do Estado, caso este não o ofereça em 180 dias a contar do respectivo recebimento, o Colegiado vislumbrou ofensa ao art. 31, § 2º, da Constituição Federal. Asseverou, no ponto, que o parecer prévio a ser emitido pela Corte de Contas seria imprescindível, só deixando de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

No que se refere ao § 1º do art. 116, ressaltou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a permissão de recondução ao cargo do Procurador-Geral de Justiça, sem limite de mandatos, seria contrária ao disposto no art. 128, § 3º, da Constituição Federal, que autoriza uma única recondução.

Por fim, o Plenário concluiu que ao § 1º do art. 127 não cumpria circunscrever o exercício da Superintendência da Polícia Civil aos delegados ou delegadas em final de carreira, mas, apenas, àqueles da carreira independentemente de sua progressão, tendo em conta o disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal.

ADI 3077/SE, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16.11.2016. (ADI-3077)

REPERCUSSÃO GERAL

Servidor público: contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis aos proventos - 6

O Plenário retomou o julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária de servidor público sobre terço constitucional de férias, horas extras, adicional de insalubridade e adicional noturno, no período compreendido entre os meses de maio de 1999 a setembro de 2004 — v. Informativos 776 e 787.

Em voto-vista, a ministra Cármen Lúcia acompanhou o ministro Roberto Barroso (relator) e deu parcial provimento ao recurso. Preliminarmente, reconheceu a incidência de prescrição sobre as parcelas cujo recolhimento tenha ocorrido há mais de cinco anos da propositura da ação.

Quanto à questão de fundo, asseverou que, embora na Constituição Federal haja modelos distintos de previdência social para os servidores públicos e para os trabalhadores da iniciativa privada, com dinâmicas atuariais próprias, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) seguem os mesmos princípios constitucionais. Os objetivos e os princípios da seguridade social valem para todo o sistema e não para alguns de seus beneficiários. Por isso, não se pode negar a aplicação nem afirmar o desconhecimento de qualquer deles, seja quem for o sujeito dos direitos e deveres neles prescritos.

Ademais, definiu-se a existência de dois regimes previdenciários vigentes no País. Ambos podem ter incidência sobre servidores públicos, a depender da condição funcional de cada um. Nesse tipo de situação, coloca-se, de um lado, o RGPS — a que se sujeitam todos os trabalhadores e os servidores ocupantes de cargos de provimento inefetivo ou em condição de não efetividade — e, de outro, o RPPS — destinado exclusivamente a servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. O regime especial de previdência dos servidores públicos observará no que couber os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social (CF/1988, art. 40, § 12).

A ministra ainda assentou que a solução da controvérsia está posta no § 3º do art. 40 da Constituição, norma especial, segundo a qual, para a definição do valor da aposentadoria, deve ser considerada a remuneração do servidor, entendida como o conjunto de parcelas que se incorporam aos proventos. A norma especial contida no § 3º do art. 40 da Constituição afasta a incidência da regra disposta no art. 201, § 11, da CF/1988 — prevista para o RGPS e aplicável subsidiariamente ao RPPS.

Destacou, ademais, que a não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas não incorporáveis à

aposentadoria do servidor público decorre de comando expresso do texto constitucional (art. 40, § 3º). A partir da Emenda Constitucional 20/1998, deveria haver vinculação expressa entre proventos de aposentadoria e remuneração recebida pelo servidor, de modo que as parcelas, sem reflexo nos proventos, estão livres da incidência da contribuição previdenciária.

Ponderou também que a vinculação entre a aposentadoria e a contribuição prestada pelo servidor tornou-se mais expressiva com a Emenda Constitucional 41/2003. Assim, prevalece o entendimento de que a contribuição previdenciária do servidor público não pode incidir sobre parcelas não computadas para o cálculo dos benefícios de aposentadoria.

Rememorou que, desde 18.12.2002, o Supremo Tribunal Federal (STF), ainda sob a égide da Emenda Constitucional 20/1998, decidiu, em sessão administrativa, pela não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas não computadas para o cálculo dos benefícios de aposentadoria. Essa decisão, inclusive, teria influenciado a jurisprudência da Corte e o entendimento de órgãos administrativos e jurisdicionais.

Consignou, por fim, que, apesar de a Constituição ter conferido ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o critério definidor das parcelas que compõem a remuneração do servidor para fins previdenciários, não é possível subverter o comando constitucional de modo a incluir, na base de cálculo da contribuição previdenciária, parcelas sem repercussão nos proventos de aposentadoria, sob pena de desrespeito ao parágrafo 3º do art. 40 da Constituição Federal. Desse modo, conforme decidido pelo STF, desde o julgamento dos processos administrativos em 2002, o rol das parcelas isentas de contribuição previdenciária previsto pela Lei 9.783/1999 — e posteriormente pela Lei 10.887/2004 — não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

Para a ministra, a situação dos servidores inativos, contemplados com proventos de aposentadoria, é distinta da dos servidores em atividade. Os aposentados são impelidos a participar do custeio do regime previdenciário de sua categoria em menor proporção, com vistas a impedir eventual insolubilidade do sistema, por imposição do princípio da solidariedade. Além disso, a contribuição dos inativos tem base de cálculo diversa da dos servidores da ativa, pois a contribuição previdenciária incide apenas sobre as parcelas dos proventos que excedem o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

O ministro Edson Fachin também acompanhou o relator. Entendeu que cabe ao legislador ordinário, no exercício da competência conferida pela Constituição Federal e na ponderação dos princípios que regem a seguridade e a previdência social, dispor sobre as formas de proteção do trabalhador dos riscos sociais aos quais está exposto durante sua atividade laborativa. Além disso, não há na CF/1988 dispositivo que vincule estritamente a contribuição previdenciária ao benefício recebido, devendo a correspondência ser observada na medida do possível, não havendo, contudo, uma exigência normativa estrita nesse sentido.

Ressaltou, em conformidade com o voto proferido pelo ministro Dias Toffoli, que, no caso de contribuições direcionadas à seguridade social, a vinculação entre arrecadação e sua destinação deve ser de grau médio, devendo haver proporcionalidade entre as contribuições exigidas e o benefício concedido. Não há, nesses termos, direito a uma estrita vinculação entre a contribuição exigida pelo servidor e o valor do benefício que será pago na aposentadoria.

Apontou a necessidade de se estabelecer aplicação simétrica do binômio formado entre os princípios da contributividade e da solidariedade, de modo a prestigiá-los e conjugá-los em um produto final equilibrado. Para o ministro, é possível, conforme autorização decorrente da interpretação do princípio da solidariedade, que a contribuição previdenciária incida sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público. Há que se atentar, contudo, para a proporcionalidade — não identidade — entre a exigência contributiva e a prestação vindoura, para que se evite a incidência de tributo com eventual caráter confiscatório.

Pontuou, no entanto, que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, não se admite a incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas remuneratórias que não compõem os proventos da aposentadoria. O fundamento adotado pela Corte consiste no desenho constitucional do caráter contributivo da previdência social até o advento da Emenda Constitucional 41/2003. Ou seja, de acordo com o princípio contributivo, somente se poderia admitir a incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias que comporiam os proventos de aposentadoria. Dessa forma, o STF entendeu que o rol trazido pela Lei 9.783/1999 não seria exaustivo e que qualquer outra verba não incorporável aos proventos da aposentadoria estaria isenta da incidência da contribuição tributária.

Ressaltou, ademais, que a Lei 10.887/2004 — a qual trata expressamente do cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargos efetivos —, em seu art. 4º, VII, X, XI e XII, excluiu as verbas que não serão incorporadas à aposentadoria do cálculo da contribuição previdenciária.

Ponderou, ainda, que o legislador optou por excluir expressamente as verbas indicadas pelo recorrente do conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária. Desse modo, se, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 41/2003 a incidência não era admitida por falta de previsão constitucional acerca da aplicação do princípio da solidariedade de grupo ao regime próprio, após a vigência da referida emenda e após a consagração da solidariedade como baliza do regime próprio, o legislador optou por proteger da incidência da contribuição as verbas discutidas no recurso extraordinário, com a consequente exclusão de tais parcelas da base de cálculo da contribuição previdenciária.

O ministro Ricardo Lewandowski, no mesmo sentido do voto do relator, deu parcial provimento ao recurso. Segundo ele, o disposto nos §§ 3º e 12 do art. 40 da Constituição, combinado com o § 11 do art. 201 da CF/1988, deixa evidente que somente

podem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária os ganhos habituais com repercussão nos benefícios, excluindo, assim, as verbas que não se incorporam à aposentadoria. A dimensão contributiva do sistema mostra-se incompatível com a cobrança de qualquer verba previdenciária sem que se confira ao segurado algum benefício efetivo ou potencial. O princípio da solidariedade não é suficiente para elidir esse aspecto, impondo ao contribuinte uma contribuição que não trará qualquer retorno.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, acompanhou a divergência. De acordo com sua análise, não existe correlação exata entre a contribuição paga pelo servidor e o benefício previdenciário, assim como não há como afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias satisfeitas com regularidade. Assentou que concluir de forma contrária apenas aprofundaria as diferenças de tratamento existentes entre os trabalhadores vinculados ao regime geral e os servidores públicos.

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

RE 593068/SC, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 16.11.2016. (RE-593068)

Reparação econômica de anistiado político e disponibilidade orçamentária

Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, “caput” e parágrafo único, da Lei 10.599/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo. Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias. Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário em que debatido o pagamento imediato de reparação econômica a anistiados políticos, tendo em conta a ausência de previsão orçamentária e o regime de precatórios para pagamento de valores pelos quais o Estado é condenado.

De início, o Colegiado lembrou que a declaração de anistiado político é conferida em favor daqueles que, no período de 18.9.1946 a 5.10.1988, sofreram prejuízos em decorrência de motivação exclusivamente política por meio de ato de exceção (ADCT, art. 8º, “caput”). E, para liquidar as reparações econômicas desses anistiados, o orçamento anual da União destina valores expressivos, em prestação única ou em prestação mensal permanente e continuada.

Pontuou que, de acordo com o princípio da legalidade da despesa pública, a Administração deve atuar de acordo com parâmetros e valores determinados pela Lei Orçamentária Anual (LOA). O orçamento, por sua vez, deve estar adequado à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e ao Plano Plurianual (PPA), em respeito aos princípios da hierarquia e da integração normativa.

Entretanto, a jurisprudência da Corte consolidou a premissa de que a existência de dotação legal é suficiente para que haja o cumprimento integral da portaria que reconhece a condição de anistiado político. Demonstrada, portanto, a existência de dotação orçamentária, decorrente de presumida e legítima programação financeira pela União, não se visualiza afronta ao princípio da legalidade da despesa pública ou às regras constitucionais que impõem limitações às despesas de pessoal e concessões de vantagens e benefícios pessoais.

Assim, a recusa de incluir em orçamento o crédito previsto em portaria concessiva de anistia afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, trata-se de cidadão cujos direitos preteridos por atos de exceção política foram admitidos com anos de atraso pelo Estado, não podendo esse se recusar a cumprir a reparação econômica reconhecida como devida e justa por procedimento administrativo instaurado com essa finalidade. A opção do legislador, ao garantir os direitos a esses anistiados, foi de propiciar restabelecimento mínimo dessa dignidade àqueles que a tiveram destruída por regime antidemocrático outrora instalado.

Havendo o reconhecimento do débito pelo órgão público em favor do anistiado político e a destinação da verba em montante expressivo em lei, não há como acolher a tese de inviabilidade do pagamento pela ausência de previsão orçamentária.

O Tribunal salientou, ainda, que admitir a limitação da dotação orçamentária para a satisfação dos efeitos retroativos da concessão de reparação econômica somente aos anistiados que firmaram termo de adesão, nos termos da Lei 11.354/2006, levaria ao reconhecimento da sujeição compulsória do anistiado político ao parcelamento previsto nessa norma.

Considerando-se que não houve violação do princípio da prévia dotação orçamentária, não se admite o argumento de que o pagamento dos valores retroativos levará a situação de insolvência. A inexistência de recursos deve ser real e demonstrada de forma esclarecedora. Não basta a mera alegação de que se poderá levar a Administração à exaustão orçamentária.

Quanto à aplicação do regime de precatórios para pagamento de valores retroativos, o Colegiado rememorou orientação jurisprudencial no sentido de se determinar o pagamento de reparação econômica retroativa em razão da existência de leis orçamentárias posteriores à edição da respectiva portaria de anistia com previsão de recursos financeiros especificamente para a liquidação de indenizações deferidas a anistiados políticos, a afastar a aplicação do art. 100 da Constituição.

A indenização devida ao anistiado político integra grupo específico que merece tratamento diferenciado por disposição constitucional (ADCT, art. 8º). Porém, no caso de anistia, não se condena o Poder Público ao pagamento de determinado valor em decorrência de decisão judicial, como ocorre com precatórios. A punição ocorre em virtude de determinação administrativa, de forma que o pagamento deve ser imediato.

O orçamento, embora seja lei em sentido formal, é autorizativo. Não se constitui em reconhecimento da dívida estatal. A obrigação está na portaria, e o Poder Público pode, excepcionalmente, fundamentar a impossibilidade de cumprir a lei e a decisão administrativa vinculante. Nessa hipótese, a União deve, justificada e detalhadamente, motivar a decisão quando da elaboração do orçamento anual, além de indicar por que não cumpre a decisão administrativa vinculante.

No caso concreto, como havia rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas e não foi demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento imediato do valor ao recorrido, sem cogitar a observância ao regime dos precatórios. Ademais, não se deve determinar a inclusão da dívida reconhecida no orçamento para o próximo ano, pois a mora já se operou e pagamentos foram realizados a terceiros durante os anos em que o anistiado deixou de ter seu crédito atendido.

O ministro Edson Fachin ressaltou inexistir incompatibilidade entre o pagamento de reparação decorrente de anistia e o regime de precatórios. A forma de pagamento inicial é a satisfação imediata, no prazo legal, havendo disponibilidade. Do contrário, é dever da União incluir no exercício orçamentário seguinte, não se fechando à hipótese, no caso de não pagamento, do regime de precatórios.

O ministro Luiz Fux corroborou ser cabível o mandado de segurança como instrumento para pleitear essa espécie de pagamento em face da Administração. Afinal, não há dúvida sobre a existência do débito — a ensejar ação de cobrança —, mas ato omissivo do Estado.

O ministro Ricardo Lewandowski sublinhou que, na hipótese de fraude na concessão de anistia, há de se observar o procedimento do art. 17 da Lei 10.559/2002. Comprovada a falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de anistiado político, surge a obrigação de ressarcir os cofres públicos, sem prejuízo de outras sanções.

RE 553710/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 17.11.2016. (RE-553710)

IR e IPI: desoneração e direito ao valor que potencialmente seria arrecadado

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário que discutia se a concessão de benefícios, incentivos e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda (IR) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) pode impactar o cálculo do valor devido aos Municípios a título de participação na arrecadação dos referidos tributos.

Frisou que os Municípios não têm direito subjetivo constitucional para invalidar o exercício da competência tributária da União. Isso ocorre inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Sublinhou que a repartição de receitas correntes tributárias no Sistema Tributário Nacional conjuga duas espécies de financiamento dos governos locais: uma pelo critério da fonte (cobrança de tributos de competência própria) e outra pelo produto, o qual se traduz em participação no bolo tributário de competência do governo central. Nessa segunda hipótese, não há direito a participação referente à arrecadação potencial máxima em que se incluiria os incentivos e as renúncias fiscais, sob pena de subversão da decisão do Poder Constituinte. Portanto, não compete ao Supremo Tribunal Federal refazer ou invalidar as opções federativas tomadas pelo Poder Constituinte.

Ademais, não há como se incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União quanto a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação.

A desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão da receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação”, prevista nos arts. 157, 158 e 159 da Constituição Federal, de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.

No que se refere, especificamente, ao IPI, observou que esse tributo tem natureza e finalidade extrafiscal. Por isso, está dispensado da limitação do princípio da anterioridade e pode ser cobrado no mesmo exercício em que for instituído ou aumentado. Assim, se a União ficar impedida de administrar o IPI e, portanto, impossibilitada de aumentar ou reduzir alíquotas para determinados setores e para situações específicas, sob o fundamento de que isso representaria uma queda no FPM, o imposto perderá a sua natureza constitucional de tributo com finalidade extrafiscal.

Não se desconhece a importância das transferências do FPM para as finanças municipais, refletindo-se na consecução da autonomia financeira desses entes federativos. No entanto, acolher a pretensão do recorrente significaria invalidar o modelo de

repartição das receitas tributárias eleito em sede constitucional.

Vencidos os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso. Para o ministro Luiz Fux, haveria direito consagrado constitucionalmente aos Municípios ao produto da arrecadação do IPI e do IR, que não poderia ser subtraído sob o pálio de uma competência tributária de desoneração. O ministro Dias Toffoli, por sua vez, ressaltava existir abuso na política de desoneração, portanto seria lícito ao Poder Judiciário sindicarem os abusos e os exageros cometidos.

RE 705423/SE, rel. Min. Edson Fachin, 17.11.2016. (RE-705423)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	16.11.2016	17.11.2016	7	103
1ª Turma	—	—	—	154
2ª Turma	—	—	—	75

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 11 a 17 de novembro de 2016.

CLIPPING DO DJE

14 a 18 de novembro de 2016

ADI N. 3.802-DF

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Ministério Público Eleitoral. Artigo 79, caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93. Vício formal. Iniciativa legislativa. Vício material. Ofensa à autonomia administrativa dos ministérios públicos estaduais. Não ocorrência. Improcedência da ação.

1. Detém o Procurador-Geral da República, de acordo com o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, a prerrogativa, ao lado daquela já atribuída ao chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, d, CF), de iniciativa dos projetos legislativos que versem sobre a organização e as atribuições do Ministério Público Eleitoral, do qual é chefe, atuando como seu procurador-geral. Tratando-se de atribuição do Ministério Público Federal (arts. 72 e 78), nada mais natural que as regras de designação dos membros do Ministério Público para desempenhar as funções junto à Justiça Eleitoral sejam disciplinadas na legislação que dispõe, exatamente, sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, no caso a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

2. O fato de o promotor eleitoral (membro do ministério público estadual) ser designado pelo procurador regional eleitoral (membro do MPF) não viola a autonomia administrativa do ministério público estadual. Apesar de haver a participação do ministério público dos estados na composição do Ministério Público Eleitoral – cumulando o membro da instituição as duas funções –, ambas não se confundem, haja vista possuírem conjuntos diversos de atribuições, cada qual na esfera delimitada pela Constituição Federal e pelos demais atos normativos de regência. A subordinação hierárquico-administrativa – não funcional – do promotor eleitoral é estabelecida em relação ao procurador regional eleitoral, e não em relação ao procurador-geral de justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato formal de “designação” do promotor eleitoral seja feito pelo superior na função eleitoral, e não pelo superior nas funções comuns.

3. A designação do promotor eleitoral é ato de natureza complexa, resultando da conjugação de vontades tanto do procurador-geral de justiça - que indicará o membro do ministério público estadual – quanto do procurador regional eleitoral – a quem competirá o ato formal de designação. O art. 79, caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93 não tem o condão de ofender a autonomia do ministério público estadual, já que não incide sobre a esfera de atribuições do **parquet** local, mas sobre ramo diverso da instituição – o Ministério Público Eleitoral, não interferindo, portanto, nas atribuições ou na organização do ministério público estadual.

4. Ação julgada improcedente.

*noticiado no Informativo 817

AG. REG. NO AI N. 864.689-MS

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO INTERPOSTO APÓS O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MÉRITO. INCIDÊNCIA DE MULTA. JULGAMENTO POR UNANIMIDADE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JULGAMENTO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR ORIGINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

MÉRITO RECURSAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE NA ESTRITA SEARA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA. ART. 1.021, § 4º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO. CABIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO.

MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 1/4 (UM QUARTO). ARTIGO 85, §11, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA AO RECURSO. IRRELEVÂNCIA. MEDIDA DE DESESTÍMULO À LITIGÂNCIA PROCRASTINATÓRIA. CABIMENTO. VENCIDO O RELATOR ORIGINÁRIO, NO PONTO.

*noticiado no Informativo 841

AG. REG. NO ARE N. 969.559-SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo e constitucional. Policiais federais. Transformação da remuneração em subsídio. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Decesso remuneratório. Não ocorrência afirmada pelo Tribunal a quo. Repercussão geral reconhecida (RE nº 563.965/RN-RG). Reafirmação da jurisprudência. Precedentes. Concessão de vantagem com fundamento no princípio da isonomia. Impossibilidade. Súmula nº 339/STF. RE nº 592.317/RJ-RG. Súmula Vinculante nº 37.

1. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 563.965/RN, com repercussão geral reconhecida, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, reafirmou a jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico ou à fórmula de composição da remuneração dos servidores públicos, desde que assegurada a irredutibilidade de vencimentos.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula nº 339/STF). Essa Orientação foi reiterada no julgamento do mérito do RE nº 592.317/RJ-RG, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, sob o rito da repercussão geral (DJe de 10/11/14) e, posteriormente, com a edição da Súmula

Vinculante nº 37.

3. Agravo regimental não provido.

4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.

SEGUNDO AG. REG. NO ARE N. 944.758-MS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

Segundo agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal. 3. Crime de lavagem de capitais (art. 1º, inciso I, c/c § 1º, I e § 4º, da Lei n. 9.613/1998). 4. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356. 5. Suposta violação ao princípio da ilegalidade. Inexistente. Ofensa meramente reflexa à Constituição. Precedentes. 6. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdãos Publicados: 380

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Devido processo legislativo - Controle judicial - Legitimidade ativa *ad causam* exclusiva do parlamentar em exercício (Transcrições)

MS 34.518-MC/DF*

RELATOR: Ministro Luix Fux

DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. DIÁLOGO LEGISLATIVO QUE BUSCA EQUACIONAR A REALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E O BEM-ESTAR ANIMAL. LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE VIOLAÇÃO ÀS CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS QUE PODERIAM IMPEDIR A DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR DO TEMA. PREMATURA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO CONFIGURADOS. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

Decisão: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Ricardo Izar Júnior, Deputado Federal pelo Estado de São Paulo, objetivando sustar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 50/2016, que visa acrescentar “o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal.

Aponta-se como autoridades coatoras os Exmos. Senadores da República Otto Alencar, Ana Amélia, Antonio Carlos Valadares, Armando Monteiro, Senador Benedito de Lira, Cidinho Santos, Davi Alcolumbre, Elmano Férrer, Fernando Bezerra Coelho, Flexa Ribeiro, Garibaldi Alves Filho, Ivo Cassol, Jorge Viana, José Agripino, José Maranhão, José Medeiros, Lídice da Mata, Lindbergh Farias, Magno Malta, Pastor Valadares, Paulo Rocha, Pedro Chaves, Raimundo Lira, Randolfe Rodrigues, Roberto Muniz, Telmário Mota, Valdir Raupp, e Vanessa Grazziotin, autores da PEC ora impugnada.

Narra o impetrante que, no dia 19 de outubro de 2016, foi apresentada e lida no Plenário do Senado Federal e, em seguida, no dia 20 de outubro de 2016, foi publicada no Diário do Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição 50/2016, de autoria do Senadores apontados como autoridades coatoras, que possui o seguinte teor, *verbis*:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE 2016

Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 225 da Constituição passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º.

“Art.225.....

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as manifestações culturais previstas no § 1º do art. 215 e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.” (NR)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o pleno exercício dos direitos culturais. Assim, ao mesmo tempo em que protege as manifestações culturais populares (art. 215, caput e § 1º), a Carta Magna protege os animais contra a crueldade (art. 225, § 1º, VII).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi novamente instado a se manifestar acerca do conflito entre essas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais.

Ainda em tramitação no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983 foi proposta pelo Procurador-Geral da República, em maio de 2013, contra a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. Em julgamento realizado em 6 de outubro de 2016, o Tribunal considerou procedente o pedido formulado na inicial e, ao declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada, asseverou que é permitida a regulamentação de manifestações culturais que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

Em que pese não ter sido sequer publicado o acórdão, a notícia da decisão tomada pela Suprema Corte suscitou intensa polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos animais, e chegou mesmo a ensejar o anúncio da formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da

Vaquejada.

Dessarte, a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional, por intermédio da qual se busca consignar na Lei Maior, com clareza, a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices.

A vaquejada, assim como outras manifestações culturais populares, passa a constituir patrimônio cultural brasileiro e merecer proteção especial do Estado quando registrada em um dos quatro livros discriminados no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Nessa hipótese, acaso regulamentada de forma a garantir a integridade física e mental dos animais envolvidos sem descaracterizar a própria prática, a vaquejada atenderá aos mandamentos exarados pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento da ADI 4983.

Na certeza de que esta proposta dissipará quaisquer dúvidas ainda existentes acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, rogamos o apoio de nossos Pares para sua aprovação.

Sala das Sessões,
Senador OTTO ALENCAR.

Destaca que a proposição teve sua admissibilidade aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, na sessão do dia 20 de outubro de 2016, através do parecer do Senador José Maranhão – PMDB/PR.

Aprovada a admissibilidade da Proposta de Emenda Constitucional na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o Exmo. Senhor Presidente do Senado Federal determinou a criação de Comissão Especial para analisar o tema.

Salienta que a proposição, atualmente, encontra-se pautada para votação no próximo dia 23 de novembro de 2016.

Em amparo de sua pretensão, o impetrante sustenta o cabimento da presente ação mandamental, posto concretizar medida apta a preservar o direito subjetivo do impetrante de obstar a deliberação de processo legislativo que viole cláusula pétrea. Segundo alega, restará violado na medida em que a Proposta de Emenda Constitucional 50/2016 visa abolir a garantia de proteção contra atos de crueldade aos animais.

Afirma que o art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, é expresso no sentido de impor que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV - os direitos e garantias individuais*”.

Nesse ponto, aduz que a cláusula pétrea que a PEC impugnada tende a abolir, não obstante estar “*fora do catálogo do art. 5º da Constituição*”, consubstancia-se no art. 225 da Constituição da República, que impõe o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Segundo o Impetrante, a PEC 50/2016 levaria em consideração, apenas, os interesses de parcela da população que busca justificar a manutenção de uma atividade econômica em total desconhecimento com a legislação, na medida em que a alteração constitucional em discussão possibilitaria a prática de atos de maus tratos e de crueldade aos animais, que estão inseridos na proteção ambiental. Sustenta, assim, flagrante violação aos interesses da sociedade e, ademais, desrespeito a decisão recente tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, aduz que a deliberação em análise iria de encontro com o que recentemente decidido por esta Corte nos autos da ADI 4.983, Relator Ministro Marco Aurélio, ocasião em que, por maioria de votos, o Plenário declarou a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará – que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado – mormente por vislumbrar “*crueldade intrínseca*” aplicada aos animais na vaquejada, em ofensa ao inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da CRFB/88.

Alega, em síntese, que a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional impugnada significaria o esvaziamento por completo do rol das garantias mínimas hoje existentes para os animais, caracterizando verdadeiro retrocesso ambiental, atraindo o risco de viabilizar a prática de atos de maus tratos e crueldade aos animais. Para tanto, imputa ofensa ao artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna, configurada na violação aos direitos consagrados pelo constituinte aos animais no art. 225, VII, que, segundo defende, constitui cláusula pétrea constitucional (*direitos e garantias individuais*), não podendo ser atingida pelo poder reformador derivado.

Por fim, defende que a tramitação da PEC 50/2016 também macularia o princípio da proporcionalidade, especialmente na sua vertente da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), na medida em que o processo legislativo vergastado se encaminharia para o esvaziamento completo da proteção constitucionalmente prevista aos direitos protetivos assegurados aos animais de não serem submetidos a maus tratos ou crueldades (CRFB/88, art. 225).

Pugna pelo deferimento de medida liminar para obstar a discussão e votação da Proposta de Emenda Constitucional 50/2016, que encontra-se agendada para o próximo dia 23/11/2016 às 10h – 40ª Ordinária, no Anexo II, Ala Senador Alexandre Costa, Plenário nº 3, do Senado Federal. Indica, com base nesse fato, estar devidamente caracterizado o *periculum in mora*. Sustenta, também, a presença do *fumus boni iuris*, porquanto a PEC objetiva restringir, retirar e esvaziar direitos constitucionalmente assegurados aos animais, o que atentaria contra o disposto nos arts. 60, § 4º, IV, e 225, VII, da Lei Fundamental.

Ao final, postula a concessão definitiva da segurança para vedar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional impugnada.

É o relatório. **DECIDO.**

Preliminarmente, verifico a legitimidade ativa *ad causam* do Impetrante para deduzir a pretensão veiculada nesta ação mandamental, na esteira da remansosa jurisprudência desta Corte quanto à existência de direito público subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo (Precedentes: MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 27.02.1981; MS 21.303, Rel. Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, DJ 02-08-1991; e MS 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.06.2004).

Com efeito, tratando-se de impugnação direta ao processo legislativo, é imperativo que, para poder-se instaurar a *judicial review* de medida tão drástica, ela seja suscitada, exclusivamente, por parlamentar no exercício do mandato.

Nesse ponto, como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello no autos do MS 24.645 MC, DJ 15/09/2003, “*o parlamentar, fundado na sua condição de partícipe essencial do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de positivação dos atos normativos*”.

Conheço, pois, do presente *mandamus*, e procedo ao exame liminar do mérito.

A controvérsia travada nestes autos atinge o cerne da teoria constitucional em um Estado Democrático de Direito na medida em que conclama que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a validade *jurídica* do processo legislativo, núcleo fundamental da atuação *política* exercida pelos representantes do povo.

Deveras, é ténue na dogmática constitucional da separação de poderes o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CRFB/88, art. 102, *caput*), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais. Como aponta a moderna doutrina, *é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que*

nenhum deles seja supremo, mas antes, que cada um dos poderes contribua com a sua específica capacidade institucional (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, p. 287).

Indispensável, por tal motivo, uma incursão, ainda que breve, sobre os limites da atuação do Poder Judiciário em um regime democrático.

Os ideais da democracia e do constitucionalismo, não obstante caminhem lado a lado, vez por outra revelam uma tensão latente entre si. É que, de um lado, a democracia, apostando na autonomia coletiva dos cidadãos, preconiza a soberania popular, que tem no princípio majoritário uma de suas mais importantes dimensões, tal qual preleciona Robert Dahl. De outro lado, o constitucionalismo propugna pela limitação do poder através de sua sujeição ao direito, o que impõe obstáculos às deliberações do povo. Como bem destacou Vital Moreira, ao afirmar que “(...) *por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático.* (...) *O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático*” (MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272).

Essa aparente contradição entre os valores albergados pelo Estado Democrático de Direito impõe um dever de cautela redobrado no exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, certo é que os tribunais não podem asfixiar a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não eleitos pelo povo, como, aliás, testemunhado pela história constitucional norte-americana durante a cognominada Era da Lochner (1905-1937), período em a Suprema Corte daquele país freou a implantação do Estado social a partir de uma exegese inflacionada da cláusula aberta do devido processo legal (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 630-645).

Nesse sentido, a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Deve-se, portanto, rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária na vida social. É esse o magistério de Dieter Grimm:

A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais.

(GRIMM, Dieter. *Constitution Adjudication and democracy*. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 210 - tradução livre do original).

Sem embargo, não se pode perder de mira que a Constituição representa autêntica norma jurídica, dotada de força cogente, vocacionada a conformar condutas e apta a ensejar consequências pelo seu descumprimento. De há muito as Constituições deixaram de ser vistas como mera folha de papel, como sugeria Ferdinand Lassale (*A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988), para assumir a posição de centralidade no sistema jurídico, enquanto definidora dos cânones estruturantes do Estado de Direito.

A efetividade da Constituição depende, em grande medida, da atuação das Cortes, as quais, embora não monopolizem a sua interpretação, como ensina o jurista alemão Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002), têm como função precípua fiscalizar a observância e zelar pelo respeito das limitações constitucionais, cuja própria existência, como apontava Alexander Hamilton, “*somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso todos os direitos e prerrogativas não significariam nada*” (HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876, p. 541 – tradução livre do original).

Eis o desafio da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: não ir *além* da sua missão, nem ficar *aquém* do seu dever. Na lição irretocável de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal* (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240).

Firmadas essas premissas teóricas, passa-se ao deslinde da controvérsia.

No caso *sub examine*, pretende o impetrante suspender a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 50/2016, porquanto violaria direito líquido e certo do impetrante de obstar a deliberação de processo legislativo que viole cláusula pétrea. A seu juízo, a PEC, ao visar acrescentar “o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal, concretizaria ofensa inconstitucional ao artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna, configurada na flagrante violação ao direitos consagrados pelo constituinte aos animais (art. 225, VII), que constituiriam cláusula pétrea, não podendo ser atingida pelo poder reformador derivado.

Ocorre que a pretensão veiculada neste *writ* possui uma questão prévia a ser enfrentada: **consiste em saber se é legítimo e recomendável, e em qual amplitude, à luz do desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988, em especial no tocante ao controle de constitucionalidade prévio do processo legislativo em andamento, que o Supremo Tribunal Federal realize, em juízo preventivo, o exame da compatibilidade material de uma Proposta de Emenda Constitucional com o texto da Constituição da República, notadamente as cognominadas cláusulas superconstitucionais (“cláusulas pétreas”).**

De fato, o constituinte, ao estabelecer os limites materiais ao poder constituinte derivado contidos no art. 60, § 4º, inclusive à **deliberação**, abarcou, também, o processamento de proposta de emenda constitucional *tendente a abolir* os princípios e institutos relativos à: (i) forma federativa do Estado; (ii) voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) separação dos Poderes; (iv) os direitos e garantias individuais.

Ocorre que, se de um lado é certo que as cláusulas pétreas (CRFB, art. 60, § 4º), ao consubstanciarem limites materiais ao poder de reforma da Lei Maior, consagram um núcleo mínimo de identidade constitucional, afastando da esfera de atuação dos agentes políticos determinados valores considerados mais elevados, de outro, é cediço que não devem ser interpretadas como se incorporassem um sufocamento absoluto das tentativas de o próprio povo brasileiro redesenhar as instituições do Estado na busca do seu contínuo aperfeiçoamento. Com efeito, pretender cristalizar para todo o sempre as minúcias de uma dada disciplina constitucional significaria um verdadeiro convite à ruptura institucional pelo abandono da ordem constitucional em vigor.

Nesse quadro, o controle prévio de constitucionalidade **material** das propostas de emendas constitucionais deve ser reservado aos casos de inequívoca violação ao núcleo das cláusulas pétreas, o que verifico não ocorrer, *in casu*. Digo **constitucionalidade material** porque, apesar de não se tratar de objeto de análise, neste momento, entendo serem plenamente *sindicáveis* perante esta Suprema Corte (i) os vícios ocorridos no âmbito interno do procedimento de deliberação das Casas Legislativas, e (ii) as regras constitucionais que disciplinam o trâmite de análise das propostas de emenda à Constituição.

In casu, o impetrante aponta que a tramitação da PEC 50/2016 consistiria em violação aos *direitos e garantias individuais*, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.

Nesse ponto, aduz que a cláusula pétrea que a PEC impugnada tende a abolir, não obstante estar “*fora do catálogo do art. 5º da Constituição*”, consubstancia-se no art. 225 da Constituição, que impõe o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Ocorre que, num juízo preliminar, não vislumbro qualquer procedência nas alegações do impetrante ao objetivar suspender a tramitação à deliberação legislativa.

É que, como salientado, a vedação de deliberação parlamentar restringe-se, apenas, quando o “núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário”, encartado nas cláusulas superconstitucionais (CRFB/88, art. 60, § 4º), estiver em vias de ser violado (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251). Tais limites, nas palavras de Nelson de Souza Sampaio (*O poder de reforma constitucional*. 3. ed. rev. e atual. por Uadi Lammêgo Bulos. Salvador: Nova Alvorada, 1995. p. 66.), foram estabelecidos para “evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança do regime sob que se vive”.

Em bela síntese doutrinária, o ilustre Professor lusitano Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional: Introdução à Teoria Constitucional*. 2ª ed. Coimbra, 1988. Tomo II. p. 165-166.), ao tratar do alcance da proteção das cláusulas pétreas, aponta que elas não têm por escopo meramente proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados. Nesse diapasão, também, merece registro a didática análise realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em sede doutrinária (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168.), quando assenta que:

A locução ‘tendente a abolir’ deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra os ventos da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser o prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro.

Rememoro, por oportuno, brilhante passagem do voto proferido pelo i. Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS 23.047/MC, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 14-11-2003, ocasião em que S. Exª afirmou que:

“(…) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentativa dos golpes de Estado”.

Destarte, os limites materiais ao poder constituinte derivado contidos no art. 60, § 4º, devem, portanto, ser interpretados como a proibição de modificação do Texto Maior que seja, realmente, *tendente a abolir* os princípios e institutos relativos à: (i) forma federativa do Estado; (ii) voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) separação dos Poderes; (iv) os direitos e garantias individuais.

A sutileza que se coloca perante a Corte é, portanto, a de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre a deferência às decisões do constituinte derivado e a salvaguarda dos princípios e valores mais fundamentais do Estado Democrático de Direito. Stephen Breyer (*Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Vintage Books, 2010, p. 121 – tradução livre), *Associate Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, não se distancia da mesma lógica ao assentar que “a Constituição exibe uma preferência democrática por soluções elaboradas por aqueles que o povo elegeu”.

No caso *sub examine*, o Congresso Nacional está a atuar, na análise da PEC impugnada, nos limites de sua função típica delineada pela Constituição da República. Verdadeiramente, não vislumbro qualquer violação aos direitos e garantias individuais na tramitação do devido processo legislativo que, dentro de seu espectro de atribuições, marcado pelo amplo debate social, dialoga um modo adequado para “permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal”.

É que, do texto apresentado pelo impetrante do procedimento legislativo impugnado, consta da própria Justificação da PEC 50/2016, apresentada pelo Senador Otto Alencar, que a alteração constitucional visa “a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices”. E termina afirmando que “acaso regulamentada de forma a garantir a integridade física e mental dos animais envolvidos sem descaracterizar a própria prática, a vaquejada atenderá aos mandamentos exarados pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento da ADI 4983”.

Conseqüentemente, acolher o pedido deduzido pelo Impetrante, de sorte a suspender a tramitação da PEC 50/2016, é extinguir o debate. Isso não pode ser tolerado e não é o que se espera de uma Corte Constitucional. Se, por um lado, é legítimo admitir uma atuação menos contida pelo Poder Judiciário para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões, por outro lado, o Poder Judiciário não pode antecipar o desfecho de um debate parlamentar. É no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões públicas devem ocorrer por excelência. Não se trata de um argumento acaciano, mas, ao revés, de um postulado ínsito à democracia, que não pode ser negligenciado.

In casu, não se sabe se a Proposta de Emenda à Constituição será arquivada, alterada ou aprovada. A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma *supremocracia*. Na realidade, diversamente do que abreviar a discussão, como pretende o impetrante, o papel desta Suprema Corte é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparente e com os canais de participação aberto a todos o que queiram deles participar. Esse sim é o modelo de atuação legislativa legítima, tal qual concebido por John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980).

Desse modo, não se pode afirmar, nesse exame prévio de compatibilidade da Proposta de Emenda à Constituição com as cláusulas pétreas encartadas no art. 60, § 4º, da Constituição, que a tramitação da PEC 50/2016 “visa abolir a garantia de proteção contra atos de crueldade aos animais”.

Nesse ponto, não há se falar, por fim, em qualquer violação ao que recentemente decidido por esta Corte nos autos da ADI 4.983, Relator Ministro Marco Aurélio, ocasião em que, por maioria de votos, o Plenário declarou a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará – que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado – mormente por vislumbrar “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada, em ofensa ao inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da CRFB/88. É que, no percurso do processo legislativo, o Legislativo poderá, sem qualquer vício de inconstitucionalidade, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que a proposta de emenda constitucional adequa-se às premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa.

De fato, entendo que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da interpretação constitucional, que também deve ser concretizada pelos demais agentes políticos (parlamentares, membros do Poder Executivo, sociedade civil etc.), naquilo que se convencionou denominar de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1997).

Em verdade, a Constituição outorga à Suprema Corte a última palavra sob o prisma formal. Em uma perspectiva sociológica e da ciência política, todavia, a decisão judicial apenas fecha uma rodada de deliberações, ao mesmo tempo que oferece um *input* aos demais atores políticos (Legislativo, Executivo, sociedade civil, etc.) que permanecerão discutindo a questão em novas rodadas procedimentais. Tal como leciona o professor de Direito Constitucional da USP Conrado Hübner Mendes, esta Suprema Corte pode, e deve, de modo proposital e responsável, atuar como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática em “*produzir boas decisões*” (MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212), o que não ocorrerá caso se suspenda a tramitação da PEC ora atacada.

Perfilhando similar entendimento, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das *virtudes passivas* promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP. Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.132).

Por todas essas razões, a não suspensão do trâmite da PEC 50/2016 revela-se medida de *respeito e deferência* ao Poder Legislativo. De efeito, um *standard* de atuação legítimo do Poder Judiciário reside justamente na manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas. Assim, como bem adverte John Hart Ely, o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980).

Em conclusão, e não antecipando qualquer juízo de valor quanto ao conteúdo da opção legislativa em análise, entendo, neste exame preliminar ínsito às medidas cautelares, que não se encontram presentes os requisitos necessários para que o Supremo Tribunal Federal realize, em juízo preventivo, o exame da compatibilidade material de um Proposta de Emenda Constitucional com o texto da Constituição da República.

Destarte, por toda a linha de argumentação desenvolvida até o momento, a solução que melhor se apresenta, *in casu*, é aquela que prestigia a deliberação parlamentar do PEC 50/2016. Ela é a que, a um só tempo, prestigia o desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988 e promove de forma mais satisfatória os postulados democráticos, sem asfixiar o âmbito de atuação constitucionalmente assegurado ao Poder Legislativo.

Ex positis, **INDEFIRO** o pleito cautelar, nos termos do art. 21 do RISTF.

Solicitem-se informações à autoridade coatora (Lei 12.016/2009, art. 7º, I).

Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República para elaboração de parecer (Lei 12.016/2009, art. 12).

Dê-se ciência à Advocacia-Geral da União para que, querendo, ingresse no feito (Lei 12.016/2009, art. 7º, II).

Publique-se. Int..

Brasília, 22 de novembro de 2016.

Ministro **Luiz Fux**
Relator

*Decisão publicada no DJe em 25.11.2016

OUTRAS INFORMAÇÕES

14 a 18 de novembro de 2016

Decreto nº 8.903, de 16.11.2016 - Institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras e organiza a atuação de unidades da administração pública federal para sua execução. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 220, p. 1, em 17.11.2016.

Informativo 848

SUMÁRIO

Plenário

Execução de pena de multa e titularidade

Amianto e competência legislativa concorrente - 14

Federalismo fiscal e omissão legislativa

Ultra-atividade das convenções e acordos coletivos de trabalho e CF/1988

1ª Turma

Cabimento de reclamação e Enunciado 10 da Súmula Vinculante

2ª Turma

Reclamação e contagem de prazo

Repasse de duodécimos e frustração na realização da receita orçamentária

“Habeas corpus” e razoável duração do processo

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Repartição de receitas - Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (ACO 2939 MC/PE)

Inovações Legislativas

Outras Informações

PLENÁRIO

Execução de pena de multa e titularidade

O Plenário iniciou o julgamento de questão de ordem em ação penal na qual se discute a titularidade para a execução da pena de multa fixada em julgamento condenatório pelo STF.

O ministro Roberto Barroso (relator), ao resolver a questão de ordem, assentou que: a) o Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; b) caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de noventa dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (federal ou estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980; e c) é necessário dar interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do CP para explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal.

No entendimento do ministro, embora a multa penal constitua dívida de valor, possui caráter de sanção criminal. Assim, o Ministério Público é legítimo, prioritariamente, para executá-la, até mesmo pelo fato de a postura do apenado com relação ao cumprimento da sanção pecuniária interferir no gozo dos benefícios a serem usufruídos no curso da execução penal. Todavia, a multa também pode ser cobrada pela Fazenda, em caráter subsidiário e em face da demora do órgão acusador.

O ministro Dias Toffoli, ao acompanhar o relator, frisou que a pendência de pagamento da pena de multa, ou sua cominação isolada nas sentenças criminais transitadas em julgado, tem o condão de manter ou ensejar a suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, III).

Em divergência, o ministro Marco Aurélio considerou que a legitimação para a cobrança da multa é exclusiva da Fazenda. Entendeu não ter a sanção uma conotação penal, mas de dívida de valor. Seu não pagamento não pode implicar regressão de regime, ou seja, inadmissível prisão por dívida.

Em seguida, o ministro Edson Fachin pediu vista dos autos.

AP 470 QO-décima segunda/MG, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 23.11.2016. (AP-470)

Amianto e competência legislativa concorrente - 14

O Plenário retomou o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei 11.643/2001 do Estado do Rio Grande do Sul e a Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Na presente sessão, a Corte apregou outras duas ações para julgamento conjunto: uma arguição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF) contra a Lei 13.113/2001 e o Decreto 41.788/2002, ambos do Município de São Paulo, e uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que ataca a Lei 12.589/2004 do Estado de Pernambuco. Os diplomas impugnados proíbem o uso, a comercialização e a produção de produtos à base de amianto/asbesto naquelas unidades federativas — v. Informativos 407 e 686.

O ministro Edson Fachin julgou improcedentes os pedidos formulados na ADPF, de sua relatoria, e nas três ADIs.

Inicialmente, afastou a alegação de inconstitucionalidade formal. Entendeu que a distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado expressamente pela Constituição de 1988, não se satisfaz apenas com o princípio informador da predominância de interesses. Diante da existência de situações como a dos presentes autos, a regra de circunscrever-se à territorialidade não resolve de forma plena a solução do conflito existente entre normas, pois é preciso eleger, entre os entes envolvidos, qual circunscrição prevalecerá.

O ministro ressaltou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem optado por concentrar no ente federal as principais competências federativas, mas que é necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo insculpido na Constituição de 1988, a fim de enfrentar os problemas de aplicação que emergem do pluralismo que forma o Estado e a sociedade brasileira.

Considerou que a resolução estaria no princípio da subsidiariedade — segundo o qual o poder sobre determinada matéria deve ser exercido pelo nível governamental que possa fazê-lo de forma mais apropriada e eficiente — e dos dois

critérios que permitem a sua aplicação, que são a presunção contra a preempção (“presumption against pre-emption”) e a clareza de que a legislação sobre o tema deve ser editada de modo amplo, geral e uniforme pela União, afastando de forma clara qualquer potencialidade legiferante em sentido diverso (“clear statement rule”).

Explicou que, ao se sustentar a existência do princípio da subsidiariedade no federalismo brasileiro, seria possível retomar a aplicação formulada, entre outros, nos tratados da União Europeia para o contexto nacional. Não porque seria lícito à Corte realizar um transplante de normas ou um “constitutional borrowing” sem mediações, mas porque, na medida em que a experiência comparada faz uso de um princípio geral do direito, também no Brasil seria possível aplicá-lo.

Nesse sentido, o aspecto formal do princípio da subsidiariedade seria destinado sobretudo aos poderes legislativos, pois exige que sejam fornecidas razões, se possíveis quantitativas, para demonstrar que a legislação deve ser editada de modo uniforme pelo ente maior. Essa procedimentalização, por sua vez, transmudaria o enfoque a ser dado pelo Poder Judiciário. Em vez de investigar qual competência o ente detém, se deveria perquirir como o ente deve exercê-la.

Ainda segundo o ministro Edson Fachin, a subsidiariedade seria complementada pela proporcionalidade. De acordo com a primeira, o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. Já de acordo com a segunda, é preciso sempre respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins. A proporcionalidade poderia ser utilizada, portanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência de nítida orientação constitucional. O teste de razoabilidade, por sua vez, exigiria o exame das razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consistiria, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou por motivos que não poderiam ter sido considerados. Interpretando, pois, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado numa presunção de autonomia em favor dos entes menores (“presumption against pre-emption”), para a edição de leis que resguardem seus interesses.

A aplicação desse entendimento às competências concorrentes poderia ser extremamente vantajosa para melhor delimitar qual o sentido dos termos geral, residual, local, complementar e suplementar. No entanto, no caso dos autos, a discussão envolveria, ainda, uma disputa de sentido desses conceitos quando se opõem às competências expressas da União, dos Estados e dos Municípios. Nessas hipóteses, seria necessário não apenas que a legislação federal se abstivesse de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnaturasse a restrição ou a autorização claramente indicada.

Relativamente à aplicação do princípio da subsidiariedade ao caso dos autos, o ministro afirmou que, embora a competência para a produção, o consumo, a proteção do meio ambiente e a proteção e defesa da saúde seja concorrente, seria inconstitucional que o efeito da legislação geral editada pela União pudesse aniquilar totalmente as competências dos Estados e dos Municípios. Apenas se a legislação federal dispusesse, de forma clara e cogente — indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo —, que os Estados e Municípios sobre ela não poderiam legislar, seria possível afastar a competência desses entes para impor restrições ao uso do amianto/asbesto. Entretanto, esse não seria este o caso dos autos.

Destacou que a União, ao editar a norma geral (Lei 9.055/1995), estabeleceu, no art. 1º, vedação expressa à utilização de vários tipos de amianto que alcança todo o território nacional, enquanto, no art. 2º, previu a possibilidade de extração, industrialização, utilização e comercialização apenas do amianto da espécie crisotila. Contra essa vedação específica não caberia aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios legislar de forma a permitir o que havia sido vedado de forma expressa e efetiva, não havendo espaço para a incidência do princípio da subsidiariedade. Entretanto, no que diz respeito à regra geral permissiva da Lei 9.055/1995, tanto a atuação legislativa municipal quanto a estadual teriam ocorrido de forma consentânea com a ordem jurídica constitucional e em seus estritos limites; ou seja, no art. 2º, a Lei 9.055/1995 teria estabelecido a permissão como regra geral, não vedando a imposição de restrições.

Tendo isso em conta, observou que, nos casos analisados, os Estados teriam legislado no exercício de sua competência concorrente de proteção e defesa da saúde. O Município de São Paulo, por sua vez, mediante uma escolha política ínsita à ambiência municipal, por definir e delimitar como se daria o seu desenvolvimento econômico no campo da construção civil, teria agido à luz do nítido interesse local e da suplementação da legislação federal de regência. Acrescentou que o Município, ao defender a constitucionalidade da lei, evocou o princípio da precaução e o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e afirmou que o Poder Público deve agir com extrema cautela sempre que a saúde pública e a qualidade ambiental puderem ser afetadas por obra, empreendimento ou produto nocivo ao meio ambiente.

Em suma, por não existir afastamento claro da competência legislativa dos entes menores pela legislação federal que rege a matéria, seriam constitucionais as leis estaduais e a lei municipal impugnadas que, em matéria de competência concorrente (art. 24, XII, da Constituição Federal) e em matéria de competência local, comum e suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal), respectivamente, regulamentam de forma mais restritiva a norma geral diante do âmbito de atuação permitido por ela.

O ministro Fachin afastou, ainda, a alegação de inconstitucionalidade material, por ofensa ao princípio da livre

iniciativa, haja vista que a restrição contida nas leis impugnadas estaria amparada pela proteção à saúde e ao meio ambiente. Seu fundamento teria assento na competência concorrente dos Estados e na competência local, supletiva e comum dos Municípios e também em expressa previsão constante da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por fim, rejeitou, de igual modo, a assertiva no sentido de não existir risco à saúde e de bastar, para a proteção dos trabalhadores que utilizam o amianto/asbesto, a exigência do uso de equipamentos de segurança no trabalho, conforme determinação da OIT. Observou que essa solução contrariaria o princípio da precaução, de fundamental importância para a ordem constitucional.

Em seguida, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos.

ADI 3356/PE, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23.11.2016. (ADI-3356)

ADI 3357/RS, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23.11.2016. (ADI-3357)

ADI 3937/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23.11.2016. (ADI-3937)

ADPF 109/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 23.11.2016. (ADPF-109)

Federalismo fiscal e omissão legislativa

O Plenário iniciou o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada omissão legislativa, por parte do Congresso Nacional, no tocante à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela EC 42/2003 (“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 semi-elaborados, 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”).

O ministro Gilmar Mendes (relator) julgou o pedido procedente. Declarou que há mora por parte do Congresso Nacional em editar a aludida lei complementar e estabeleceu o limite de doze meses para que a omissão seja sanada.

Ressaltou que, na hipótese de o mencionado prazo transcorrer “in albis”, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor total a ser repassado aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente relativo às exportações de produtos primários e semielaborados, à relação entre as exportações e as importações, aos créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e à efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, da CF; e b) calcular o valor das quotas a que cada ente terá direito, considerando os entendimentos entre os Estados-Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Considerou atendidos os requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática. Nos termos da jurisprudência da Corte, é necessário haver pertinência entre o objeto da ação e a defesa do interesse em causa. No caso dos governadores, a legitimidade está condicionada à repercussão do ato normativo impugnado nas atividades de interesse dos Estados-Membros, como na hipótese em debate.

No mérito, entendeu que o tema envolve autonomia financeira e partilha de recursos tributários. Embora o texto original da Constituição tivesse promovido esforços para descentralizar as receitas, a União, por meio das contribuições (cujas receitas não é compartilhada com os demais entes), conseguiu reverter o quadro de partilha, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados. A partir do Plano Real, houve incremento da participação das receitas de contribuições no total de receitas correntes da União, sem o respectivo incremento na participação das receitas tributárias. Assim, se, por um lado, o constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos, por outro, deixou nas mãos da União, livres de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais.

Nesse contexto, a edição da EC 42/2003 traduziu um esforço de desoneração de exportações, com impacto nas finanças estaduais. Por consequência, acabou por elevar ao plano constitucional tanto a tentativa de desoneração da LC 87/1996 quanto a obrigatoriedade de repasses mensais a cargo da União. Além disso, as exportações brasileiras foram completamente removidas do campo de incidência do ICMS. Criou-se, portanto, uma imunidade constitucional, em prejuízo de uma fonte de receita pública estadual.

Se, por um lado, a modificação prestigia e incentiva as exportações, em prol de toda a Federação, por outro, a nova regra traz consequências severas sobretudo para quem se dedica à exportação de produtos primários. Por isso, para compensar a perda de arrecadação imposta pela EC 42/2003, estabeleceu-se, no art. 91 do ADCT, uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Esse mecanismo, em tese, poderia representar importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela EC 42/2003 nas contas estaduais. Entretanto, a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT nunca foi editada e, até hoje, a regra do § 3º desse dispositivo continua sendo aplicada.

O relator assinalou, também, que existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do ADCT, e uma omissão legislativa que perdura por mais de dez anos. Isso traz consequências econômicas relevantes, especialmente em relação a determinados Estados-Membros.

Além disso, embora falte a lei complementar exigida pela Constituição, a legislação em vigor traz critérios provisórios para os repasses. Isso, entretanto, não basta para afastar a omissão em debate. Ao contrário, o sentido de provisoriedade do § 2º do art. 91 do ADCT só confirma a lacuna legislativa e não tem o condão de convalidá-la. Está, portanto, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão de mora do Poder legislativo.

O relator considerou necessário, ainda, adotar solução no sentido de, decorrido “in albis” o prazo de doze meses estipulado para que o Legislativo saneie a omissão, caber ao TCU, enquanto não sobrevier lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos. Quanto à repartição entre os diversos entes federados, propôs que fosse feita nas condições estabelecidas pelo Confaz, de modo que a distribuição de recursos considere o ICMS desonerado nas exportações de produtos primários e semielaborados e os créditos de ICMS decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente.

Por fim, explicou que o TCU é a instituição mais adequada para cumprir temporariamente essa incumbência (CF, art. 161, parágrafo único). Ademais, é o órgão escolhido pelo legislador para o cálculo da participação de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da CF. Caberá, assim, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal proceder na forma do § 4º do art. 91 do ADCT, de modo a apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, da CF, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior, a fim de subsidiar o TCU na fixação do montante a ser transferido, bem como das quotas a que terão direito os entes federados. Advindo a lei complementar, cessa a competência da Corte de Contas, conferida de forma precária e excepcional.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, acompanhou o relator em parte, para somente assentar a mora do Legislativo na matéria. Não assinalou prazo para a edição de lei complementar, cabível apenas na hipótese de autoridade administrativa (CF, art. 103, § 2º). Além disso, reputou que o TCU não pode substituir o Congresso Nacional, omissis quanto à edição da norma.

O ministro Teori Zavascki acompanhou o relator quanto à mora e à fixação de prazo para sanar a omissão. Entretanto, ressaltou a impossibilidade de substituir a norma provisória do art. 91 do ADCT por outra também precária, criada pelo STF e executada pelo TCU. Se, eventualmente, o Legislativo extrapolasse o prazo de doze meses, aí sim caberia ao STF deliberar a respeito.

Após os votos dos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, que acompanharam o relator, o julgamento foi suspenso.

ADO 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23 e 24.11.2016. (ADO-25)

Ultra-atividade das convenções e acordos coletivos de trabalho e CF/1988

A Corte iniciou o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais se questiona a constitucionalidade do art. 19 da Medida Provisória 1.950-62/2000, na parte em que revoga os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542/1992. A norma impugnada, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, estabelece: “Art. 19. Revogam-se os §§ 1º e 2º do art. 947 do Código Civil, os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992, e o art. 14 da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991.” Nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542/1992 havia a seguinte previsão: “Art. 1º-A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei. § 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. § 2º As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observados, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa.”

A ministra Cármen Lúcia (relatora) reconheceu a parcial perda de objeto das ações diretas e julgou improcedentes os pedidos remanescentes.

Verificou, inicialmente, não ter sido demonstrado, por meio de argumentação e fundamentação específica — conforme exigido pelo art. 3º da Lei 9.868/1999 e pela jurisprudência da Corte —, como a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542/1992 teria afrontado o disposto no art. 5º, XXXVII, da CF. Assim, não há como se conhecer da menção feita ao dispositivo constitucional paradigmático, ante a carência de argumentos e de fundamentação específica.

Além disso, reconheceu que, em virtude da conversão da Medida Provisória 1.950-62/2000 na Lei 10.192/2001, estaria prejudicada a análise sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade daquela espécie legislativa. Segundo a relatora, o Congresso Nacional deu a última palavra quanto à conveniência e oportunidade do ato, bem como quanto ao atendimento dos interesses e valores da sociedade. Nesses termos, a conversão da medida provisória em lei significa a absorção de seu conteúdo, que, segundo o Legislativo, dotou-se de mérito suficiente para se tornar uma nova lei, conforme entendimento jurisprudencial (ADI 1.721/DF, DJU de 29.6.2007).

Quanto à alegação de descumprimento dos incisos VI e XXVI do art. 7º da CF, a ministra rememorou que a Corte, ao

indeferir a medida cautelar requerida na ADI 2.081 MC/DF (DJU de 6.12.2002), com objeto similar ao destas ações diretas, reconheceu o caráter infraconstitucional da controvérsia surgida pela impugnação de medida provisória que se limita a revogar norma de legislação ordinária.

Consignou, conforme manifestação apresentada pela AGU, que somente seria possível afirmar a inconstitucionalidade da norma revogadora se, cumulativamente, a norma constitucional invocada como parâmetro de controle de constitucionalidade carecesse de eficácia plena; a norma revogada efetivamente consubstanciasse regulamentação da norma constitucional invocada; a revogação implicasse a eliminação total de regulamentação constitucional de modo a comprometer, em absoluto, a sua mínima eficácia, o que não ocorreria se com a revogação passasse a operar disciplina diversa ou se a revogação fosse acompanhada da adoção de disciplina distinta da matéria em verdadeira substituição ou alteração da conformação do instituto; ou, ainda, se a norma revogada oferecesse a exata, específica e exclusiva disciplina reclamada pelo texto constitucional, o que implicaria que a nova disciplina da matéria seria contrária ao texto constitucional.

Também ressaltou não prevalecer o argumento de terem sido excluídos direitos dos trabalhadores adquiridos em pactos coletivos. Para a relatora, permanecem hígdas no ordenamento jurídico brasileiro as normas constitucionais assecuratórias do direito à irredutibilidade do salário, salvo o disposto em contrário em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, da CF/1988), e do reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho como instrumentos válidos e plenamente eficazes para a criação de obrigações entre as partes contratantes (art. 7º, XXVI, da CF).

Asseverou, ademais, que as normas postas nos incisos VI e XXVI do art. 7º não são de eficácia limitada, cuja aplicação efetiva e positiva depende da atividade de órgãos governamentais, especificamente do legislador ordinário. São institutos que fixam princípios norteadores das relações empregatícias e nessa condição vinculam, a um só tempo, os empregadores, os empregados, os órgãos de representação coletiva e o próprio legislador nacional, que poderá atuar com o fim de aprimorar as garantias e os institutos nelas reconhecidos, nada mais que isso. Nessa medida, a revogação das normas dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542/1992 não causa ruptura do princípio da irredutibilidade dos salários dos trabalhadores, nem impede que eventuais reduções possam ser objeto de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, da CF), tampouco diminui a importância das convenções e dos acordos coletivos de trabalho como fonte autônoma do direito do trabalho (art. 7º, XXVI, da CF).

Assentou que a principal razão do questionamento apresentado na presente ação direta decorre da suposta revogação do “anteparo natural às pressões negociais patronais excluindo os trabalhadores de direitos em pactos coletivos”. Esse entendimento resulta da presunção de que seria exigida pela Constituição a ultra-atividade das convenções e dos acordos coletivos, ou seja, sua aplicação para além de seu prazo de vigência e até que viesse a ser revogada por instrumento congênere. Tal presunção, no entanto, não encontra uniformidade na doutrina ou na jurisprudência. Conforme evidenciado pela AGU, a controvérsia exclusivamente doutrinária relativa à ultra-atividade das convenções não assume status constitucional, nem indica uma flagrante contrariedade à Constituição.

Ponderou, por fim, que os incisos VI e XXVI do art. 7º da CF não disciplinam a vigência e a eficácia das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. A conformação desses institutos é de competência do legislador ordinário, que deverá, à luz das demais normas constitucionais, eleger as políticas legislativas capazes de viabilizar a concretização dos direitos dos trabalhadores.

O ministro Edson Fachin, ao divergir da relatora, julgou procedentes os pedidos formulados nas ações diretas, declarando a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 10.192/2001. Observou que a Corte, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969, reconheceu expressamente a ultra-atividade da norma coletiva. Após, já sob a égide da Constituição de 1988, O Supremo Tribunal Federal adotou entendimento no sentido de que a questão não alcançava estatura constitucional, o que permite concluir, de forma implícita, que prevaleceria a interpretação atribuída pela Justiça especializada. Afirmou, ainda, que a Lei 8.542/1992 é mais adequada ao contexto constitucional de 1988, do que a medida provisória de 1995, convertida em lei em 2001. Pontuou, por fim, que trazer à vigência normas que deixam expressamente consignado, no ordenamento jurídico positivo infraconstitucional brasileiro, aquilo que, por força suficiente e autônoma de densidade normativa, está previsto no inciso XXVI do art. 7º e no § 2º do art. 114 da CF, constitui-se num dever de coerência desta Suprema Corte com sua missão de guardião da Constituição.

O ministro Roberto Barroso, por sua vez, acompanhou a relatora. Ressaltou o caráter infraconstitucional da controvérsia. Destacou, ademais, que a cláusula de ultra-atividade desfavorece o empregado, na medida em que pode desestimular o reconhecimento de vantagens temporárias em acordos e convenções coletivas pelos empregadores.

Para o ministro Teori Zavascki, que também acompanhou a relatora, não se pode afirmar que todas as cláusulas de um acordo ou convenção coletiva têm ultra-atividade necessária. Essa conclusão, em vez de prestigiar a força desses acordos ou dessas convenções, na verdade, opera em sentido oposto, porque limita ou elimina a possibilidade de se estabelecerem cláusulas que digam respeito a situações de caráter efêmero ou temporário. Ademais, a lei revogadora veio no âmbito de um plano econômico e, ao que tudo indica, visou a ajustar as convenções coletivas então vigentes a um novo regime salarial e de correção monetária estabelecida no Plano Real. O ministro rememorou, ainda, não haver direito adquirido a regime jurídico.

O ministro Marco Aurélio, em conformidade com a relatora, julgou improcedentes os pedidos formulados. Consignou, em suma, que a ultra-atividade das convenções e acordos coletivos não está assegurada na Constituição Federal.

Em seguida, a ministra Rosa Weber pediu vista dos autos.
ADI 2200/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24.11.2016. (ADI-2200)
ADI 2288/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24.11.2016. (ADI-2288)

PRIMEIRA TURMA

Cabimento de reclamação e Enunciado 10 da Súmula Vinculante

Reclamação constitucional fundada em afronta ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”] não pode ser usada como sucedâneo de recurso ou de ação própria que analise a constitucionalidade de normas que foram objeto de interpretação idônea e legítima pelas autoridades jurídicas competentes.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em que se discutia o cabimento de reclamação, por violação ao referido verbete sumular, em razão de o acórdão reclamado ter afastado o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 (“§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”).

No caso, o tribunal de origem – ao interpretar decisão da Corte proferida na ADPF 46 firmando entendimento de persistir o monopólio postal conferido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – assentou que a reclamante, concessionária de energia elétrica, não poderia efetuar a contratação de empresa terceirizada para a entrega de fatura referente à leitura dos medidores de energia.

A Turma, por sua vez, consignou não ser possível analisar na reclamação se a restrição imposta pela decisão reclamada, na qual se afirmava “legal e constitucional a atividade de emitir faturas e fazer com que cheguem no tempo e no prazo nas mãos dos usuários”, foi uma declaração de inconstitucionalidade parcial implícita do disposto no art. 25, §1º, da Lei 8.987/1995. Afinal, isso extrapola o objeto daquela ação.

Ressaltou que o entendimento prevalecente na Suprema Corte é o de que não afronta o Enunciado 10 da Súmula Vinculante, nem a regra do art. 97 da Constituição Federal, o ato da autoridade judiciária que deixa de aplicar a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou, ainda, que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição.

No caso da presente reclamação, interpretou-se a legislação infraconstitucional respectiva (Lei 8.987/1995), à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 46, sem qualquer indício de declaração de inconstitucionalidade da referida norma. Além de a questão posta já se encontrar judicializada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, dúvida razoável acerca da interpretação das normas infraconstitucionais não é hipótese de cabimento de reclamação.

Vencidos os ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio, os quais davam provimento ao agravo regimental. No caso, sublinhavam ter havido vulneração ao referido enunciado sumular e ter a decisão reclamada deixado de aplicar a Lei 8.987/1995, o que negaria vigência a esse dispositivo sem declará-lo inconstitucional. Além disso, o ministro Roberto Barroso acentuava que a terceirização, tanto por força de lei, como pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, seria plenamente admissível.

Rcl 24284/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 22.11.2016. (Rcl-24284)

SEGUNDA TURMA

Reclamação e contagem de prazo

A Segunda Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento de agravo regimental em que se discute a incidência do disposto no art. 798 do Código de Processo Penal no âmbito da reclamação constitucional, ante a existência de regramento específico quanto à contagem de prazos processuais (art. 219, “caput”, do novo Código de Processo Civil).

Rcl 23045 ED-AgR/SP, rel. Min. Teori Zavaski, julgamento em 22.11.2016. (Rcl-23045)

Repasso de duodécimos e frustração na realização da receita orçamentária

A Segunda Turma deferiu parcialmente medida liminar em mandado de segurança impetrado contra ato omissivo. No caso, houve atraso no repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário do Rio de Janeiro.

O Colegiado assegurou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) o direito de receber, até o dia vinte de cada mês,

em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias. Facultou ao Poder Executivo proceder ao desconto uniforme de 19,6% da receita corrente líquida prevista na lei orçamentária em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos, ressalvada, além da possibilidade de eventual compensação futura, a revisão desse provimento cautelar caso não se demonstre o decesso na arrecadação nem no percentual projetado de 19,6% em dezembro/2016.

Na espécie, o impetrante alegava que o art. 168 da Constituição Federal (CF) estabelece o dever de repasse, pelo Poder Executivo, dos recursos financeiros previstos em lei orçamentária regularmente aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro — no caso, a Lei Orçamentária Anual estadual 7.210/2016 (LOA) — ao Poder Judiciário, obrigatoriamente, em duodécimos, até o vigésimo dia de cada mês. Entendia que a omissão do Poder Executivo caracterizaria violação do postulado da separação de Poderes, em razão de indevida interferência do governador do Estado na autonomia administrativa e financeira do TJRJ. Requeria, dessa forma, a concessão da medida liminar pleiteada, para garantir o repasse integral de seu duodécimo orçamentário até o vigésimo dia de cada mês, nos termos do previsto no mencionado dispositivo constitucional.

A autoridade impetrada, ao prestar informações, postulava a incidência dos Enunciados 269 e 271 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), para obstar o conhecimento da presente ação mandamental quanto ao pedido de repasse da parcela relativa ao mês de outubro até o dia vinte desse mesmo mês. Sustentava, ainda, que o descumprimento da data prevista no art. 168 da Constituição Federal, para o repasse das dotações orçamentárias em duodécimos, não configuraria ofensa à autonomia financeira do Poder Judiciário (CF, art. 99), pois não decorreria de resistência injustificada do Poder Executivo, mas de frustração na realização do orçamento do Estado. Defendia não haver impedimento legal para utilização de recursos do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) para pagamento de despesas de pessoal e custeio do TJRJ.

Prevaleceu o voto do ministro Dias Toffoli (relator). Para ele, a competência originária relativamente ao conhecimento do “writ” é do STF, porque todos os magistrados vinculados ao TJRJ possuem interesse econômico no julgamento do feito (CF, art. 102, I, “n”). Consignou, ademais, que o TJRJ, embora destituído de personalidade jurídica, detém legitimidade autônoma para ajuizar o presente mandado de segurança em defesa de sua autonomia institucional, estando, no caso, regularmente representado por advogado não vinculado aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em razão da natureza do direito pleiteado, nos termos da jurisprudência do STF. Entendeu, ainda, que as Súmulas 269 e 271 da Suprema Corte não incidem na espécie.

Quanto ao mérito, ao reconhecer a complexidade da controvérsia, consignou que a resolução do litígio demanda diálogo entre Poderes e órgãos autônomos. Assim, é possível alcançar solução conciliatória para o quadro fático revelado pelas dificuldades declaradas pelo Estado do Rio de Janeiro em suas finanças, agravadas pela queda da arrecadação prevista para o orçamento de 2016. Além disso, o julgamento da medida cautelar não afasta a possibilidade de posterior audiência de conciliação entre as partes.

No tocante à alegação do Estado-Membro de que não há impedimento legal para a utilização de recursos do FETJ para pagamento de salários dos servidores e magistrados, o relator ponderou ser inviável sua utilização para tal fim e para o custeio do TJRJ, nos termos do disposto no art. 2º da Lei estadual 2.524/1996 (“É vedada a aplicação da receita do Fundo Especial em despesas de pessoal”). Destacou, também, que a receita do FETJ origina-se, predominantemente, do pagamento de custas pelas partes que demandam no TJRJ e não são beneficiárias de gratuidade de Justiça, cuja destinação é exclusiva para custeio dos serviços afetos às atividades específicas do Poder Judiciário (CF, art. 98, § 2º). O relator afastou, em juízo liminar, a pretensão do Estado-Membro de compensar os duodécimos faltantes da receita orçamentária do TJRJ prevista para o exercício de 2016 com recursos do FETJ.

Assentou que o direito prescrito no art. 168 da CF instrumentaliza o postulado da separação de Poderes, impedindo a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Executivo.

Ponderou que a Corte, ao conceder medida liminar em caso semelhante (MS 31.671/RN, DJe de 30.10.2012), passou a avaliar a necessidade de se adequar a previsão orçamentária à receita efetivamente arrecadada, para fins de definição do direito ao repasse dos duodécimos aos demais Poderes e órgãos autônomos, sob o risco de se chegar a um impasse na execução orçamentária.

Pontuou, ainda, que a lei orçamentária, no momento de sua elaboração, declara uma expectativa do montante a ser realizado a título de receita, que pode ou não vir a acontecer no exercício financeiro de referência, sendo o Poder Executivo responsável por proceder à arrecadação, conforme a política pública se desenvolva. Por essa razão, a Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) instituiu o dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação da despesa, ante a frustração de receitas (art. 9º da LRF). Diante disso, o ministro ressaltou que, conforme debates travados no julgamento de mérito do MS 31.671/RN (suspensão em razão de pedido de vista), no âmbito federal, os contingenciamentos de receita e empenho operam em ambiente de diálogo entre o Poder Executivo — que sinaliza o montante de frustração da receita — e os demais Poderes e órgãos autônomos da República. No exercício da autonomia administrativa, tais instituições devem promover os cortes necessários em suas despesas, para adequarem as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados e conforme a conveniência e a oportunidade.

Reconheceu, no entanto, que esse ambiente de diálogo pode encontrar dificuldades no caso de algum Poder ou órgão

autônomo se recusar a realizar essa autolimitação. Isso ocorreria em razão da suspensão, por força de cautelar proferida no julgamento da ADI 2.238/DF (DJe de 17.8.2007), da eficácia do § 3º do art. 9º da LRF, que prescreve a possibilidade de o Poder Executivo, por ato unilateral, estipular medida de austeridade nas esferas dos demais Poderes e órgãos autônomos. O que informa o julgamento da medida cautelar deferida nos autos da ADI 2.238/DF, no ponto, é a impossibilidade de se legitimar a atuação do Poder Executivo como julgador e executor de sua própria decisão.

Segundo o relator, a Corte, ao deferir medida liminar no MS 31.671/RN, não pretendeu legitimar a atuação unilateral do Poder Executivo na constrictão de recurso financeiro repassado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). Aliás, no caso do citado precedente, o contingenciamento foi admitido mediante decisão judicial, ressalvada a possibilidade de eventual compensação futura.

Diante do déficit orçamentário, estimado em 19,6%, o Estado do Rio de Janeiro promulgou a Lei 7.483/2016, na qual reconheceu o estado de calamidade financeira declarado pelo Decreto 45.692/2016, bem como citou os esforços empreendidos pelo TJRJ, a fim de demonstrar seu compromisso com o alcance da regularidade fiscal e com a desoneração dos cofres públicos. Entendeu, contudo, que as medidas adotadas pelo TJRJ não se confundem com as de autolimitação previstas no art. 9º, “caput”, da LRF, no sentido de se limitarem as despesas previstas, para fins de adequação ao percentual da receita efetivamente arrecadada no exercício financeiro de 2016.

Assentou, por fim, a inviabilidade de avaliação, em sede de mandado de segurança, da regularidade dos atos de governo e gestão praticados no Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Tais ações podem e devem ser submetidas a julgamento pelos órgãos competentes, não sendo a exigência de repasse integral dos duodécimos o meio adequado para se proceder à sanção de eventual ilegalidade, pois, nesse contexto, o real prejudicado acaba por ser o cidadão. Com razão, entretanto, a justificativa do TJRJ de que não se pode legitimar o cronograma orçamentário fixado pelo Executivo, em desrespeito ao art. 168 da CF. Afinal, retira a previsibilidade da disponibilização de recursos aos demais Poderes, subtraindo-lhes condições de gerir suas próprias finanças, considerada a frustração de receita, conforme sua conveniência e oportunidade.

Entendeu que o repasse duodecimal deve ocorrer até o dia vinte de cada mês, nos termos do disposto no art. 168 da CF, de modo a garantir o autogoverno do Poder Judiciário — que não se sujeita à programação financeira e ao fluxo de arrecadação do Poder Executivo —, tendo em vista ser o repasse uma ordem de distribuição prioritária de satisfação de dotação orçamentária (MS 21.450/MT, DJU de 5.6.1992).

O ministro Teori Zavascki acompanhou o relator. Asseverou que, em momentos de grave crise econômica, como os que vivem praticamente todos os Estados da Federação, devem ser asseguradas a autonomia e a igualdade entre os Poderes. Consignou que não faz sentido, em uma situação de acentuado déficit orçamentário — em que a realização do orçamento é muito inferior ao previsto —, que um determinado Poder ou órgão autônomo tenha seu duodécimo calculado com base em previsão de receita não realizada, em detrimento da participação de outros órgãos e Poderes. Concluiu que a base de cálculo dos duodécimos deve observar, além da participação percentual proporcional, o valor real de efetivo desempenho orçamentário e não o valor fictício previsto na lei orçamentária.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, que também acompanhou o relator, havendo frustração de receita, o ônus deve ser compartilhado de forma isonômica entre todos os Poderes.

MS 34483-MC/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22.11.2016. (MS-34483)

“Habeas corpus” e razoável duração do processo

A Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia atribuir celeridade ao julgamento do mérito de REsp no STJ.

A defesa alegava que a demora no julgamento do recurso violaria o princípio do devido processo legal, que pressupõe a célere prestação jurisdicional, sobretudo quando o bem jurídico em questão é a liberdade do cidadão e da justiça efetiva ou celeridade processual.

O Colegiado assentou que, em regra, o grande volume de trabalho do STJ permite flexibilizar, em alguma medida, o princípio constitucional da razoável duração do processo.

No caso, contudo, a demora demasiada para o julgamento do recurso, em razão do elevado número de substituição de relatores — no total de cinco substituições —, configura negativa de prestação jurisdicional e flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente. Tal circunstância justifica a concessão da ordem para determinar que o STJ julgue o recurso imediatamente.

HC 136435/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.11.2016. (HC-136435)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	23.11.2016	24.11.2016	12	69
1ª Turma	22.11.2016	—	18	154
2ª Turma	22.11.2016	—	33	75

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 18 a 24 de novembro de 2016.

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 21 a 25 de novembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 820.823-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. PEDIDO DE RETIRADA. CONDICIONAMENTO À QUITAÇÃO DE DÍVIDAS E MULTAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 5º, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 966.177-RS

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. JOGO DE AZAR. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO FUNDADO NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTIGOS 1º, IV, 5º, XLI, E 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

REPERCUSSÃO GERAL EM ARE N. 964.246-SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Decisões Publicadas: 3

CLIPPING DO DJE

21 a 25 de novembro de 2016

AG. REG. NO RECURSO ORD. EM MS N. 32.811-DF

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AGENTE PENITENCIÁRIO FEDERAL. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO PAD. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DO ÓRGÃO EM QUE OCORREU A INFRAÇÃO. NOMEAÇÃO DOS INTEGRANTES DA COMISSÃO PROCESSANTE APÓS A OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. PREVISÃO LEGAL. ILIQUIDEZ DOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 141, I, da Lei 8.112/1990, em consonância com o art. 84, XXV, da Lei Fundamental, predica que o Presidente da República é a autoridade competente para aplicar a penalidade de demissão a servidor vinculado ao Poder Executivo, sendo constitucional, nos termos do art. 84, parágrafo único, da Constituição, e do art. 1º, I, do Decreto 3.035/1999, a delegação aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União. Precedentes: RE 633009 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27-09-2011; RMS 24194, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 07-10-2011; MS 25518, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10-08-2006, dentre outros.

2. *In casu*, a delegação de competência para a aplicação da sanção de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor restou incólume, na medida em que a imposição da penalidade máxima decorreu de ato do Ministro de Estado da Justiça.

3. A Portaria Inaugural do Processo Administrativo Disciplinar foi determinada pelo Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Federal, que possui competência para instaurar o procedimento próprio para apurar faltas cometidas pelos seus subordinados, nos termos do art. 51, inciso XIV, do Regimento Interno do DEPEN, e art. 143 da Lei 8.112/1990.

4. O art. 149 da Lei 8.112/90 não veda a possibilidade da autoridade competente para a instauração de procedimento disciplinar convocar servidores oriundos de outro órgão, diverso da lotação dos acusados, para a composição da Comissão Processante. Deveras, impõe, somente, que o presidente indicado pela autoridade competente ocupe "*cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado*", e que os membros sejam servidores estáveis, sem qualquer vínculo de parentesco ou afinidade com o acusado, o que não restou comprovado, no caso.

5. A inteligência do art. 142, I, da Lei 8.112/1990 reclama que o prazo prescricional da ação disciplinar é de 5 (cinco) anos quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

6. A despeito do encerramento do primeiro processo administrativo, o fato é que, do dia em que a autoridade competente tomou ciência das condutas imputadas ao impetrante até a instauração do segundo processo administrativo disciplinar, não transcorreu o quinquênio previsto no artigo 142, I, da Lei

8.112/90.

7. A conduta imputada ao impetrante se insere na previsão contida no inciso IX do art. 132 da Lei 8.112/90, na medida em que restou apurado no processo administrativo que o servidor revelou, indevidamente, vídeos sigilosos aos quais teve acesso apenas em razão do exercício do cargo de agente penitenciário federal.

8. A Comissão Processante tem o poder de indeferir a produção de provas impertinentes à apuração dos fatos, com supedâneo no art. 156, § 1º, da Lei 8.112/1990.

9. A oitiva de testemunha em lugar diverso daquele em que os acusados residem não acarretou, no caso concreto, prejuízo à defesa, mormente por ter sido notificada cinco dias antes da audiência, de forma a conferir a possibilidade de exercer seu direito de participar da produção da prova, tendo sido, ainda, nomeado defensor *ad hoc*, ante a ausência de manifestação.

10. O mandado de segurança não se revela via adequada para avaliar em profundidade o acervo fático-probatório dos autos, especialmente no que se refere à oitiva das testemunhas, a acareação entre os acusados, a reinquirição de testemunhas e a expedição de ofício solicitando cópia dos depoimentos produzidos em processo criminal.

11. Agravo regimental a que se **NEGA PROVIMENTO**.

AG. REG. NO ARE N. 967.055-AC

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TEMAS 339, 660 E 706. ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 67/1999. DOCÊNCIA EM TURMAS COM ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. GRATIFICAÇÃO. PERCENTUAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS 279 E 280 DO STF. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS PELA ORIGEM. MAJORAÇÃO DESCABIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DA MULTA.

I - O Supremo Tribunal Federal definiu que a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando implicarem em exame de legislação infraconstitucional, é matéria sem repercussão geral (Tema 660 - ARE 748.371 RG).

II - O acórdão impugnado pelo recurso extraordinário não ofendeu o art. 93, IX, da Constituição, na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 339 (AI 791.292 QO-RG) da repercussão geral.

III - Inexistência de repercussão geral da controvérsia acerca do direito ao recebimento de gratificação de atividade de ensino especial por professores que lecionam disciplinas em turmas que possuem um ou alguns alunos portadores de necessidades educativas especiais (Tema 706 - ARE 794.364-RG).

IV - Para divergir da conclusão adotada pelo acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e a realização de nova interpretação da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie (Lei Complementar Estadual 67/1999), circunstâncias que tornam inviável o recurso, nos termos das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes.

V - O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes

VI - Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorar os honorários recursais, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem.

VII - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

AG. REG. NO ARE N. 977.190-MG

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas.

II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”.

III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.

V - Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC.

VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.

AG. REG. NO ARE N. 924.240-BA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO. MIGRAÇÃO. EXCLUSÃO DE DEPENDENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE DO ACÓRDÃO REGIONAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973.

1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.

2. Compreensão diversa exigiria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão da origem, bem como o reexame da interpretação conferida a cláusulas contratuais, procedimentos vedados em sede extraordinária. Aplicação das Súmulas nº 279 e nº 454/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

AG. REG. NA AC N. 3.957-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: AGRAVOS REGIMENTAIS. PROCESSO PENAL. SEQUESTRO DE BENS E VALORES. ART. 4º DA LEI 9.613/1998 C/C ARTS. 125 E 126 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ART. 91, § 1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS VEEMENTES DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA DOS BENS. ELEMENTOS INDICIÁRIOS REVELADORES DE SOFISTICADO ESQUEMA DE LAVAGEM DE DINHEIRO ENVOLVENDO O INVESTIGADO E EMPRESAS A ELE VINCULADAS. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA DEMONSTRADAS. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O art. 4º, *caput*, da Lei 9.613/1998, na redação da Lei 12.683/2012 – aplicável desde logo, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal (RHC 115563, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 28.3.2014) – dispõe que “o juiz [...], havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos, ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”. O § 4º do referido dispositivo permite, também, a decretação de medidas assecuratórias “sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas”.

2. O sequestro, previsto no Código de Processo Penal, tem como objeto os produtos diretos ou indiretos do crime, sejam eles bens imóveis ou bens móveis não suscetíveis de apreensão, bastando que haja indícios, desde que veementes, da proveniência ilícita dos bens.

3. No caso, o Ministério Público indica, por meio de elementos indiciários colhidos ao longo das investigações (documentos, depoimentos, extratos bancários, relatórios de inteligência financeira, informações fiscais, entre outros), o recebimento pelo investigado de, ao menos, 26 (vinte e seis) milhões de reais, por meio de sofisticado esquema de lavagem de dinheiro, envolvendo diversas pessoas físicas e empresas a ele vinculadas.

4. Conforme destacado pelo Procurador-Geral da República, “a estratégia adotada pelo parlamentar investigado e já denunciado, inclusive através de suas empresas ora agravantes, era vocacionada de maneira consciente, justamente para dificultar a origem ilícita dos valores. Assim sendo, urge que o sequestro recaia (e seja mantido) sobre bens equivalentes aos montantes recebidos, pois não será possível encontrar – até mesmo porque o dinheiro ‘não possui digital’, conforme comumente se afirma – os valores recebidos”.

5. Não há desproporcionalidade ou irrazoabilidade no deferimento da medida constritiva, uma vez que, “a contemporaneidade da aquisição dos ditos bens com a imputada prática de atos delituosos, os quais, segundo consta, envolveram elevadas somas de dinheiro. Circunstância bastante para autorizar a presunção de que se esta diante de produto da ilicitude” (Inq 705-AgR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ. 20.10.1995).

6. Agravos regimentais a que se nega provimento.

Acórdãos Publicados: 606

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Repartição de receitas - Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) (Transcrições)

ACO 2939 MC/PE*

RELATOR: Ministra Rosa Weber

Vistos etc.

1. Trata-se de ação cível originária ajuizada pelo Estado de Pernambuco em desfavor da União, em que se pleiteia a repartição de receitas obtidas a partir da incidência do art. 8º da Lei nº 13.254/16, que disciplinou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).

2. Sustenta-se na inicial que a referida Lei inicialmente dispõe, em seu art. 6º, que os valores arrecadados com a cobrança de imposto de renda à alíquota de 15% serão repartidos com Estados e Municípios, nos termos do art. 159, I, da Constituição Federal. Porém, a mesma divisão não está sendo respeitada (em razão de veto a dispositivo de natureza semelhante) em relação à multa cobrada com base no artigo 8º, prevendo este alíquota de 100% sobre o valor estipulado no artigo 6º. Essa discrepância estaria a provocar impacto negativo profundo no Fundo de Participação dos Estados.

3. Diante desse quadro, o autor alega ocorrer violação da “regra da intangibilidade das transferências constitucionais devidas aos entes periféricos da Federação (art. 160, caput, CF)”, da “norma constitucional que comete à Lei Complementar Federal a definição dos critérios de entrega e rateio das transferências constitucionais devidas aos Estados-membros (art. 161, II, CF)”, e da “Lei Complementar nº 62/1990 (sic), em seu art. 1º, § 1º, no quanto determina a inclusão na base de cálculo do FPE dos adicionais, multas e juros moratórios incidentes sobre o Imposto de Renda, na forma do art. 159, I, a, da CF” (inicial, fl. 4).

4. Após tecer considerações a respeito da competência deste Supremo Tribunal Federal para exame da lide, pugnano pelo reconhecimento de real conflito federativo na hipótese, discorre a inicial a respeito do modelo de repartição de receitas tributárias, aspecto do federalismo fiscal traduzido pelo artigo 159, I, da Constituição Federal, que prevê a distribuição do produto da arrecadação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, na forma que especifica. Defende haver a Lei nº 13.254/16 instituído um regime especial de tributação, do qual resultou, contudo, desinteligência a respeito da destinação da multa arrecadada com base no artigo 8º, diante de controvérsia a respeito da natureza jurídica dessa exigência.

5. A respeito dessa questão, na inicial adota-se perspectiva segundo a qual cabe apenas à Lei Complementar disciplinar as regras sobre entrega e critérios de rateio dos recursos destinados ao Fundo de Participação dos Estados. A Lei nº 13.254/16, contudo, é lei ordinária. A Lei Complementar nº 62/89, que estipula tais regras, prevê, em seu art. 1º, parágrafo único, fazer parte da base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos, os respectivos adicionais, juros e multa moratória. Daí a premissa da pretensão deduzida: “Concluindo-se pela natureza moratória da multa prevista no art. 8º da Lei 13.254/2016, ou, por outro lado, sendo ela um mero e específico adicional do imposto, será de rigor concluir-se pela necessidade de sua inclusão na base de cálculo do FPE” (inicial, fl. 10).

6. O autor sustenta, em resumo, ser evidentemente moratória a multa do artigo 8º da Lei nº 13.254/16, pois não se conceberia que “alguém receba uma multa punitiva exatamente por ter atendido a um comando legal, isto é, ter aderido ao regime de regularização cambial e fiscal previsto na lei” (inicial, fl. 11). A adesão dos contribuintes ao RERCT é facultativa, levando à incoerência da aplicação de multa punitiva pelo exercício de uma opção. Concluem as razões expostas, assim, que “não sendo, portanto, ‘multa punitiva’, somente poderá ser multa moratória” (inicial, fl. 11).

7. A partir de tais elementos, pleiteia a concessão de tutela liminar, destacando o perigo de dano decorrente da supressão de recursos essenciais à manutenção dos serviços públicos estaduais.

8. Os pedidos estão assim deduzidos:

“a) Liminarmente, seja concedida a ordem judicial determinando a inclusão do montante arrecadado pela União, a título de multa, tal como previsto no art. 8º da Lei nº 13.254/16, na base de cálculo das transferências constitucionais previstas no art. 159, I, da CF/88 (Fundo de Participação dos Estados) (...);

d) Por sentença, seja confirmada a ordem liminar e determinada, em definitivo, a inclusão - na base de cálculo do Fundo de Participação dos Estados - os valores percebidos a título de multa, prevista no art. 8º da Lei nº 13.254/16, em obediência ao disposto nos arts. 159, I e 160 da CF/88, bem como no art. 1º, parágrafo único da LC nº 62/90 (...);

e) A condenação da Ré no pagamento de todos os valores devidos ao Estado de Pernambuco em razão da não inclusão, na base de cálculo do FPE, do montante da multa recolhida com fundamento no art. 8º da Lei nº 13.254/16, observados os critérios e percentuais de rateio previstos na norma de regência (Lei Complementar nº 62/90 – Lei Complementar nº 143/2013);

f) A condenação da União nos ônus usuais de sucumbência processual” (inicial, fl. 14).

9. Por meio da Petição nº 63.015/2016 (doc. 4), o autor reitera a urgência para concessão do provimento antecipatório, ao argumento de que os valores destinados ao Fundo de Participação (incluídos, aqui, os referentes à arrecadação da Lei nº 12.254/16) devem ser creditados no dia dez do corrente mês e ano, nos termos de calendário firmado por meio da Portaria nº 726/2015, e em cumprimento ao artigo 4º da Lei Complementar nº 62/89. Ultrapassado esse prazo, sustenta-se na Petição haver risco de esvaziamento do pedido concernente à obrigação de fazer. Pleiteia, então, subsidiariamente, concessão de tutela provisória de urgência para “*determinar à União que deposite em juízo (...) os valores que seriam devidos aos Estados, como garantia da antecipação do provimento jurisdicional, resguardando-se o resultado útil do feito*” (doc. 5, fl. 3).

11. Os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal, requereram admissão como *amici curiae*, destacando a presença dos requisitos previstos no artigo 138 do Código de Processo Civil, notadamente a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (que são autores de ação semelhante). Reforçam, a seguir, os argumentos expostos pela inicial e reiteram os pedidos deduzidos, inclusive o de acautelamento pelo depósito judicial do montante correspondente aos Estados, se procedente ao final o pedido de mérito.

É o relatório.

Decido.

1. Postergo a análise do pedido de intervenção dos *amici curiae* para momento oportuno, especialmente diante da informação, por eles prestada, de que seriam autores em ações próprias de mesmo objeto.

2. A adoção de um Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) pelo Brasil se insere em contexto mais amplo, referente à realização recente de diversos tratados bilaterais com países usualmente destinatários de recursos financeiros, assim como da iminente adoção, em 2018, de sistema patrocinado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que possibilita troca de informações financeiras de modo eficiente entre países (*Common Reporting Standard*).

3. O incremento da eficiência fiscalizatória dá ensejo ao estabelecimento de normas especiais destinadas à regularização de recursos mantidos no exterior. A Lei nº 13.254/16 possibilita a extinção da punibilidade criminal de vários crimes relacionados (como sonegação fiscal, evasão de divisas, falsidade ideológica, falsificação de documento e operação de câmbio não autorizada), ao permitir que o contribuinte declare o montante possuído em 31.12.2014, a ser considerado acréscimo patrimonial obtido nessa data, sobre o qual incide uma alíquota de 15% de imposto de renda (art. 6º) e uma multa de 100% sobre seu valor (art. 8º). Além das consequências penais, o art. 6º, § 4º, da Lei nº 13.254/16 também prevê consequências tributárias, pois o recolhimento do imposto de renda e da multa proporcionam “*a remissão dos créditos tributários decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias e a redução de 100% (cem por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas e dos encargos legais diretamente relacionados a esses bens e direitos (...)*”, excluindo ainda “*a multa pela não entrega completa e tempestiva da declaração de capitais brasileiros no exterior, (...) as penalidades aplicadas pela Comissão de Valores Imobiliários ou outras entidades regulatórias*” e outras penalidades. Na mesma linha, diz o § 6º do mesmo artigo que “*A opção pelo RERCT dispensa o pagamento de acréscimos moratórios incidentes sobre o imposto de que trata o caput*”.

4. A repartição dos recursos oriundos da exigência da multa do art. 8º, nos mesmos termos previstos para as receitas do imposto de renda, fez parte das discussões legislativas, constando da Redação Final do Projeto de Lei nº 2960-D de 2015. Aprovado o texto, porém, houve veto da Presidência da República ao ponto. A razão desse veto aposto ao § 1º do art. 8º, que na Lei originariamente aprovada previa a divisão desses recursos, está assim consubstanciada:

“Em razão da natureza jurídica da multa devida em decorrência da adesão ao Regime, sua destinação não deve ser necessariamente a mesma conferida à arrecadação do imposto de renda”.

5. Como resultado, o artigo 8º da Lei nº 13.254/16 entrou em vigência com o seguinte teor:

“Art. 8º. Sobre o valor do imposto apurado na forma do art. 6º incidirá multa de 100% (cem por cento).
§ 1º. (VETADO)”.

Nada diz a lei, portanto, sobre a natureza jurídica da multa que impõe; apenas comina a forma de cálculo.

6. A seu turno, estipula o artigo 161, II, da CF:

“Art. 161. Cabe à lei complementar:
(...)

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios” (...);

Com base nesse dispositivo, o Estado peticionante sustenta que a Lei Complementar em questão, LC nº 62/89, prevê:

“Art. 1º. O cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de que tratam as alíneas a e b do inciso I do art. 159 da Constituição, far-se-ão nos termos desta Lei Complementar, consoante o disposto nos incisos II e III do art. 161 da Constituição.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, integrarão a base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos nele referidos, inclusive os extintos por compensação ou dação, os respectivos adicionais, juros e multa moratória, cobrados administrativa ou judicialmente, com a correspondente atualização monetária paga”.

Não parece haver dúvida, diante do preceito transcrito, de que a multa moratória ordinariamente prevista na legislação do imposto de renda faz parte do montante a ser distribuído aos Fundos de Participação, nos termos do art. 159, I, da Constituição. Cinge-se a questão, portanto, em saber se essa multa do art. 8º da Lei nº 13.254/16, cuja natureza não é definida expressamente pela legislação, consiste na multa moratória incidente sobre o atraso no pagamento do imposto de renda, ou a ela se equipara.

7. Há, potencialmente, vários tipos de multa tributária. Assim, a multa moratória é a que incide sobre “*(...) o descumprimento da chamada obrigação principal (não ter pago o tributo ou tê-lo feito a menor ou a destempo)*”, enquanto que as multas isoladas são as que “*apenam o descumprimento das*

obrigações ditas acessórias” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. In: Comentários ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966). Coord.: NASCIMENTO, Carlos Valder. Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 2000, p. 318).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, recentemente se discorreu sobre o tema em precedente relatado pelo Ministro Roberto Barroso (AI nº 727.872 AgR/RS, 1ª Turma, DJe de 18.5.2015), nos seguintes termos:

“11. No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação.

12. Com base nas considerações expostas, constato que o fato de o princípio do não confisco ter um conteúdo aberto permite que se proceda a uma dosimetria quanto a sua incidência em correlação com as diversas espécies de multa. As multas moratórias possuem como aspecto pedagógico o desestímulo ao atraso. As multas punitivas, por sua vez, revelam um caráter mais gravoso, mostrando-se como verdadeiras reprimendas. Não é razoável punir em igual medida o desestímulo e a reprimenda”.

8. A questão é sensível porque. Neste juízo perfunctório, que se realiza apenas para evitar o alegado perecimento de direito diante da invocada premência na repartição ou não dos recursos controversos, aparenta dizer respeito à delimitação de ao menos dois temas de primeira grandeza constitucional: competência para instituir e cobrar o tributo por um lado, e direito à repartição dos valores arrecadados, de outro.

O problema versado a respeito da Lei nº 13.254/16 é, nitidamente, de distribuição de receitas. Os dados fático-jurídicos que servem de substrato à questão indicam que houve a edição de lei específica pelo ente competente (a União), e que certa quantidade de recursos financeiros (cerca de cinquenta bilhões de reais, segundo as notícias de imprensa) foi arrecadada.

9. A discriminação de rendas pelo produto da arrecadação, que se dá na forma de transferências intergovernamentais, permite a seguinte classificação:

“Quanto à natureza, podem ser, de um lado, obrigatórias ou constitucionais e, de outro, discricionárias ou voluntárias. Quanto à forma de transferência, podem ser diretas, ou seja, sem qualquer intermediação, e indiretas, efetuadas por meio de fundos. Por derradeiro, dividem-se, ainda, quanto ao destino, em vinculadas e não vinculadas, conforme a obrigatoriedade da entidade beneficiária de aplica-la ou não a um fim específico” (DI PIETRO, Juliano. Repartição das Receitas Tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri: Manole, 2004, pp. 67-100, p. 71).

O mesmo autor, após analisar individualmente os diversos dispositivos da Constituição Federal que tratam de repartição de receitas, afirma que:

“O art. 159 estabelece transferências intergovernamentais obrigatórias, diretas e indiretas, vinculadas e não-vinculadas, com regulamentação prevista em lei complementar” (Ob. cit., p. 76).

A partir do que deduzido na inicial, é de se afirmar que o interesse dos Estados, baseado especificamente no art. 159, I, da CF, se refere a repasse **obrigatório** (porque derivado de mandamento constitucional), **indireto** (porque realizado meio de Fundo de Participação) e **não-vinculado** (porque a Constituição Federal não determina uma aplicação específica dos recursos).

10. A técnica de repartição de receitas, que consubstancia modalidade de distribuição vertical de rendas, é fator inerente ao federalismo brasileiro, pois é inescapável a constatação

“(…) de que nem todos os Estados-membros e Municípios – os quais se pretendia tornar autônomos – são capazes de produzir em seus lindes riqueza suficiente para dela extrair, sem auxílio externo, matéria tributável em montante compatível às atribuições constitucionais que lhes tenham sido conferidas” (LOBO, Rogério Leite. *Federalismo Fiscal Brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 82).

Um aspecto que se torna fundamental, diante da importância dos repasses entre entes federativos (que nem sempre possuem competências tributárias em necessária correspondência às obrigações de prestação de serviços) é a da “intangibilidade dos recursos”, ou seja, “às regras assecutorias da entrega integral e incondicionada dos montantes às unidades federativas beneficiadas” (LOBO, Rogério Leite. Ob. Cit., p. 153).

11. Nesse sentido se manifestou recentemente este Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em repercussão geral, o RE nº 572.762/SC, Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 05.9.2008, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido”.

Diz o art. 158, IV, para efeitos de comparação: “Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

Nesse precedente, analisou-se caso em que o Estado de Santa Catarina instituiu programa de incentivo fiscal por meio do qual as empresas recolhiam ICMS, mas o Estado devolvia grande parte do tributo a elas, como incentivo produtivo. Portanto, o imposto era recolhido e depois restituído, postergando-se sua arrecadação definitiva para outro período. Como ficou assentado nos votos então proferidos, tal metodologia significava alterar a base de cálculo do ICMS por vias transversas, pois a regulamentação do incentivo fiscal proporcionava um “efeito colateral” sobre o volume da arrecadação, a partir da devolução de certo montante recolhido.

Este STF reconheceu que uma norma, mesmo sem dispor diretamente sobre um tributo, pode alterar sua arrecadação total e, com isso, prejudicar outro ente da Federação. Deu-se por violado o art. 158, IV, da CF, notadamente porque esse dispositivo – como aliás o art. 159, I, que pertine diretamente à atual controvérsia – determina a divisão do “produto da arrecadação”.

Outro caso recente é o RE nº 705.423/SE, que está afetado em repercussão geral, mas ainda não teve julgamento de mérito. A ementa da repercussão geral é a seguinte:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, b e d, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

A controvérsia, neste caso, aborda argumento segundo o qual a concessão de benefícios ou isenções fiscais pelo ente tributante e indiretamente provoca redução do valor arrecadado e, com isso, gera diminuição do repasse aos entes beneficiários da repartição de receitas. Nesse sentido, a pretensão se volta ao entendimento de que os efeitos financeiros desse tipo de decisão tributária, com impacto prático na arrecadação final, deveriam operar apenas sobre a parcela retida pelo ente tributante, enquanto que, para fins de distribuição constitucional, deveria ser considerado o valor que teria sido recolhido, caso a isenção (por exemplo) não existisse.

Pretensão de semelhante natureza – qual seja, referente ao impacto de benefícios e isenções dadas pelo ente tributante sobre os valores arrecadados e posteriormente repartidos – está sendo conduzida no RE nº 705.423/SE, relatado pelo Ministro Edson Fachin, igualmente sob a sistemática da repercussão geral.

Destaco, ainda, voto-vista por mim proferido em 12.3.2015, ao julgar procedente pedido deduzido na ACO nº 758, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Em tal julgamento, ainda não concluído, esta Suprema Corte se debruça sobre pedido de recálculo dos repasses do Fundo de Participação dos Estados – FPE – desde abril de 1999, em virtude das deduções, nos valores recolhidos a título de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, das contribuições do Programa de Integração Nacional – PIN – e do Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste – PROTERRA, com o pagamento das diferenças decorrentes.

Após tecer apanhado histórico desses programas e da evolução legislativa pertinente, consignei cuidarem os arts. 157 a 162 da Constituição Federal de disposições de Direito Financeiro, na medida em que “*regulam a partilha de recursos angariados com a cobrança de tributos, e não a tributação propriamente dita*”, muito embora disso não decorra “*uma separação estanque entre o Direito Tributário e o Direito Financeiro*”, em casos dessa natureza. Firmada a controvérsia, como se verifica, de certo modo, também na presente hipótese, em torno da interpretação do alcance da expressão “*produto da arrecadação*”, concluí, naquela assentada, que “*o princípio federativo, cláusula pétrea do texto constitucional (art. 60, § 4º, I), impõe que se adicione à receita líquida, para fins de determinação do produto da arrecadação a ser partilhado, os incentivos fiscais consistentes na dedução, do próprio imposto a pagar, de valores destinados a órgãos, fundos ou despesas federais, notadamente daqueles que contrastam com a proibição constitucional da vinculação da receita de impostos (art. 167, IV, da CF)*”, pois “*se o legislador não pode vincular a receita de impostos diretamente a órgão, fundo ou despesa, é evidente que não está autorizado a fazê-lo de modo indireto, sobretudo quando a forma eleita para a afetação indireta implica prejuízo a outros entes políticos*”.

12. A discussão, porém, possui aspectos inovadores, diante das circunstâncias especiais em que se encontra proposta. O RERCT é iniciativa pioneira, com contornos jurídicos especiais. Trata-se, a rigor, de uma opção concedida ao contribuinte, descaracterizado o caráter impositivo da incidência de seu regramento, premissa que há de ser considerada com cuidado. Essas constatações indicam, inclusive, a necessidade de oportuna manifestação do Plenário desta Suprema Corte, diante das destacadas peculiaridades com que o tema se apresenta. Em face de tais fatores determinei, na conexa ACO nº 2.931, concomitantemente à citação, a oitiva da ré a respeito da pretensão antecipatória do direito pleiteado. A presente decisão não representa alteração de entendimento a esse respeito. Dá-se, exclusivamente, em razão da alegada premência na distribuição de recursos ao Fundo de Participação dos Estados, a ser realizada nesta data, segundo informações prestadas pelo autor.

Diante do exposto, **defiro, em juízo de mera delibação, o pedido subsidiário** deduzido na Petição nº 63.015/2016 (doc. 4), no sentido de determinar o depósito, em conta judicial à disposição deste juízo, do valor correspondente do Fundo de Participação dos Estados relativo ao autor, incidente sobre a multa a que se refere o art. 8º da Lei nº 13.254/16.

Comunique-se, com urgência, para cumprimento imediato, o teor da presente decisão, cuja cópia deverá ser encaminhada à Advocacia-Geral da União.

Na mesma oportunidade, **CITE-SE** a União para contestar o feito, no prazo de 30 (trinta) dias (artigos 183 e 335 do Novo Código de Processo Civil, c/c art. 247, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de novembro de 2016.

Ministra Rosa Weber
Relatora

**decisão publicada no DJe em 16.11.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

21 a 25 de novembro de 2016

[Medida Provisória nº 752, de 24.11.2016](#) - Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 226, p. 1, em 25.11.2016.

[Lei nº 13.363, de 25.11.2016](#) - Altera a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai. Publicado no DOU, Seção 1, Edição nº 227, p. 1, em 28.11.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES

21 a 25 de novembro de 2016

[Decreto nº 8.908, de 22.11.2016](#) - Promulga o Protocolo Complementar para o Desenvolvimento Conjunto do CBERS - 4A entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China ao Acordo Quadro entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China sobre Cooperação em Aplicações Pacíficas de Ciência e Tecnologia do Espaço Exterior, firmado em Brasília, em 19 de maio de 2015. Publicado no

DOU, Seção 1, Edição nº 224, p. 10, em 23.11.2016.

Informativo 849

SUMÁRIO

Plenário

Compensação judicial de perda financeira e separação de Poderes

Federalismo fiscal e omissão legislativa - 2

PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante

Recebimento de denúncia: existência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito

1ª Turma

Incitação à discriminação religiosa e proselitismo

Busca e apreensão, violação de correspondência e domicílio - 2

Aborto consentido e direitos fundamentais da mulher

2ª Turma

Prova ilícita e desentranhamento de peças processuais

Causa de diminuição da pena e quantidade de droga apreendida

Repercussão Geral

Clipping do DJe

Transcrições

Prefeito municipal - Cônjuge - Candidatura em município desmembrado - A questão da inelegibilidade reflexa - Formações oligárquicas - Inadmissibilidade - Precedentes (ARE 768.043/DF)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Compensação judicial de perda financeira e separação de Poderes

O Plenário julgou improcedente pedido formulado em ação cível originária em que se discutiam os critérios de compensação financeira aos Estados-Membros em razão da perda financeira decorrente da política de exoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações.

No caso, o Estado-Membro requeria a aplicação de determinado coeficiente sobre o valor liberado pela União para compensar as perdas arrecadatórias com a desoneração das exportações resultantes da Lei Complementar (LC) 87/1996.

O Colegiado ponderou que a desoneração tributária das operações de exportação, fator influente na receita dos Estados-Membros, foi inicialmente compensada pelos mecanismos erigidos pela LC 87/1996. O dispositivo, que trata do ICMS, institui um fundo para compensação das perdas dos Estados-Membros em razão das inovações isentivas. No entanto, sua redação foi alterada pela LC 102/2000 e pela LC 115/2002.

O interregno entre a LC 87/1996 e a LC 115/2002 recebeu tratamento transitório. A transferência de recursos a título de compensação realizava-se nos termos do Anexo da LC 87/1996, que implementou uma espécie de “seguro garantia” ou “seguro receita”, no qual a compensação financeira a ser efetuada pela União tinha, em sua base de cálculo, relação direta com o montante que seria recebido pelos Estados-Membros a título de ICMS nas operações de exportação.

A seu turno, a LC 102/2000, ao alterar a LC 87/1996, manteve a forma de cálculo com base nas perdas decorrentes da desoneração das exportações. A seguir, a LC 115/2002 inaugurou novo sistema, segundo o qual o montante a ser repassado pela União aos Estados-Membros passou a ser determinado com base em fatores políticos, definidos na Lei Orçamentária da União, após aprovação pelo Congresso Nacional, substituindo o “seguro garantia”.

Finalmente, a Emenda Constitucional 42/2003, fundada na mesma razão de ser, constitucionalizou a obrigação dos repasses devidos pela União aos Estados-Membros em decorrência da desoneração das exportações (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 semi-elaborados, 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”).

Assim, a regulamentação definitiva da matéria foi atribuída a uma nova 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. A referida emenda, em dispositivo próprio, prevê que, até a edição da nova lei complementar, devem ser adotados para o repasse os critérios estabelecidos no Anexo da LC 87/1996, com a redação da LC 115/2002. Portanto, o próprio texto constitucional transitório já previu a solução a ser adotada até a vinda da nova lei complementar. Dessa forma, não há qualquer espaço para o Poder Judiciário alterar disposição constitucional já existente sobre o tema.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não pode atuar “contra legem”, impossibilitando a alteração do índice de repasse do montante devido pela União. Tal atitude equivaleria a uma inovação no ordenamento jurídico contra o direito posto, violando a cláusula da separação dos Poderes.

ACO 1044/MT, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 30.11.2016. (ACO-1044)

Federalismo fiscal e omissão legislativa - 2

O Plenário, em conclusão, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada lacuna legislativa, no tocante à edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 (“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 semi-elaborados, 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’”) — v. Informativo 848. O Colegiado declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar a aludida lei complementar. Fixou, por maioria, o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão. No ponto, ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que não determinava prazo.

O Tribunal estabeleceu, também por decisão majoritária, que, na hipótese de o mencionado prazo transcorrer “in albis”, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados-Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Determinou, ainda, que se comunique ao TCU, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários ao cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montantes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União. Vencidos, no particular, os ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que não subscreviam as determinações dirigidas ao TCU.

O Colegiado considerou atendidos os requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática. Afinal, nos termos da jurisprudência da Corte, é necessário haver pertinência entre o objeto da ação e a defesa do interesse em causa. No caso dos governadores, a legitimidade está condicionada à repercussão do ato normativo impugnado nas atividades de interesse dos Estados-Membros, como na hipótese em debate.

No mérito, entendeu que o tema envolve autonomia financeira e partilha de recursos tributários. Embora o texto original da Constituição tivesse promovido esforços para descentralizar as receitas, a União, por meio das contribuições (cuja receita não é compartilhada com os demais entes), conseguiu reverter o quadro de partilha, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados. A partir do Plano Real, houve incremento da participação das receitas de contribuições no total de receitas correntes da União, sem o respectivo incremento na participação das receitas tributárias. Assim, se, por um lado, o constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos, por outro, deixou nas mãos da União, livres de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais.

Nesse contexto, a edição da Emenda Constitucional 42/2003 traduziu um esforço de desoneração de exportações, com impacto nas finanças estaduais. Por consequência, elevou ao plano constitucional tanto a tentativa de desoneração da Lei Complementar 87/1996 quanto a obrigatoriedade de repasses mensais a cargo da União. Além disso, as exportações brasileiras foram completamente removidas do campo de incidência do ICMS. Criou-se, portanto, uma imunidade constitucional, em prejuízo de uma fonte de receita pública estadual.

Se, por um lado, a modificação prestigia e incentiva as exportações em prol de toda a Federação, por outro, traz consequências severas sobretudo para quem se dedica à exportação de produtos primários. Por isso, para compensar a perda de arrecadação imposta pela Emenda Constitucional 42/2003, estabeleceu-se, no art. 91 do ADCT, uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Esse mecanismo, em

tese, poderia representar importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela Emenda Constitucional 42/2003 nas contas estaduais. Entretanto, a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT nunca foi editada e, até hoje, a regra do § 3º deste dispositivo continua sendo aplicada.

A Corte ainda assinalou que existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do ADCT, e uma omissão legislativa que perdura por mais de dez anos. Isso traz consequências econômicas relevantes, sobretudo em relação a determinados Estados-Membros. Além disso, embora falte a lei complementar exigida pela Constituição, a legislação em vigor traz critérios provisórios para os repasses. Isso, entretanto, não basta para afastar a omissão em debate. Ao contrário, o sentido de provisoriedade do § 2º do art. 91 do ADCT só confirma a lacuna legislativa e não tem o condão de convalidá-la. Está, portanto, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão de mora do Poder Legislativo.

Diante disso, considerou necessário adotar solução no sentido de, decorrido “in albis” o prazo de doze meses estipulado para que o Legislativo saneie a omissão, caber ao TCU, enquanto não sobrevier lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos. Quanto à repartição entre os diversos entes federados, propôs ser feita nas condições estabelecidas pelo Confaz, de modo que a distribuição de recursos leve em conta o ICMS desonerado nas exportações de produtos primários e semielaborados e os créditos de ICMS decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente.

Por fim, explicou que o TCU é a instituição mais adequada para cumprir temporariamente essa incumbência (CF, art. 161, parágrafo único). Ademais, é o órgão escolhido pelo legislador para o cálculo da participação de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da CF. Caberá, assim, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal proceder na forma do § 4º do art. 91 do ADCT, de modo a apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, da CF, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior, a fim de subsidiar o TCU na fixação do montante a ser transferido, bem como das quotas a que terão direito os entes federados. Advindo a lei complementar, cessa a competência da Corte de Contas, conferida de forma precária e excepcional.

ADO 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30.11.2016. (ADO-25)

PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante

O Tribunal, por maioria, rejeitou proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”).

Para o proponente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o procedimento de edição da referida súmula vinculante não teria observado os pressupostos estabelecidos pela Constituição Federal (CF), entre os quais a exigência de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria. Além dos vícios formais de inconstitucionalidade, alegava que a Súmula Vinculante 5 afrontaria materialmente o conteúdo normativo axiológico da CF por contrariar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Em vista disso, postulava-se seu cancelamento.

Prevaleceu o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, no que acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Ao rejeitar a proposta, asseverou que o CFOAB buscou refutar cada um dos fundamentos que serviram de base para o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF (DJe de 12.9.2008). Rememorou que, no referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, concluiu que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a CF. Observou, também, que, durante as discussões em plenário, não se proibiu a participação dos advogados nos processos administrativos disciplinares. Pelo contrário, determinou-se que a Administração Pública viabilizasse a presença de advogado nesses procedimentos administrativos, bem como cientificasse os servidores públicos acerca da possibilidade de contratação desse profissional para sua defesa.

Para o ministro, mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo do verbete não propicia a reabertura das discussões sobre tema já debatido à exaustão pelo STF. Ademais, para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, é necessário que seja evidenciada a superação da jurisprudência da Corte no trato da matéria, e que haja alteração legislativa quanto ao tema ou modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Por fim, pontuou que o CFOAB não demonstrou a presença dos pressupostos de admissibilidade e não se desincumbiu da exigência constitucional de apresentar decisões reiteradas do STF que demonstrem a necessidade de alteração ou cancelamento da Súmula Vinculante 5. Tal circunstância impossibilita a análise da presente proposta.

Para o ministro Roberto Barroso, há certa hesitação em equiparar plenamente o processo judicial ao processo administrativo, entre outras razões, pela possibilidade de revisão judicial deste último. Sob certos aspectos, no entanto, entendeu que o direito disciplinar sancionatório deve observar cautelas inerentes ao processo penal.

Consignou que os precedentes relativos ao cometimento de falta grave no âmbito do sistema penitenciário não demonstram ter havido mudança da jurisprudência da Corte acerca da aplicação da Súmula Vinculante 5. Esta se refere ao típico processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública e não propriamente no de infrações cometidas no sistema penitenciário. Afirmou não ter havido mudança substancial na legislação, na jurisprudência ou na percepção da

sociedade, a justificar a revisão ou o cancelamento da Súmula Vinculante 5. De acordo com o ministro, a súmula vinculante deve ter certo grau de estabilidade, a qual apenas deve ser removida por fatos suficientemente relevantes, não observados na espécie.

Para o ministro Teori Zavascki, a edição de uma súmula vinculante, inclusive para se dar autoridade a ela, precisa atender aos requisitos apresentados na CF. Esse mesmo cuidado deve ser observado em caso de revisão, modificação ou cancelamento de súmulas, sob pena de se negar autoridade e se transformar o verbete vinculante num precedente qualquer, eliminando sua função no sistema, principalmente a de dar estabilidade e segurança às decisões da Corte.

Entendeu que, após a edição da Súmula Vinculante 5, não houve alteração da jurisprudência STF sobre a matéria, de modo a não haver motivo para o cancelamento do verbete.

Salientou que a referida súmula vinculante não eliminou o direito de defesa por advogado no âmbito dos processos administrativos disciplinares. Nela consta apenas que a presença desse profissional não é obrigatória em tais procedimentos.

Ressaltou que, caso se reconheça que a Súmula Vinculante 5 viola a Constituição, também deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que, em processo judicial, dispensam a presença de advogado (nos processos trabalhistas, nos juizados de pequenas causas, nos juizados especiais federais, etc.).

Assentou que os processos administrativos estão sujeitos a ampla revisão no âmbito jurisdicional, no qual haverá a defesa técnica necessária. Concluiu que o cancelamento da súmula restauraria situação de insegurança total, pois se devolveria à jurisdição normal uma discussão que a súmula buscou eliminar.

Vencidos os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia (Presidente), que acolhiam a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5.

O ministro Marco Aurélio observava, inicialmente, que sua edição implicou a superação da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”) e que a referida proposta de cancelamento foi ajuizada pelo CFOAB dois meses e seis dias após a edição do verbete vinculante.

Ponderava que deveria haver um cuidado maior na observância da norma constitucional que vincula a edição de verbetes vinculantes a reiterados pronunciamentos do Tribunal. Afirmava que a edição da Súmula Vinculante 5 foi motivada pelo que decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF (DJe de 12.9.2008) e do Mandado de Segurança 24.961/DF (DJU de 1.4.2004), o qual, aliás, versou sobre tema que nada tinha a ver com processo administrativo disciplinar.

Consignou, ademais, que, tanto quanto possível, deve ser garantida a participação de alguém que domine a ciência do Direito, ao menos para que o processo administrativo não seja simplesmente inquisitorial.

O ministro Edson Fachin, preliminarmente, afastava qualquer objeção quanto ao conhecimento do pleito. Observava que, no julgamento das Propostas de Súmulas Vinculantes 13 e 54, as quais tinham por objeto o cancelamento e a revisão das Súmulas Vinculantes 11 e 25, a Corte assentou que, para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, seria necessário evidenciar a superação da jurisprudência do STF no trato da matéria, a alteração legislativa quanto ao tema ou, ainda, a modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Ponderava que, embora haja diversos precedentes da Corte no sentido da aplicação da Súmula Vinculante 5, o STF tem afastado a incidência do verbete para apurar infrações disciplinares no âmbito de execução penal. Tais precedentes abriram espaço para debate, rediscussão e eventual cancelamento da súmula.

Quanto ao mérito, entendia que o ajuste da jurisprudência parece ter acompanhado o alcance dado — sobretudo pelas organizações internacionais de direitos humanos — aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O ministro ressaltava, ainda, que a experiência do direito comparado tem estendido aos procedimentos disciplinares penitenciários as mesmas garantias do processo penal e que há na jurisprudência comparada e na doutrina brasileira uma tendência de aproximação entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal. Ponderava que, não raro, as sanções de caráter administrativo assumem características muito próximas às sanções penais. Essa proximidade se dá pelo menos à luz de três critérios pelos quais as garantias penais devem ser estendidas aos acusados administrativos: a) a qualificação dada aos fatos pelo direito interno; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade da sanção aplicável ao acusado.

Para ele, a riqueza da casuística coletada da experiência internacional está a revelar grande espaço de conformação do chamado direito à assistência legal aos procedimentos disciplinares e ao direito administrativo sancionatório.

Destacava que as súmulas vinculantes acabam por colocar um selo jurídico em conquistas hermenêuticas, logo é preciso ter cautela a fim de evitar que o enunciado sumulado se torne autônomo. É certo que a adequada interpretação da súmula vinculante sempre depende dos casos que lhe deram origem e que, particularmente quanto à Súmula Vinculante 5, o principal precedente utilizado foi o Recurso Extraordinário 434.059/DF. Na oportunidade, o Tribunal definiu o direito à defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF, como o direito de informação, de manifestação e de ver os argumentos do interessado considerados. A referida decisão mostrou-se adequada àquele caso, da mesma forma que essa orientação, posteriormente sedimentada no verbete sumulado, serviu como razão de decidir em diversos outros julgados desta Corte. Sendo assim, não há

falar em correção da solução adotada relativamente aos casos em que foi empregada. No entanto, as exceções reconhecidas e, assim, o alcance possível de ser atribuído ao direito de ampla defesa, à luz do indicado na jurisprudência comparada, permite compreender que o verbete sumular pode, de fato, prejudicar eventual aperfeiçoamento da compreensão do Tribunal sobre a matéria.

Ressaltava, ademais, que o elástico do alcance do direito de defesa tem respaldo no próprio texto constitucional (arts. 5º, LV, e 133 da CF).

Consignava que a Lei 9.784/1999 prevê, em seu art. 3º, IV, o direito a fazer-se assistir facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei. O mencionado dispositivo legal reconheceu ao legislador espaço para conformação de situações em que a presença de advogado poderia ser considerada obrigatória. Além disso, não existe vedação constitucional ao reconhecimento do direito à assistência legal obrigatória no processo administrativo disciplinar.

Concluía que, na espacialidade que se abre com o cancelamento da Súmula Vinculante 5, haveria a possibilidade de casuística de graduação sem ofensa a direitos fundamentais nem violação das prerrogativas da administração. Nesses termos, a súmula deve contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integralidade do direito e a institucionalização de uma tradição. Por essa razão, em vista de um espaço ainda não sedimentado de conformação de um direito fundamental, o debate acerca do alcance do direito à assistência legal deve ser possível nas vias ordinárias, motivo por que a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 deveria ser acolhida.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, afirmava que a expressão “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, contida na Constituição (art. 5º, LV), significa que, toda vez que puder haver invasão na esfera jurídica de um acusado, ele tem de ter assegurado o contraditório e a ampla defesa. Ressaltou, ademais, que o art. 156 da Lei 8.112/1991 contém norma expressa em sentido semelhante (“É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”).

Asseverava que, seja no âmbito administrativo ou no âmbito judicial, é preciso observar essas garantias às quais a CF se refere, pois hoje a hermenêutica constitucional reclama que haja uma máxima efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Lembrava que a Súmula 343 do STJ foi editada com fundamento no entendimento de que a “presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar mesmo da garantia constitucional do direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas acusados num sentido geral”.

O ministro Celso de Mello ponderava que a observância dos direitos e garantias assegurados pela CF traduz fator de legitimação da atividade estatal, ainda mais quando o poder do Estado objetiva a imposição de sanção de natureza disciplinar a seus agentes e servidores.

Enfatizava que, nos procedimentos administrativos, a Administração Pública não pode transgredir postulados básicos, notadamente a garantia do “due process”, que representam prerrogativa indisponível de índole constitucional, assegurada à generalidade das pessoas e não apenas aos agentes e servidores públicos. Mesmo em se tratando de procedimento administrativo, ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o devido processo legal, sobretudo naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo — inclusive o servidor —, de outro.

Citava a jurisprudência da Corte, que se fixou no sentido de assistir ao interessado — no caso servidor público, mesmo em procedimentos de índole administrativa, inclusive naqueles de caráter eminentemente disciplinar, nos quais a Administração Pública exerce típica jurisdição censória —, como direta emanção da própria garantia fundamental do “due process”, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República (art. 5º, LIV e LV).

Destacava que o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral. O advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e na defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais. Concluía, dessa forma, que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar ofende a CF.

A ministra Cármen Lúcia ponderava que a redação da Súmula Vinculante 5 leva à interpretação equivocada de que toda e qualquer falta de defesa técnica não ofende a Constituição, o que muitas vezes pode de fato ocorrer.

PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016. (PSV-58)

Recebimento de denúncia: existência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito

O Plenário, por maioria, recebeu parcialmente denúncia oferecida em face de senador por suposta prática de crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal (CP).

De acordo com a acusação, o senador, no período de janeiro a julho de 2005, teria desviado recursos públicos da chamada verba indenizatória (destinada a despesas relacionadas ao exercício do mandato parlamentar), para pagar pensão alimentícia à filha. A denúncia ainda imputava ao senador a suposta prática dos crimes de falsidade ideológica e de uso de documento falso, previstos nos arts. 299 e 304 do CP, respectivamente. Conforme narrado na peça acusatória, ele teria inserido e feito inserir, em documentos públicos e particulares, informações diversas das que deveriam ser escritas, com o propósito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (sua capacidade financeira para custear despesas da referida pensão). Esses documentos teriam sido utilizados pelo senador para subsidiar sua defesa nos autos de uma Representação do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal.

Ainda segundo a denúncia, o parlamentar, ao prestar contas dos valores recebidos a título de verba indenizatória, apresentou notas fiscais emitidas em seu nome por empresa locadora de veículos. Entretanto, os valores referentes à contraprestação real da locação de veículos não foram encontrados na análise de extratos bancários. Além disso, havia incongruência nos dados constantes em notas fiscais de produtor rural, Guias de Trânsito Animal (GTAs), declarações de vacinações contra febre aftosa e declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), relativos ao número de animais vendidos e os efetivamente transportados.

A defesa, por sua vez, alegava capacidade financeira do acusado, tendo em conta os seus subsídios como senador e os ganhos percebidos como pecuarista.

Diante do exposto, o Tribunal declarou a extinção da punibilidade ante a incidência da prescrição, quanto aos crimes de falsidade ideológica e de uso de documento falso, no que se referia aos documentos particulares (notas fiscais de produtor, recibos de compra e venda de gado, declarações de IRPF, contrato de mútuo e livros-caixa de atividade rural). Reconheceu, por maioria, que as notas fiscais e os livros-caixa seriam documentos privados, pois só poderiam ser considerados públicos aqueles em cuja elaboração, de alguma forma, houvesse a participação de funcionários públicos e aqueles expressamente equiparados em lei. A Corte observou, também, que, embora a emissão das notas fiscais fosse autorizada, regulamentada e padronizada por critérios definidos por entes públicos encarregados da arrecadação tributária, a confecção desses documentos estaria integralmente a cargo do particular, ou seja, não haveria a participação de funcionário público antes ou durante a sua confecção.

Quanto aos livros-caixa, o Plenário entendeu não incidir o disposto no art. 297, § 2º, do CP. Aduziu não ter sido demonstrado que o acusado tivesse sua atividade rural na forma estabelecida pelo art. 971 do Código Civil (CC). Salientou que a atividade rural só está sujeita ao regime jurídico empresarial (hipótese em que se poderia falar em livros mercantis) quando o produtor expressamente organiza seus negócios dessa maneira, compreensão sintetizada pelo Enunciado 202 do Centro de Estudos da Justiça Federal (“O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-se ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção”). Assim, dada a vedação de analogia “in malam partem” no âmbito do direito penal, o art. 297, § 2º, do CP, ao equiparar os livros mercantis aos documentos públicos para fins penais, não pode ser estendido ao ponto de se tomar por público um livro-caixa não mercantil.

O Colegiado, por maioria, também rejeitou a denúncia, por inépcia, quanto aos crimes de falsidade ideológica e de uso de documento falso, relativamente aos documentos públicos (GTAs e declarações de vacinação contra febre aftosa). Entendeu não haver sido observado o art. 41 do Código de Processo Penal (CPP), que exige a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

Asseverou que as conclusões dos peritos que subsidiaram a denúncia decorrem do confronto de informações conflitantes em dois conjuntos de documentos, ou seja, GTAs em confronto com notas fiscais e declarações de vacinações, ou ainda, com a declaração de IRPF. Tal confronto não permite, à evidência, cumprir com o disposto no citado dispositivo do CPP. A inverdade emergente do documento ideologicamente falso é intrínseca ao próprio documento. Logo, para imputar a falsidade ideológica de uma dada GTA, cabe ao Ministério Público demonstrar e apontar na denúncia informação específica do documento em desacordo com a verdade, não bastando a afirmação de estar em desacordo com outros documentos.

Vencidos, quanto a essa questão, os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio, que recebiam a denúncia por considerarem-na uma narrativa clara e compreensível dos fatos, de modo a permitir a ampla defesa do acusado, e capaz de fornecer elementos suficientes da existência de indícios.

Para o ministro Roberto Barroso, a acusação teria demonstrado, de forma inequívoca, a manifesta incongruência entre os dois conjuntos de documentos, a revelar que provavelmente um dos dois seria ideologicamente falso, ou pelo menos haveria indícios de uma falsidade, mas os livros-caixa, dos quais se poderiam colher os registros para desfazer a confusão, também não teriam sido escriturados adequadamente. Portanto, estaria caracterizada uma situação não de inépcia, mas de necessária produção posterior de provas, para mais esclarecimentos. Concluía que, para não se receber uma denúncia, seria preciso haver o convencimento da não existência de plausibilidade na imputação de falsidade ideológica em um dos dois documentos, o que não ocorreria no caso concreto. Por fim, os ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio ainda atribuíam às notas fiscais de produtor rural e aos livros-caixa a natureza de documento público.

No tocante ao crime de peculato, o Plenário entendeu estarem presentes indícios de autoria e materialidade

minimamente suficientes ao recebimento da peça acusatória. Evidenciou a existência de relação próxima entre o acusado e um dos sócios da empresa locadora de veículos, contra o qual já haveria indícios de ser intermediário do acusado na aquisição de empresas de comunicação. Além disso, teria sido celebrado um contrato de mútuo fictício entre o acusado e a empresa locadora com fins de comprovar, perante o Conselho de Ética do Senado Federal, sua capacidade financeira para pagar a pensão alimentícia. A despeito de reconhecida a prescrição quanto ao delito de falsidade ideológica do contrato em questão, a constatação de sua suposta realização, sem que o acusado, suposto mutuante, o tivesse declarado ao Fisco nem a empresa registrado qualquer valor a título de remuneração do capital emprestado, consiste em indício dessa relação de estranha proximidade entre o acusado e os sócios da empresa locadora de veículos.

Ademais, considerou-se o fato de o acusado, ao prestar contas dos valores recebidos a título de verba indenizatória, ter apresentado notas fiscais emitidas em seu nome pela aludida empresa, as quais se destinavam ao aluguel de veículos. Entretanto, mediante análise dos extratos bancários, tanto da referida empresa quanto do próprio acusado, não foram encontrados os lançamentos correspondentes ao efetivo pagamento dos valores constantes das notas fiscais.

Relativamente à alegação da defesa no sentido de os pagamentos de locação terem sido realizados em espécie, a Corte, de início, mencionou o fato de se tratar de vultosa quantia. Ponderou que, apesar de inexistir vedação quanto ao adimplemento de compromissos em dinheiro, a opção pela realização de pagamentos por serviços mensais em espécie, ainda mais quando dotados de certa regularidade, é elemento de convicção que, aliado a outros indícios, não pode ser desprezado. Atentou para o fato de mais da metade do valor total da verba indenizatória para cobrir despesas com o exercício do mandato parlamentar ser justamente direcionada ao pagamento de aluguel de veículos, em localidade diversa de onde o acusado exercia seu mandato, ainda que em sua base eleitoral.

Vencidos, quanto a esse ponto, os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que não recebiam a denúncia por reputá-la inepta.

O ministro Dias Toffoli frisava que o fato de não terem sido encontrados lançamentos de débitos e créditos nos extratos bancários não constituiria indício suficiente da inexistência da prestação do serviço, ou seja, não haveria nexo de causalidade entre um dado e outro. Ademais, a empresa locadora teria emitido as notas fiscais relativas à prestação de serviço, cuja regularidade se presumiria, não havendo uma impugnação contra elas. Sequer teria sido aprofundada a investigação a fim de se coligirem elementos idôneos que indicassem que os serviços não teriam sido prestados.

Acrescentava que a insuficiência narrativa da denúncia também poderia ser vista sob o ângulo da falta da justa causa, desde já, para a ação penal. Afinal, a imputação de peculato, na forma como deduzida, constituiria mera conjectura da acusação.

O ministro Ricardo Lewandowski salientava que, no caso, tendo em conta a fragilidade dos indícios, seria preciso respeitar o “in dubio pro reo”.

Inq 2593/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 1º.12.2016. (Inq-2593)

PRIMEIRA TURMA

Incitação à discriminação religiosa e proselitismo

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” para trancar ação penal em que se imputa ao recorrente a suposta prática de crime de racismo, por meio de incitação à discriminação religiosa (Lei 7.716/1989, art. 20, § 2º). No caso, sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana publicou livro no qual, segundo a acusação, explicitou conteúdo discriminatório a atingir a doutrina espírita.

O Colegiado equacionou que, em um cenário permeado por dogmas com fundamentos emocionais, os indivíduos tendem a crer que professam sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor, e essa certeza contém intrínseca hierarquização. Nesse ambiente, é necessário avaliar a observância dos limites do exercício das liberdades constitucionais. Por sua vez, não cabe ao Judiciário censurar manifestações de pensamento. Assim, eventual infelicidade de declarações e explicitações escapa do espectro de atuação estatal.

Ponderou que a liberdade religiosa possui expressa proteção constitucional (CF, art. 5º, VI e VIII) e abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Além disso, alcança a escolha de convicções, de optar por determinada religião ou por nenhuma delas, de empreender proselitismo e de explicitar atos próprios de religiosidade.

Assim, a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, em vez de liberdade, haveria mera indiferença religiosa.

Por outro lado, a liberdade religiosa não ostenta caráter absoluto e deve ser exercitada de acordo com a delimitação constitucional, segundo o princípio da convivência das liberdades públicas. Nessa perspectiva, o repúdio ao racismo figura como um dos princípios que regem o País em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII). Ademais, o tipo penal em debate

decorre de mandamento de criminalização expresso no art. 5º, XLII, da CF. No caso, cumpre perquirir se as opiniões explicitadas pelo recorrente estão em conformidade com a Constituição ou se desbordam dos limites do exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas.

A Turma assinalou que a característica plural da Constituição impõe que determinados interesses, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos. É necessário que as posições divergentes sejam mutuamente respeitadas, reclamando-se tolerância em relação ao diferente.

Por sua vez, os limites de discursos religiosos não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo em questão, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional. A mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que a não religiosa. Sob esse aspecto, diversas religiões ostentam caráter universalista, ou seja, almejam converter o maior número possível de pessoas. Em especial, o catolicismo e o cristianismo perseguem esse objetivo. Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões universalistas configura ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa.

O proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. O indivíduo que busca a conversão de outrem geralmente o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem.

Esse proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Essa ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria excessiva restrição às liberdades constitucionais.

Assim, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. A desigualação desemboca em discriminação na hipótese em que ultrapassa, de forma cumulativa, três etapas. A primeira delas relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos. Na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização. Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações quanto à mais adequada entre elas é da essencialidade da liberdade de expressão religiosa. Por fim, a terceira fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo considerado inferior.

Desse modo, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita, em tese, à censura penal. Necessário, portanto, precisar o sentido de exploração e eliminação, que se relaciona à avaliação de que o suposto superior tem o dever e, ao mesmo tempo, a prerrogativa de subjugar o indivíduo considerado inferior.

Por sua vez, nas hipóteses em que se reconhece caber ao pretense superior a prestação de auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença somente das primeiras etapas, de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a merecer reprimenda penal. O discurso proselitista, nessas hipóteses, associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras crenças não se qualifica intrinsecamente como discriminatório.

Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. No contexto religioso, a tentativa de convencimento pela fé, sem contornos de violência ou desrespeito à dignidade humana, está dentro das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou de perseguição aptos a macular a dignidade humana.

No caso concreto, a publicação escrita pelo recorrente, sacerdote católico, dedica-se à pregação da fé católica, e suas explicitações detêm público específico. Não se pode depreender a intenção de proferir ofensas às pessoas que seguem a doutrina espírita, mas sim de orientar a população católica da incompatibilidade verificada, segundo sua visão, entre o catolicismo e o espiritismo.

Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, não há intenção de que os fiéis católicos procedam à escravização, exploração ou eliminação dos adeptos do espiritismo. A vinculação operada entre o espiritismo e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo recorrente. Não se trata de tentativa de subjugação dos adeptos do espiritismo, portanto.

Assim, a explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz, por si, o elemento típico. É indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto resgate ou salvação, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa, e

não preenche o âmbito proibitivo da norma.

Vencido o ministro Luiz Fux, que não trancava a ação penal por entender não haver elementos suficientes para tanto.
RHC 134682/BA, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016. (RHC-134682)

Busca e apreensão, violação de correspondência e domicílio - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu recurso ordinário em “habeas corpus” em que se discutia a validade de atos realizados durante investigação pela suposta prática de falsidade documental — v. Informativo 834.

No caso, procurador do Ministério Público do Trabalho teria forjado a assinatura da procuradora-chefe, em promoção formulada por si próprio. O relator do inquérito havia deferido diligência requerida pelo “Parquet” apenas em relação ao equipamento usado pelo indiciado, com a finalidade de averiguar se a promoção fora lá elaborada. Porém, ao cumprir o mandado, o procurador-chefe substituto também havia autorizado a arrecadação do computador do gabinete da chefia da Procuradoria Regional. A defesa insurgia-se contra a apreensão desse equipamento, por transbordar os limites do mandado, bem assim contra a impossibilidade de indicar assistente técnico e de formular quesitos nessa fase inquisitorial. Além disso, sustentava que se teria procedido à análise do equipamento utilizado pelo recorrente de forma indevida, porque verificada sua correspondência eletrônica lá armazenada, em violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

O Colegiado entendeu que, na hipótese, o fato de ter havido a entrega espontânea dos computadores traduz peculiaridade. Além disso, não cabe falar em violação ao direito à intimidade, por se tratar de material disponibilizado, inclusive, para o serviço público.

Ademais, no que diz respeito à suposta violação do sigilo de correspondência eletrônica, não houve quebra da troca de dados, mas sim acesso aos dados registrados nos computadores.

Sublinhou, também, no tocante ao cerceamento de defesa por indeferimento de diligência no curso da investigação, não ser o momento próprio para invocar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Lembrou, inclusive, que a denúncia já havia sido recebida.

Enfatizou, ainda, que uma vez entregue o computador que não constava da ordem de busca e apreensão, a perícia nessa máquina foi sustada. Depois de reapreciada a decisão, foi deferido o exame do elemento de prova. Assim, no caso, não houve a produção de prova ilícita para, posteriormente, decidir-se sobre sua admissão. A prova apenas foi produzida depois de decidido sobre a licitude da colheita do equipamento.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), acompanhado pela ministra Rosa Weber, que provia parcialmente o recurso para anular a apreensão e a perícia feitas em computador diverso do usado pelo recorrente. Determinava, também, o desentranhamento do processo. Além disso, reconhecia a validade da perícia realizada no equipamento utilizado pelo acusado e assentava inexistir, no inquérito, direito da defesa à indicação de assistente técnico e à formulação de quesitos.

RHC 132062/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016. (RHC-123062)

Aborto consentido e direitos fundamentais da mulher

A Primeira Turma, por maioria, não conheceu de “habeas corpus”, por entendê-lo incabível na espécie. Porém, concedeu a ordem de ofício em favor de pacientes presos cautelarmente em razão do suposto cometimento dos crimes descritos nos arts. 126 e 288 do Código Penal (CP) (aborto consentido e formação de quadrilha), para afastar a custódia preventiva.

Assentou não estarem presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar (Código de Processo Penal, art. 312). Afinal, os pacientes são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

Reputou ser preciso conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 124 a 126 do CP, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem.

HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29.11.2016. (HC-124306)

SEGUNDA TURMA

Prova ilícita e desentranhamento de peças processuais

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pretendia o desentranhamento de peças processuais que fizessem referência a prova pericial obtida de forma ilícita.

No caso, o paciente foi pronunciado pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, IV (por duas vezes), combinado

com o art. 70 do Código Penal (CP) e com os arts. 306 e 307, “caput”, do Código de Trânsito Brasileiro, aplicando-se a regra do art. 69 do CP. Diante da ilicitude do exame pericial de alcoolemia realizado no sangue do paciente, o tribunal de origem determinou fossem riscadas quaisquer referências aos resultados do exame na denúncia, na pronúncia e no acórdão embargado.

Os impetrantes alegavam que o tribunal de origem, ao reconhecer que a prova havia sido obtida por meios ilícitos, também deveria ter declarado a ilicitude e determinado o desentranhamento das peças processuais que se reportavam ao exame de alcoolemia (denúncia, sentença de pronúncia e acórdão do recurso em sentido estrito), nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP). Tal atitude evitaria que esses elementos influenciassem no convencimento dos juízes leigos do Tribunal do Júri.

A Turma, inicialmente, indeferiu o pedido de suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri até a preclusão da pronúncia. Isso ocorreu em razão da existência de “habeas corpus” impetrado em favor do paciente e afetado ao Plenário (HC 132.512).

Quanto ao pedido de exclusão das peças processuais, assentou que a denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime. Por isso, em princípio, estão fora da regra constitucional que determina a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF/1988).

Asseverou, ademais, que o art. 157 do CPP, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, não prevê a exclusão de peças processuais que a elas façam referência. Entendeu, ainda, que o tribunal de origem acolheu interpretação teleológica favorável à defesa, ao determinar que as referências ao resultado do exame fossem riscadas das peças processuais.

Ponderou que as limitações ao debate em plenário, mencionadas nos arts. 478 e 479 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008, são pontuais e vêm recebendo interpretação restritiva pela Corte, bem como que a exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate. Em suma, a exclusão de peça que faça menções à realização da prova e ao debate quanto à validade da prova não é uma consequência óbvia da exclusão da prova.

Ressaltou, por fim, que não se aplica ao caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o envelopamento como alternativa à desconstituição da pronúncia por excesso de linguagem. Isso porque os jurados recebem cópia da peça processual relativa à pronúncia e têm a prerrogativa de acessar a integralidade dos autos (arts. 472, parágrafo único; e 480, § 3º, do CPP). Logo, seria incompatível com o rito que a decisão de pronúncia fosse uma peça oculta (HC 123.311/PR, DJe de 14.4.2015; e RHC 122.909/SE, DJe de 9.12.2014).

RHC 137368/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.11.2016. (RHC-137368)

Causa de diminuição da pena e quantidade de droga apreendida

A Segunda Turma concedeu em parte a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia a incidência da causa especial de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a consequente modificação do regime inicial de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi condenado à pena de três anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, “caput”, da Lei 11.343/2006.

A impetração sustentava que a quantidade e a natureza da droga apreendida não poderiam afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Aduzia que a redução da pena passaria a ser direito subjetivo do acusado, uma vez preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (entre os quais não estão contempladas a quantidade ou a qualidade do entorpecente).

O Colegiado verificou que, embora o juízo de 1º grau tenha reconhecido a presença de todos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa), a quantidade de entorpecente foi o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por essa razão, entendeu, em conformidade com precedentes da Turma, que a quantidade de drogas não constitui isoladamente fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena.

HC 138138/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 29.11.2016. (HC-138138)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	30.11.2016	1º.12.2016	6	146
1ª Turma	29.11.2016	—	54	62
2ª Turma	29.11.2016	—	20	170

* *Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 25 de novembro a 1º de dezembro de 2016.*

REPERCUSSÃO GERAL

DJe de 28 de novembro a 2 de dezembro de 2016

REPERCUSSÃO GERAL EM RE N. 959.870-PR

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Recurso extraordinário. Contribuição previdenciária incidente sobre a comercialização da produção rural. Empregador rural pessoa física. Declaração de inconstitucionalidade. Efeito repristinatório. Base de cálculo. Análise da legislação aplicável. Compensação, repetição e lançamento. Questão infraconstitucional. Ausência de repercussão geral.

1. É infraconstitucional a controvérsia relativa à base de cálculo aplicável à contribuição previdenciária do empregador rural pessoa física, bem como a sua compensação, restituição ou lançamento, em razão da declaração de inconstitucionalidade da contribuição incidente sobre a comercialização de sua produção rural.

2. Ausência de repercussão geral.

Decisão Publicada: 1

CLIPPING DO DJE
28 de novembro a 2 de dezembro de 2016

HC N. 134.193-GO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA: *Habeas corpus*. Penal. Tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368/76). Pena. Redimensionamento. Questões não examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento da impetração. Possibilidade de concessão, de ofício, do *writ*, nas hipóteses de flagrante ilegalidade. Pena-base. Fixação de forma conglobada. Ausência de especificação do *quantum* atribuído a cada vetor negativo considerado. Irrelevância. Possibilidade de controle de sua legalidade pelas instâncias superiores. Inexistência de ofensa aos princípios da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais (arts. 5º, XLVI, e 93, IX, CF). Valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do agente. Admissibilidade. Existência de base empírica idônea. Quantidade e natureza da droga (1.691 kg - mil seiscentos e noventa e um quilos de cocaína). Vetor a ser necessariamente considerado na dosimetria (art. 59 do CP). Crimes praticados durante dilatado lapso temporal. Uso de empresas de fachada para dar cobertura ao envio da droga. Ocultação da droga em partes de animais para ilaquear a fiscalização. Desdobramento de atividade criminosa organizada, dotada de extensa base operacional, espalhada por diversos estados da Federação e estruturada de forma empresarial. Conjunto de circunstâncias evidenciadoras da maior censurabilidade da conduta do paciente. Acentuada exasperação da pena-base justificada. Conclusão em sentido diverso que demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório. Inidoneidade do *habeas corpus* para ponderação, em concreto, da pena adequada. Precedentes. Motivos do crime. Busca de lucro fácil. Valoração negativa. Fundamento inidôneo. Decotamento pelo Tribunal Regional Federal, em sede de recurso exclusivo da defesa, sem repercussão na pena-base. Admissibilidade. Efeito devolutivo da apelação. Suficiência, por si sós, dos demais vetores para a manutenção da pena fixada na sentença, aos quais se acabou por atribuir *quantum* maior. Reajustamento da pena que não caracteriza *reformatio in pejus*. Precedentes. Despesas suportadas pelo Estado com a investigação do delito. Valoração negativa a título de consequências do crime. Inadmissibilidade. Motivação inidônea. Despesas que não constituem extensão do dano produzido pelo ilícito em si. Concessão, de ofício, de ordem de *habeas corpus*, para decotar esse vetor negativo da primeira fase da dosimetria da pena do crime descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Determinação para que o juízo de primeiro grau, motivadamente, fixe o *quantum* correspondente de redução da pena-base e, por via de consequência, redimensione a pena final.

1. O Superior Tribunal de Justiça não examinou, definitivamente, as teses suscitadas na presente impetração, ao invocar o óbice da Súmula nº 7 daquela Corte, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

2. Dessa feita, sua apreciação, de forma originária, pelo STF, configuraria supressão de instância, o que é inadmissível, uma vez que a Corte não pode, em exame *per saltum*, apreciar questão não analisada, em definitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. É caso, portanto, de não conhecimento da impetração.

4. A jurisprudência da Suprema Corte admite a concessão de *habeas corpus* de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

5. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “em sede de *habeas corpus*, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) - RHC nº 119.894/BA-AgR, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 10/6/14.

6. Ao juiz compete demonstrar, fundamentadamente, com base empírica idônea, os critérios e as circunstâncias de que se valeu na concretização da pena imposta, notadamente nas hipóteses de grande exasperação, em que a pena é fixada no máximo legal ou próximo a esse limite, a fim de se evitarem soluções arbitrárias (HC nº 101.118/MS, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 27/8/10).

7. As instâncias ordinárias, após indicarem os vetores que justificavam a exacerbação da pena-base, fixaram-na de forma conglobada, vale dizer, sem especificar o *quantum* de pena especificamente atribuído a cada um dos vetores considerados negativos.

8. Esse proceder não viola os princípios da individualização da pena e da motivação (arts. 5º, XLVI, e 93, IX, CF).

9. Para satisfazer ao imperativo de motivar a fixação da pena, “a sentença não se há de subordinar necessariamente a fórmulas rígidas, particularmente à compartimentação estanque de sua fundamentação” (HC nº 67.589/MS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 15/12/89).

10. Ainda que recomendável a atribuição de um *quantum* de pena, isoladamente, a cada vetor considerado na primeira fase da dosimetria, sua inobservância não gera nulidade.

11. Com efeito, a fixação de pena-base conglobada não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem seu reajustamento, se não houver base empírica idônea que confira suporte aos vetores invocados ou se desarrazoada a majoração havida.

12. Na espécie, houve motivação adequada para a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do paciente, demonstrando-se, com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade da conduta, a justificar a acentuada exasperação de sua pena-base.

13. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, desde a égide da revogada Lei nº 6.368/76, de que a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram motivação idônea para a exasperação da pena-base. Precedentes.
14. A Suprema Corte ressaltou, no RHC nº 123.367/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 21/11/14, que “a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram vetores da dosimetria da pena, a título de ‘circunstâncias e consequências do crime’ (art. 59, CP)”.
15. No mesmo sentido, decidiu-se que “a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal” (RHC nº 122.598/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 30/10/14)
16. É evidente que, quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado (HC nº 121.389/MS, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 7/10/14).
17. Na espécie, não bastasse a elevadíssima quantidade de droga apreendida (quase uma tonelada e setecentos quilos) e sua natureza (cocaína) – que constituiria, à época, a segunda maior apreensão do gênero no País -, o paciente cometeu os crimes durante dilatado lapso temporal, agindo ainda na condição de representante de um dos maiores compradores de cocaína colombiana, tudo a evidenciar a maior censurabilidade de sua conduta.
18. As circunstâncias judiciais – uso de empresas de fachada para dar cobertura ao envio da droga; ocultação da droga em partes de animais para ilaquear a fiscalização e desdobramento de atividade criminosa organizada, dotada de extensa base operacional, espalhada por diversos estados da Federação, e estruturada de forma empresarial – também demonstram o elevadíssimo grau de reprovabilidade da conduta do paciente e justificam o agravamento da pena-base.
19. Para se chegar a conclusão diversa daquela adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário revolver-se o conjunto fático-probatório, o que não se admite em sede de **habeas corpus**. Precedentes.
20. Ademais, “é pacífica a jurisprudência da Corte de que a via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação e o reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, consideradas na sentença condenatória” (HC nº 120.146/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 22/4/14).
21. Outrossim, o **habeas corpus** não é meio idôneo “para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o paciente” (HC 94.655/MT, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 10/10/08; RHC 121.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 6/6/14).
22. Quanto aos motivos do crime, o Tribunal Regional Federal já havia glosado, no julgamento da apelação interposta pelo paciente, sua valoração negativa, ao fundamento de que “a motivação consignada na sentença (‘consubstanciados simplesmente no lucro fácil’) é inerente ao tipo penal de tráfico de entorpecentes e à própria criminalização”.
23. Não obstante essa glosa, o Tribunal Regional Federal deixou de proceder ao decotamento correspondente na pena-base, ao fundamento de que os demais vetores negativamente valorados - culpabilidade, conduta social, circunstâncias e consequências do crime – seriam suficientes, por si sós, para a manutenção do **quantum** fixado na sentença.
24. Ao assim agir, o Tribunal Regional Federal acabou por atribuir aos demais vetores um **quantum** maior que o atribuído em primeiro grau.
25. De toda sorte, esse reajustamento da pena-base não caracteriza **reformatio in pejus**, uma vez que não extravasou a pena aplicada em primeiro grau.
26. Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese similar, “[a] jurisprudência contemporânea da Corte é assente no sentido de que o efeito devolutivo da apelação, ainda que em recurso exclusivo da defesa, ‘autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida’ (HC nº 106.113/MT, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 1º/2/12)” - RHC nº 135.524/MG, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 28/9/16.
27. Constata-se, todavia, a existência de flagrante ilegalidade na valoração negativa das consequências do crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368/76).
28. O juízo de primeiro grau reputou desfavoráveis as consequências do crime, por ter “exigido despesas acima do comum dos órgãos estatais responsáveis pela repressão, com constantes deslocamentos de agentes, inclusive aéreos, para acompanhamento do então investigado. Além disso, importou em enriquecimento ilícito do condenado”.
29. Essa motivação é manifestamente inidônea, uma vez que as despesas suportadas pelo Estado com a investigação de um crime e o enriquecimento do paciente não se subsumem no vetor “consequências do crime”, entendido como extensão do dano produzido pelo ilícito em si.
30. O Tribunal Regional Federal não glosou esse vetor nem aduziu nenhum outro elemento de prova que lhe desse suporte, limitando-se a invocar, genericamente, “as consequências do crime” e a “elevada quantidade da droga apreendida (1.691 kg) e a sua natureza (cocaína).”
31. Ocorre que, como a quantidade e a natureza da droga já haviam sido valoradas negativamente a título de culpabilidade, não poderiam vir a sê-lo também a título de consequências do crime, sob pena de **bis in idem**.
32. Cumpre, portanto, decotar o vetor negativo “consequências do crime” no tocante à conduta descrita no art. 12 da Lei nº 6.368/76.
33. **Habeas corpus** do qual não se conhece.
34. Concessão, de ofício, do **writ** para decotar o vetor “consequências do crime” da primeira fase da dosimetria da pena do crime descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76, determinando-se ao juízo de primeiro grau que, motivadamente, fixe o **quantum** correspondente de redução da pena-base e, por via de consequência, redimensione a pena final.
- RHC N. 125.566-PR**
RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI
EMENTA: Recurso ordinário em habeas corpus. Pesca em período proibido. Crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/98. Proteção criminal decorrente de mandamento constitucional (CF, art. 225, § 3º). Interesse manifesto do estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos. Pretendida aplicação da insignificância. Impossibilidade. Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade. Crime de perigo que se consuma com a simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano. Entendimento doutrinário. Recurso não provido.
1. A proteção, em termos criminais, ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225: “[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.
2. Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do estado na repressão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei nº 9.605/98.
3. Essa proteção constitucional, entretanto, não afasta a possibilidade de se reconhecer, em tese, o princípio da insignificância quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o

Ministro Celso de Mello, DJe de 12/8/14).

4. A conduta praticada pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade do dano.
5. O comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois ele agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, afastando, assim, já que não demonstrada nos autos, a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental, que torna atípica a conduta quando praticada em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.
6. Nesse contexto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de o recorrente ter pescado em período proibido utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.
7. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

*noticiado no Informativo 845

AG. REG. NO AI N. 659.910-RS
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA - REAJUSTE - PARÂMETROS. Não encerra violação a direito adquirido ato a implicar a transformação de parcela incorporada, considerado o exercício de cargo em comissão, em vantagem pessoal nominalmente identificada, a ser corrigida por ocasião do reajuste geral de salários, e não mais de forma vinculada à remuneração do cargo que originou o benefício.

AG. REG. NO HC N. 128.971-MG
RELATOR: MIN. LUIZ FUX

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmissível da via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos.
2. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. (Precedentes: HC nº 114.650, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2013, RHC nº 115.213, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/06/2013, RHC nº 114.965, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 27/06/2013, HC nº 116.531, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 11/06/2013, e RHC nº 100.837-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 03/12/2014).
3. As circunstâncias judiciais subjetivas elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação.
4. *In casu*, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular.
5. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d e i*, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.
6. O objeto da tutela em *habeas corpus* é a liberdade de locomoção quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII), não cabendo sua utilização para reexaminar pressupostos de admissibilidade de recursos de outros tribunais.
7. Agravo regimental desprovido.

Acórdãos Publicados: 261

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Prefeito municipal - Cônjuge - Candidatura em município desmembrado - A questão da inelegibilidade reflexa - Formações oligárquicas - Inadmissibilidade - Precedentes (Transcrições)

ARE 768.043/DF*

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO MUNICIPAL. CANDIDATA QUE É CÔNJUGE DE PREFEITO REELEITO EM MUNICÍPIO VIZINHO. INELEGIBILIDADE REFLEXA (CF, ART. 14, § 7º). INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DA CANDIDATURA DO CÔNJUGE. MUNICÍPIO DESMEMBRADO. DESMEMBRAMENTO OCORRIDO HÁ MAIS DE 20 ANOS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCARACTERIZAÇÃO, EM TAL CONTEXTO, DA HIPÓTESE QUE, REJEITADA PELA SUPREMA CORTE, POR IMPORTAR EM OFENSA AO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA, IMPLIQUE A FORMAÇÃO DE GRUPOS HEGEMÔNICOS OU OLIGÁRQUICOS NAS INSTÂNCIAS POLÍTICAS LOCAIS (RTJ 144/970, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE SE AJUSTA AO MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JULGADO

RECORRIDO QUE EXAMINA O “THEMA DECIDENDUM” À LUZ DO § 7º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO. INOVAÇÃO TEMÁTICA FUNDADA NA ANÁLISE DO § 5º DO ART. 14 DA CARTA POLÍTICA QUE BUSCA INTRODUIZIR, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, EXAME DE MATÉRIA SEQUER DEBATIDA PELO TSE. INADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO RECURSAL QUE, CASO ACOLHIDA, PODERIA IMPORTAR EM “VIRAGEM JURISPRUDENCIAL”, COM MUDANÇA ABRUPTA DE JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. IMPOSSIBILIDADE, EM TAL CASO, DE INCIDÊNCIA IMEDIATA DA MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (CF, ART. 16), FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL QUE LEGITIMA A EXIGÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA. O ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO REPRESENTA GARANTIA BÁSICA TANTO DO CIDADÃO-ELEITOR QUANTO DO CIDADÃO-CANDIDATO, BEM ASSIM DAS PRÓPRIAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS. POSTULADO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL QUE, POR TRADUZIR CLÁUSULA PÉTREA (ADI 3.685/DF, REL. MIN. ELLEN GRACIE), MOSTRA-SE IMUNE, ATÉ MESMO, AO PRÓPRIO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDO AO CONGRESSO NACIONAL. INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DE ANTERIORIDADE ELEITORAL QUE CONDICIONA, NO PLANO DA EFICÁCIA TEMPORAL, A PRÓPRIA APLICABILIDADE E EXEQUIBILIDADE DE ATOS LEGISLATIVOS E DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO CUJO CONTEÚDO POSSA REFLETIR-SE SOBRE O PROCESSO ELEITORAL (RE 637.485/RJ, REL. MIN. GILMAR MENDES). IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE REPERCUSSÃO GERAL, POR TRATAR-SE DE HIPÓTESE DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECEDENTES. RISTF, ART. 323, “CAPUT”. RE NÃO CONHECIDO.

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, está assim ementado (fls. 454):

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. INELEGIBILIDADE REFLEXA. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MUNICÍPIO DESMEMBRADO. VÍNCULO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. O cônjuge e os parentes de prefeito em segundo mandato são elegíveis em outra circunscrição eleitoral, ainda que em município vizinho, desde que este não resulte de desmembramento, incorporação ou fusão realizada na legislatura imediatamente anterior ao pleito. **Precedentes.**
2. Na espécie, não há óbice à candidatura da agravada, pois é incontroverso que o Município de Porto Seguro/BA, pelo qual concorre, foi desmembrado do Município de Eunápolis/BA há mais de vinte anos, o que evidencia sua autonomia administrativa (**Precedente:** AgR-REspe 167-86, Rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS de 13.11.2012).
3. Agravo regimental não provido.” (grifei)

A parte recorrente sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido preceitos inscritos no art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição da República (fls. 475/476):

“(…) é mais do que tempo de se debruçar essa Suprema Corte sobre o tema de que cuida este extraordinário, a saber: a possibilidade de reeleição do cônjuge de prefeito já que no exercício de segundo mandato em município vizinho, o que se entende, consoante se demonstrará, ser inviável, haja vista a já consolidada jurisprudência do Col. TSE e desse Excelso Tribunal a impedir que o titular, ele próprio, postule tal candidatura (em Município vizinho), quando já se encontrar no segundo mandato, regra que, por ilação lógica, há de prevalecer também quanto ao cônjuge, aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, como reza o § 7º do artigo 14 da Constituição Federal, que, ao lado do § 5º do mesmo artigo, são ditos flagrantemente violados no caso sob ora exame.

A permanecer o entendimento que ora se está a combater, ou seja, de que o cônjuge (e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção) de prefeito reeleito pode postular candidatura em município vizinho – embora o titular não o possa – será ‘jogado por terra’ todo o esforço empreendido pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral, por esse Excelso Supremo Tribunal Federal, pelo próprio Constituinte, e tão festejado pela sociedade, no sentido de impedir a hegemonia de um grupo familiar no poder, sendo esta a razão, em apertada síntese, a demonstrar que o caso é indubitavelmente de repercussão geral.” (grifei)

Sendo esse o contexto, passo a apreciar o presente agravo em recurso extraordinário.

É certo que, desde a promulgação do estatuto republicano de 1891, o sistema de direito constitucional positivo vigente em nosso País tem-se revelado claramente hostil a práticas ilegítimas que, estimuladas pela existência do vínculo conjugal e/ou de parentesco, culminam por afetar a normalidade e a legitimidade das eleições, em inaceitável deformação do modelo institucional, subvertido em seus objetivos básicos, que consistem em atribuir à autenticidade, à transparência e à impessoalidade do processo eleitoral a condição de valores essenciais à consolidação do regime democrático e à preservação da forma republicana de governo.

Com o objetivo de proteger tais valores fundamentais, definiram-se, em sede constitucional, situações de inelegibilidade destinadas a obstar a formação de grupos hegemônicos, cuja atuação – ao monopolizar o acesso aos mandatos eletivos – acaba, virtualmente, por patrimonializar o poder governamental, convertendo-o, em função de uma inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira “res domestica”, degradando-o, assim, à condição subalterna de instrumento de mera dominação política, vocacionado não a servir ao interesse público e ao bem comum, mas, antes, a atuar como incompreensível meio de satisfazer conveniências pessoais e de realizar aspirações e projetos particulares.

A teleologia da norma constitucional inscrita no § 7º do art. 14 da Constituição da República justifica-se em função da necessidade mesma de construir-se a ordem democrática, erigindo-a com fundamento na essencial distinção – que se impõe – entre o espaço público, de um lado, no qual se concentram o processo de conquista do poder e o exercício das prerrogativas que lhe são inerentes, e o espaço privado, de outro, em ordem a obstar que os indivíduos, mediante ilegítima apropriação, culminem por incorporar ao âmbito de seus interesses particulares a esfera de domínio institucional do Estado, marginalizando, como consequência desse gesto de indevida patrimonialização, o concurso dos demais cidadãos na edificação da “res publica”.

Daí a reflexão doutrinária, impregnada de acentuado componente filosófico, que examina o pensamento democrático à luz das grandes dicotomias, como, por exemplo, aquela pertinente à dualidade público/privado, subjacente à ideia mesma de que o respeito, pelos indivíduos, aos limites que definem o domínio público de atuação do Estado, separando-o, de modo nítido, do espaço meramente privado, qualifica-se como pressuposto necessário ao exercício da cidadania e do pluralismo político, que representam, enquanto categorias essenciais que são (pois dão ênfase à prática da igualdade, do diálogo, da tolerância e da liberdade), alguns dos fundamentos em que se estrutura, em nosso sistema institucional, o Estado republicano e democrático (CF, art. 1º, incisos II e V).

Cabe preservar, desse modo, as relações que os conceitos de espaço público e de espaço privado guardam entre si, para que tais noções não se deformem nem provoquem a subversão dos fins ético-jurídicos visados pelo legislador constituinte.

O fato é que essa dualidade – que põe em evidência a dicotomia espaço público/espaco privado, analisada na perspectiva do processo histórico – repousa na própria gênese da norma constitucional em referência, que visa, em última análise, a impedir a apropriação privada do poder estatal, para que o grupo familiar, considerado o que dispõe o art. 14, § 7º, da Constituição, não o monopolize nem se comporte ou aja, em relação a ele, “pro domo sua”.

Daí a jurisprudência constitucional que se firmou no Supremo Tribunal Federal a propósito do tema em questão:

“O regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese, que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais.

O primado da ideia republicana – cujo fundamento ético-político **repousa** no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade – rejeita qualquer prática **que possa monopolizar** o acesso aos mandatos eletivos e **patrimonializar** o poder governamental, **comprometendo**, desse modo, **a legitimidade** do processo eleitoral.”

(RTJ 144/970, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Como referido, tem-se registrado, **desde a primeira** Constituição republicana, **promulgada** em 1891 (art. 47, § 4º), **a legítima preocupação** com a formação de oligarquias políticas, **fundadas** em núcleos familiares. **Daí a cláusula de vedação**, inscrita no art. 47, § 4º, da Constituição Federal de 1891, **que ergia** a relação de parentesco, **até o 2º grau**, à condição de situação configuradora de inelegibilidade para o desempenho do mandato presidencial.

Essa norma consubstanciada em nossa **primeira** Constituição republicana **proclamava** serem “*inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente os parentes consanguíneos e afins, nos 1º e 2º graus, do Presidente ou Vice-Presidente, que se achar em exercício no momento da eleição, ou que o tenha deixado até seis meses antes*”.

Essa hipótese constitucional de inelegibilidade – **reafirmada** pela Constituição de 1934 e **sucessivamente reiterada** em outros estatutos fundamentais que nos regeram a vida política (1946, 1967 e 1969), **até a vigente** Constituição promulgada em 1988 – **mereceu**, de CARLOS MAXIMILIANO, **quando comentou** o texto da Carta Política de 1891 (“*Comentários à Constituição Brasileira*”, p. 538, 3ª ed., 1929, Globo), **a seguinte observação**:

“*Para evitar o estabelecimento de oligarquias, o código supremo proíbe que se elejam, para os lugares de Chefe de Estado ou de sucessor eventual do mesmo, os parentes consanguíneos ou afins, no primeiro e segundo graus, do Presidente ou Vice-Presidente que se achar em exercício no dia de se recolherem os sufrágios, ou que o tenha deixado até seis meses antes.*” (grifei)

Cumpra reconhecer que as formações oligárquicas **constituem grave deformação** do processo democrático. **A busca do poder não pode** limitar-se **nem** restringir-se à esfera reservada de grupos privados, **sob pena de frustrar-se** o princípio do acesso universal às instâncias governamentais.

O que se me afigura inaceitável, nesse contexto, **é a legitimização**, de todo inadmissível, **do controle monopolístico do poder**, por núcleos de pessoas unidas por vínculos, **quer** de ordem familiar, **quer** de natureza conjugal. **É que isso, caso se revelasse lícito, equivaleria**, em última análise, **a ensejar** o indesejável domínio do próprio aparelho de Estado por grupos privados. **Não se pode perder de perspectiva**, neste ponto, **que a questão do Estado, por essência, é a própria questão do poder**.

É preciso não desconsiderar, portanto, a circunstância de que a **patrimonialização** do poder, **vale dizer**, a **ilegítima apropriação** da “*res publica*” por núcleos estamentais **ou** por grupos familiares, **alternando-se em verdadeiras sucessões dinásticas**, **constitui** situação de inquestionável anomalia, a que esta Suprema Corte **não pode** permanecer indiferente. **A consagração** de práticas hegemônicas, na esfera institucional do poder político, **se tolerada (e não pode sê-lo)**, **conduzirá** o processo de governo a verdadeiro retrocesso histórico, **o que constituirá**, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, **situação de todo inaceitável**.

Foi por tal motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 98.935/PI (RTJ 103/1321, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA), **tendo presente** esse contexto normativo, **fez consignar** a seguinte advertência, **que guarda irrecusável atualidade em face** do texto constitucional em vigor:

“(…) *quem analisa detidamente os princípios que norteiam a Constituição na parte atinente às inelegibilidades, há de convir que sua intenção, no particular, é evitar, entre outras coisas, a perpetuidade de grupos familiares, ou oligarquias, à frente dos executivos.*” (grifei)

Vê-se, portanto, que a razão subjacente à cláusula de inelegibilidade **tem por objetivo evitar** “*o continuísmo no poder*” (PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, “Direitos Políticos – Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades”, p. 57, item n. 4, 1994, Saraiva) e **frustrar** qualquer ensaio de nepotismo **ou** de “*perpetuação no poder através de interposta pessoa*” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/130, 1990, Saraiva).

O entendimento que venho de expor, que se apoia em magistério doutrinário e em precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, busca dar concreção e efetividade à cláusula de inelegibilidade inscrita no § 7º do art. 14 da Constituição.

Esse é o motivo pelo qual **não tem** aplicabilidade à espécie ora em análise **o julgado** desta Corte **proferido** em sede de repercussão geral **no exame do RE 637.485/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **pois referido precedente** vincula-se à interpretação **do § 5º** do art. 14 da Lei Fundamental, circunstância **que não o torna assimilável** ao presente caso, **mesmo porque**, não obstante menção feita **ao § 5º** em questão na petição recursal, a Coligação ora recorrente **desenvolveu toda a sua argumentação** em torno da alegada ofensa ao § 7º do art. 14 de nossa Carta Política.

De qualquer maneira, no entanto, ainda que fosse possível, tal não se mostraria cabível, no caso, pois inovações radicais na interpretação do texto constitucional, **em matéria eleitoral, não têm incidência imediata** sobre situação em curso, **eis que** o princípio da anterioridade eleitoral, **fundado** em razões de segurança jurídica, **também se estende** às decisões emanadas da Justiça Eleitoral, **como esta Corte Suprema já teve o ensejo de decidir**:

“**II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL, SEGURANÇA JURÍDICA, ANTERIORIDADE ELEITORAL, NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO.** Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. **Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais** na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. **Não se pode deixar de considerar** o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. **Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos** sobre os pleitos eleitorais, **com sérias repercussões** sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. **No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), **impliquem mudança de jurisprudência** (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), **não têm aplicabilidade imediata** ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior (...).”**

(RE 637.485/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno – grifei)

O acórdão emanado do E. Tribunal Superior Eleitoral, **objeto** do recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo, **examinou**, de maneira adequada, **a controvérsia** em referência, **entendendo inexistir qualquer obstáculo** à candidatura de Cláudia Silva Santos Oliveira, ora agravada (**releita**, em outubro de 2016, **para novo mandato** como Prefeita Municipal), **pelo fato** de o Município de Porto Seguro/BA **haver sido desmembrado** de Eunápolis/BA **há mais de vinte anos**, “*o que evidencia sua autonomia administrativa*”.

Esse julgado **limitou-se** a decidir o litígio **na linha de consolidada jurisprudência firmada** no âmbito do E. Tribunal Superior Eleitoral, **o que, por si só, não autorizaria**, para efeito de imediata aplicabilidade, **qualquer revisão jurisprudencial**, tendo em vista – **insista-se** – **a exigência** de segurança jurídica **derivada** do princípio da anterioridade eleitoral, **como precedentemente assinalado**.

Bastante elucidativo o douto voto **proferido**, nesse julgamento do E. Tribunal Superior Eleitoral, **pela eminente** Ministra NANCY ANDRIGHI, Relatora (fls. 456/458):

“(…) **discute-se nos autos a suposta inelegibilidade de Cláudia Silva Santos Oliveira para concorrer ao cargo de prefeito de Porto Seguro/BA nas Eleições 2012, por ser esposa do prefeito de Eunápolis/BA, município vizinho, no qual o cônjuge exerce o segundo mandato.**

No tocante ao primeiro fundamento da decisão agravada – domicílio eleitoral da candidata –, tem-se que o TRE/BA, a partir do conjunto fático-probatório, concluiu que foi ‘comprovado em processo próprio que a recorrida tem domicílio eleitoral no município, em observância ao prazo legalmente previsto de um ano de antecedência ao pleito’ (fl. 336).

A toda evidência, nos termos da decisão hostilizada, não se pode rever a conclusão das instâncias ordinárias, por óbice da Súmula 7/STJ.

A agravante afirma, ainda, que não haveria similitude fática entre o caso dos autos e os precedentes citados na decisão monocrática.

Todavia, a matéria controvertida foi devidamente examinada nos julgados mencionados, que definem a possibilidade de o cônjuge e os parentes de prefeito em segundo mandato se elegerem em outra circunscrição eleitoral, ainda que em município vizinho, desde que este não resulte de desmembramento, incorporação ou fusão realizada na legislação imediatamente anterior ao pleito.

Nesse sentido, a leitura conjunta dos precedentes afasta qualquer dúvida. Confira-se:

‘Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade por parentesco.

– A inelegibilidade de candidato, nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 14 da Constituição Federal, porque já exercidos dois mandatos consecutivos, não acarreta a inelegibilidade de membro de sua família, candidato a cargo diverso, não obstante da mesma espécie (prefeito), em outro município, ainda que vizinho.

Recurso especial provido.’

(REspe 5433805, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 24.4.2012)

‘CONSULTA. ELEIÇÃO 2004. ELEGIBILIDADE. PARENTESCO. MUNICÍPIO DESMEMBRADO. PASSADOS DOIS PLEITOS APÓS O DESMEMBRAMENTO.’

(CTA 1032, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 21/6/2004). (...)

‘CONSULTA. ELEIÇÕES 2004. PARENTE DE PREFEITO DE MUNICÍPIO-MÃE. ELEGIBILIDADE. CANDIDATURA PARA CARGO IDÊNTICO NO MUNICÍPIO DESMEMBRADO. POSSIBILIDADE.

É elegível, para a chefia do Executivo Municipal, no município desmembrado, irmão de prefeito reeleito no município de origem, desde que não concorra ao pleito imediatamente subsequente ao desmembramento.

Consulta respondida positivamente.’

(CTA 1054, Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet, DJ de 21.6.2004) (...)

‘Consulta. Inelegibilidade. Parentesco.

[...]

2. Em casos de parentesco, a inelegibilidade ocorre no território de jurisdição do titular do cargo.

[...]

4. Nos casos de desmembramento de municípios, não é possível ao titular de chefia do Poder Executivo, no pleito imediatamente seguinte, candidatar-se a idêntico ou diverso cargo no município desmembrado daquele em que está a exercer o mandato, bem como seu cônjuge ou parentes.’

(CTA 896, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 19.9.2003) (...)

Esse entendimento foi mantido, à unanimidade, na resposta deste Tribunal à recente CTA 181106, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22.8.2012:

‘CONSULTA. INELEGIBILIDADE. PARENTESCO. CÔNJUGE. PREFEITO REELEITO. MUNICÍPIO VIZINHO. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPOSTA AFIRMATIVA.

1. Cônjuge e parentes de prefeito reeleito não são inelegíveis para o mesmo cargo em município vizinho, salvo se este resultar de desmembramento, de incorporação ou de fusão.

2. Consulta respondida afirmativamente.’

Sua Excelência não especifica a circunstância de se impedir a candidatura quando o desmembramento ocorrer na legislatura imediatamente anterior – possivelmente por não se cogitar dessa peculiaridade no enunciado da consulta –, o que não invalida as manifestações anteriores deste Tribunal sobre o tema, todas elas favoráveis à conclusão posta na decisão combatida .

Na espécie, a Corte Regional expressamente analisou a autonomia administrativa do Município de Porto Seguro/BA, desmembrado há mais de vinte anos do Município de Eunápolis/BA, o que demonstra afática entre o caso vertente e os precedentes elencados .

Resalte-se, por fim, que esta Corte decidiu, recentemente, caso idêntico ao dos autos, no AgR-RESpe 167-86, de relatoria da e. Ministra Lóssio, publicado em sessão de 13/11/2012. Naquele precedente, consignou-se a elegibilidade da candidata à reeleição à Prefeitura de Santa Cruz do Piauí/PI, não obstante seu pai ter sido prefeito do município vizinho de Wall Ferraz/PI, pois ‘o lapso de tempo existente entre o referido desmembramento, ocorrido em 1995, e a primeira candidatura da recorrida, em 2008, permite concluir que os municípios em questão são independentes politicamente’.

Assim, a decisão agravada está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, devendo ser mantido o acórdão regional que deferiu o registro de candidatura da agravada nas Eleições 2012.” (grifei)

Não foi por outra razão que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, então Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, **deixou de admitir** o recurso extraordinário **interposto** pela Coligação ora agravante, **como se vê da decisão que proferiu** (fls. 495/496):

“5. O presente recurso extraordinário não pode ser admitido.

6. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral concluiu pela possibilidade de cônjuge de prefeito reeleito candidatar-se em circunscrição diversa do município do marido, ressaltando que a ‘Corte Regional expressamente analisou a autonomia administrativa do Município de Porto Seguro/BA, desmembrado há mais de vinte anos do Município de Eunápolis/BA’ (fl. 444).

7. O acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, portanto, não negou vigência aos dispositivos da Constituição da República. Está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição da República.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 568596, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 20.11.2008, o Supremo Tribunal Federal assentou que a separação conjugal no curso do mandato não afasta a inelegibilidade, ‘inviabilizando a candidatura do ex-cônjuge ao pleito subsequente, na mesma circunscrição’ (grifos nossos). No caso dos autos, conforme ressaltado, cuida-se de candidatura em município diverso do cônjuge.

Ademais, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 158314, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12.2.1993, o Supremo Tribunal Federal concluiu ser inelegível o parente que pretende se candidatar em município desmembrado do município-mãe onde o irmão era o prefeito, enfatizando o Relator que:

“(…) o processo de institucionalização dos novos municípios só se completa com a sua instalação – o que coincide com a posse do primeiro Prefeito de salientar que o território da nova entidade municipal não dispõe de autonomia político-jurídica, remanescendo, até o implemento daquela condição, sob a jurisdição do município /mãe. É evidente que, em tal hipótese – tal como corretamente assinalado pela douta Procuradoria-Geral da República –, a eleição da parente do Prefeito em um dos graus civis vedados pela norma constitucional configura, quando se tratar de irmãos do Chefe do Poder Executivo municipal, a situação de favorecimento político-administrativo potencial que o legislador constituinte quis evitar e impedir. (...)”

Neste processo, o desmembramento ocorreu há mais de vinte anos (fl. 444), inexistindo as preocupações republicanas destacadas naquele julgado e não divergindo, assim, o julgado dos precedentes do Supremo Tribunal.

8. Pelo exposto, inadmito o recurso extraordinário.” (grifei)

Tenho para mim, considerados os fundamentos que venho de expor, que o acórdão **proferido** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **por ajustar-se** à jurisprudência desta Corte, **torna inviável** o recurso extraordinário a que se refere este agravo, ainda mais porque – **tal como anteriormente assinalado** – o julgamento **emanado** do TSE **assentou-se, unicamente, na interpretação (efetivada em plena harmonia com a diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal) do § 7º do art. 14 da Constituição da República.**

O aspecto que venho de mencionar – acórdão do TSE **que julgou** a controvérsia, **unicamente, à luz do § 7º do art. 14 da Constituição** – **impede** que a parte recorrente **inove, tematicamente**, em sua pretensão recursal, **ampliando, de modo processualmente indevido**, o “**thema decidendum**”, **para neste incluir debate (que não se registrou no âmbito do acórdão recorrido em questão) a propósito do alcance e da exegese do § 5º do art. 14 da Carta Política.**

Nem se diga que a Coligação ora agravante **teria suscitado** essa discussão perante a Justiça Eleitoral. **O fato é que o acórdão do TSE sequer examinou** essa questão.

Caberia à ora agravante, então, caso vislumbrasse omissão, opor embargos de declaração ao acórdão do TSE, **insistindo, até mesmo para efeito de questionamento explícito dessa controvérsia constitucional, na efetiva apreciação** do tema em referência.

Ocorre, no entanto, que a Coligação ora agravante, **não obstante** opondo embargos declaratórios, **nestes sequer renovou** tal fundamento, **limitando-se**, como se vê a fls. 447/451, **a unicamente discutir a questão constitucional à luz do § 7º do art. 14 da Lei Fundamental.**

E, como se viu, a decisão do TSE refletiu, nesse ponto, **com absoluta fidelidade**, o magistério jurisprudencial **que esta Corte Suprema firmou** a respeito do alcance e da abrangência **do § 7º (e não do § 5º) do art. 14 da Constituição.**

Isso significa, portanto, inexistirem condições que, **se atendidas, poderiam** justificar a submissão do pleito recursal **ao exame do Tribunal para efeito de reconhecimento, ou não, da repercussão geral. A ausência de explícito debate a respeito do § 5º do art. 14 da Constituição configura, nesse específico ponto, falta de questionamento da matéria constitucional, circunstância que torna inviável** o apelo extremo. **E, por ser inadmissível, impede que se analise** a pretendida existência, **no caso**, de repercussão geral de um tema **sequer examinado** no acórdão recorrido.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal **tem entendido** que a submissão da controvérsia à disciplina ritual da repercussão geral **supõe o prévio (e concomitante) atendimento dos pressupostos de admissibilidade inerentes** ao apelo extremo **e a inocorrência** de situação que, **por outra razão, possa autorizar** o reconhecimento da inviabilidade do próprio recurso extraordinário.

É por tal motivo que eminentes Juízes do Supremo Tribunal Federal, **defrontando-se com tais situações, têm procedido** ao imediato julgamento do recurso extraordinário, **para declará-lo inadmissível, sempre que caracterizada a ausência dos pressupostos de admissibilidade e/ou a falta de viabilidade do apelo extremo, do que resultará a impossibilidade de considerar a eventual presença, na espécie, da repercussão geral da questão jurídica (AI 848.378/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 694.076-AgR/GO, Rel. Min. LUIZ FUX – RE 577.838-AgR/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 585.095-AgR/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).**

Daí a precisa observação, constantemente reiterada, feita pelo eminente Ministro LUIZ FUX:

“1. A repercussão geral **pressupõe** recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, **não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).”**

(ARE 694.076-AgR/GO, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

Vale lembrar, nesse mesmo sentido, **fragmento** da decisão proferida pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA:

“**Nos termos da norma do art. 323 do RISTF, a verificação da existência, ou não, de repercussão geral ocorrerá quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão.**”

(AI 755.104-AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Vê-se, portanto, que, **tratando-se de hipótese de inadmissibilidade do recurso extraordinário, não se justificará** a submissão, ao Plenário Virtual, da questão **pertinente** à existência, **ou não, de repercussão geral, considerado o que dispõe** o art. 323, “caput”, do RISTF.

Sendo assim, e em face das razões expostas, ao apreciar o presente agravo, **não conheço** do recurso extraordinário **a que ele se refere, pelo fato de o apelo extremo em questão revelar-se inadmissível (CPC/15, art. 932, III).**

Publique-se.

Brasília, 28 de novembro de 2016 (23h50).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

decisão publicada no DJE em 2.12.2016

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

28 de novembro a 2 de dezembro de 2016

Lei nº 13.364, de 29.11.2016 - Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 229, p. 1, em 30.11.2016.

Lei nº 13.366, de 1º.12.2016 - Altera as Leis nºs 10.260, de 12 de julho de 2001, que “dispõe sobre o Fundo de

Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências”, para atribuir às instituições de ensino responsabilidade parcial pela remuneração dos agentes operadores do Fundo, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, para vedar a concessão de tutela antecipada que tenha por objeto a autorização para o funcionamento de curso de graduação por instituição de educação superior. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 231, p. 2, em 02.12.2016.

Informativo 850

SUMÁRIO

Plenário

Réu em processo-crime e substituição presidencial - 2

1ª Turma

Agravo interno e juntada extemporânea de documentos

2ª Turma

Trancamento de ação penal e inépcia da denúncia

Clipping do DJe

Transcrições

Pena - Execução Provisória - Princípio da não Culpabilidade - *Habeas Corpus* - Liminar
- Deferimento - Liminar - Extensão - Corréu (HC 137.194/SP)

Inovações Legislativas

PLENÁRIO

Réu em processo-crime e substituição presidencial - 2

O Tribunal referendou parcialmente medida cautelar deferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) para assentar que os substitutos eventuais do presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição Federal, caso ostentem a posição de réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, ficarão impossibilitados de exercer o ofício de presidente da República e, por maioria, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas.

O ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a medida cautelar para afastar senador da Presidência do Senado Federal, por reputar presentes a urgência, a relevância do pedido e o comprometimento da segurança jurídica com a manutenção, na chefia daquela Casa legislativa, de cidadão que guarda a condição de réu. Considerou a decisão de recebimento, em parte, da denúncia oferecida contra o citado parlamentar pela suposta prática de crime de peculato nos autos do Inq 2.593/DF (julgamento em 1º.12.2016) e, ainda, o fato de a maioria absoluta do Plenário já ter proferido voto na ADPF no sentido da procedência do pedido (v. Informativo 846).

O relator asseverou, ademais, que o tema de fundo já teria sido definido pelo Tribunal, sem qualquer ressalva, no julgamento da AC 4.070 MC-REF/DF (DJU de 21.10.2016), ao referendar liminar para suspender deputado do exercício do mandato parlamentar e da função de presidente da Câmara dos Deputados, considerado o recebimento parcial da denúncia oferecida contra ele nos autos do Inq 3.983/DF (v. Informativo 816).

O ministro Celso de Mello, primeiro voto divergente, entendeu, entretanto, não se justificar o afastamento cautelar do atual presidente do Senado Federal, no que foi acompanhado pelos ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Ressaltou que a cláusula inscrita no art. 86, § 1º, da Constituição Federal torna claro o sentido de intencionalidade do constituinte, que quis impor ao presidente da República o afastamento cautelar (e temporário) do desempenho do mandato presidencial, considerada, em essência, a exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas, que constitui, na verdade, o núcleo que informa e conforma esse processo de suspensão preventiva.

Por isso, os substitutos eventuais do presidente da República, se tornados réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, não poderiam ser convocados para o desempenho transitório do ofício presidencial, pois não teria sentido que, ostentando a condição formal de acusados em juízo penal, viessem a dispor de maior poder jurídico, ou de maior aptidão, que o próprio chefe do Poder Executivo da União, titular do mandato presidencial.

Por consequência, os agentes públicos que detêm as titularidades funcionais que os habilitam, constitucionalmente, a

substituir o chefe do Poder Executivo da União em caráter eventual, caso tornados réus criminais perante esta Corte, não ficariam afastados, “ipso facto”, dos cargos de direção que exercem na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no Supremo Tribunal Federal. Na realidade, apenas sofreriam interdição para o exercício do ofício de presidente da República.

Assim, a substituição a que se refere o art. 80 da Constituição Federal ocorreria “per saltum”, de modo a excluir aquele que, por ser réu criminal perante a Corte Suprema, estaria impedido de desempenhar o ofício de presidente da República.

Isso, contudo, não impediria nem obstaría que esse substituto eventual, embora inabilitado para o exercício temporário da função de presidente da República, continuasse a desempenhar a função de chefia que titulariza na Casa a que pertence: a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, não justificaria o afastamento cautelar do presidente do Senado Federal da posição para a qual foi eleito por seus pares, especialmente por não haver “periculum in mora”, pois, na eventualidade do impedimento do presidente da República, a convocação para substituí-lo recairia, observada a ordem de vocação estabelecida no art. 80 da Carta Política, na pessoa do presidente da Câmara dos Deputados, inexistindo, desse modo, razão para adotar-se medida tão extraordinária como a imposta pela decisão em causa.

Caso existisse “periculum in mora”, seria em sentido inverso, tendo em conta que a medida cautelar deferida, “incidenter tantum”, na presente sede processual poderia inibir ou interferir no funcionamento da Câmara Alta do Congresso Nacional, afetando-lhe as atividades institucionais e projetando-se, ante os inevitáveis reflexos políticos daí resultantes, com grande impacto sobre a própria agenda legislativa do Senado Federal, em contexto no qual se destaca, de modo preocupante, a crise gravíssima e sem precedentes que assola o nosso País.

Vencidos, parcialmente, os ministros Marco Aurélio (relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar deferida pelo relator.

ADPF 402 MC-REF/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7.12.2016. (ADPF-402)

PRIMEIRA TURMA

Agravo interno e juntada extemporânea de documentos

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental em que se pretendia afastar declaração de nulidade de decisão proferida por Tribunal de Contas Estadual (TCE) em procedimento administrativo no qual foram rejeitadas contas de ex-presidente de câmara municipal.

O agravante sustentava que não teria havido cerceamento de defesa. Alegava que o agravado — parte interessada no procedimento de verificação de contas — havia sido efetivamente intimado do referido julgamento, conforme demonstrado por meio de documento juntado aos autos por ocasião da interposição de agravo regimental.

Prevaleceu o entendimento do ministro Edson Fachin (relator), acompanhado pela ministra Rosa Weber — com ressalva de fundamentação — e pelo ministro Luiz Fux.

Para o relator, embora prevaleça entendimento no sentido da inadmissibilidade da juntada extemporânea de prova documental em recursos interpostos na Suprema Corte, no caso, em razão da natureza do documento anexado aos autos — comunicação oficial dos atos do TCE — e do evidente interesse público indisponível presente na lide — consistente no interesse de toda a coletividade na apreciação da higidez das contas dos gestores públicos —, admite-se a comprovação tardia de que a parte recorrida foi efetivamente intimada da sessão de julgamento. Tal circunstância afasta a alegação de cerceamento de defesa.

Observou, ademais, que a falta de indicação do número da inscrição do advogado da parte interessada na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não causa a nulidade da intimação. Essa obrigação não constava na legislação processual civil vigente à época dos fatos, assim como não foi demonstrado que tal exigência seria prevista pelo regimento interno do TCE.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Em sua visão, não se pode julgar, pela primeira vez, matéria em sede extraordinária, sob pena de transmutação dessa sede em ordinária.

Além disso, a questão relativa à falta de intimação não foi debatida nem decidida na origem, em decorrência da falta de oposição de embargos declaratórios pelo recorrente. Por essa razão, não se pode considerar o documento de prova apresentado com o agravo regimental.

Assentou, por fim, que os precedentes citados pelo relator dizem respeito à situação em que se considera intempestivo o recurso extraordinário interposto e, posteriormente, se demonstra que o recurso teria sido protocolado no prazo assinado em lei, o que não se verificou na espécie.

ARE 916917 AgR/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.12.2016. (ARE-916917)

SEGUNDA TURMA

Trancamento de ação penal e inépcia da denúncia

A Segunda Turma deferiu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia o trancamento de ação penal movida em desfavor do paciente, por motivo de inépcia da denúncia.

No caso, o paciente foi denunciado, com outros dois agentes, pela suposta prática do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986), em virtude da realização de operações de câmbio atípicas envolvendo compra e venda de títulos da dívida pública norte-americana (“United Treasury Bills” ou “T-Bills”).

Segundo a defesa, a imputação criminal deveria indicar a existência de vínculo concreto entre os denunciados e a infração penal, bem como conter a descrição e a mínima comprovação da conduta criminosa, ainda que de forma indiciária. Logo, não poderia ser deduzida com base em inadmissível raciocínio presuntivo, fundado tão somente no cargo ocupado por um indivíduo em determinada pessoa jurídica. Ademais, para os chamados “crimes societários”, não bastaria a simples alusão ao cargo ocupado pelo denunciado em empresa envolvida em evento tido por criminoso. Em vez disso, a denúncia deveria – ainda que de maneira superficial – demonstrar a participação individual e concreta de cada agente na prática do suposto crime, como exige o art. 41 do Código de Processo Penal (CPP). No caso presente, entretanto, ao contrário do ocorrido com os outros dois denunciados, não constava a necessária individualização da conduta supostamente praticada pelo paciente. Foi-lhe imputado, portanto, o cometimento dos atos criminosos apenas por ele ser ocupante, à época dos fatos, de cargo de diretor-presidente da empresa.

O Colegiado ressaltou, a princípio, que o trancamento de ação penal é medida excepcional, a ser aplicada quando evidente a inépcia da denúncia (HC 125.873 AgR/PE, DJE de 13.3.2015).

Observou, também, que a denúncia, embora tenha descrito as operações de evasão de divisas e individualizado as condutas atribuídas aos corréus, imputou ao paciente o cometimento do delito, tão somente em razão de ele ter ocupado, à época dos fatos, o cargo de diretor-presidente da sociedade empresária. Entendeu, por isso, que a denúncia não atendeu ao comando do art. 41 do CPP, por não conter o mínimo narrativo exigido pelo referido dispositivo legal.

Rememorou, ainda, jurisprudência da Corte no sentido de não ser inepta denúncia que contenha descrição mínima dos fatos atribuídos aos acusados – em especial, quanto ao crime imputado a administradores de sociedades empresárias. Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não exigem descrição pormenorizada da conduta do proprietário e administrador da empresa, devendo a responsabilidade individual de cada um deles ser apurada no curso da instrução criminal (HC 101.286/MG, DJE de 25.8.2011).

A Turma ponderou, todavia, que essa inexigibilidade de individualização das condutas dos dirigentes da pessoa jurídica na peça acusatória pressupõe a não diferenciação das responsabilidades, no estatuto ou no contrato social, dos membros do conselho de administração ou dos diretores da companhia, ou, ainda, dos sócios ou gerentes da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Assentou, assim, que, quando se afigurar possível a diferenciação das responsabilidades (por divisão de competências no estatuto ou contrato social), a denúncia não poderá se lastrear genericamente na condição de dirigente ou sócio da empresa. Descabida, portanto, a imputação da prática do crime de evasão de divisas tão somente em razão do suposto poder de mando e decisão do paciente, o qual decorre de sua condição de diretor-presidente da empresa, sem indicativo de sua contribuição concreta e efetiva para o delito.

Reconheceu não haver óbice à invocação da teoria do domínio do fato no caso, desde que a denúncia apontasse indícios convergentes no sentido de que o acusado não apenas teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas, como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais agentes. Nesse sentido, não basta invocar que o acusado se encontrava numa posição hierarquicamente superior, para se presumir que ele tivesse o domínio de toda a cadeia delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias. A peça acusatória deve descrever atos concretamente imputáveis, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime.

Salientou ser manifesta a insuficiência narrativa da denúncia, por amparar-se numa mera conjectura, circunstância que inviabilizou a compreensão da acusação e, por conseguinte, o exercício da ampla defesa.

Admitiu, por fim, que não se está a afirmar a existência ou não de justa causa para a ação penal. O vício reconhecido é de natureza estritamente formal, por isso não obstará uma nova denúncia que melhor individualize as condutas do paciente.

HC 127397/BA, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 6.12.2016. (HC-127397)

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos	Julgamentos por meio eletrônico*
Pleno	7.12.2016	—	1	87
1ª Turma	6.12.2016	—	136	162
2ª Turma	6.12.2016	—	16	102

* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 2 a 8 de dezembro de 2016.

CLIPPING DO DJE

5 a 9 de dezembro de 2016

SEGUNDO AG. REG. NO AI N. 844.835-ES

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE CONCURSO PÚBLICO NÃO HOMOLOGADO. POSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie. Precedente.
2. É inviável a aplicação da denominada teoria do fato consumado como forma de manutenção de candidato em cargo público, em decorrência de execução provisória ou outro provimento judicial de natureza precária (RE 608.482-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki).
3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).
4. Agravo interno a que se nega provimento.

HC N. 134.504-AC

REDATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. DEFENSORIA PÚBLICA. JULGAMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADA. CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. POSSIBILIDADE.

1. À Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, compete promover a assistência jurídica judicial e extrajudicial aos necessitados (art. 134 da Constituição Federal), sendo-lhe asseguradas determinadas prerrogativas para o efetivo exercício de sua missão constitucional. A intimação pessoal dos atos processuais constitui prerrogativa da Defensoria Pública.
2. Conforme determinação regimental, o julgamento dos *habeas corpus* e dos recursos ordinários em HC, no âmbito do STJ e do STF, independem de inclusão em pauta e, por isso, não se faz presente a necessidade da intimação de quaisquer das partes (cf. Súmula 431/STF), salvo quando houver solicitação expressa nesse sentido.
3. A divisão de competência por ato normativo editado por Tribunal, por se tratar de definição de atribuições próprias dos órgãos competentes para o exercício da jurisdição, não representa afronta aos princípios constitucionais da reserva legal e da separação dos poderes, podendo ser realizada, inclusive, através de resolução, sendo prescindível, portanto, a edição de lei formal (v.g. HC 88.660/CE, Tribunal Pleno).
4. Na gestão da organização judiciária, ao Tribunal de Justiça é facultado conferir ao Juízo da Infância e Juventude a competência adicional para julgamento dos processos criminais que envolvam delitos contra a dignidade sexual, quando vitimadas crianças e adolescentes.
5. Ordem denegada.

AG. REG. NO ARE N. 960.868-MG

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. APOSENTADORIA ESPECIAL. CÁLCULO DOS PROVENTOS COM BASE NO TEMPO EXIGIDO PARA APOSENTADORIA INTEGRAL DA CATEGORIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
3. Agravo regimental conhecido e não provido.

AG. REG. NO RHC N. 136.168-RN

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO REGIMENTAL. VEDAÇÃO. ART. 131, § 2º, DO RISTF. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS. PRESENÇA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DA SUPOSTA PRÁTICA DELITIVA. PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

1. Conforme proibição expressa constante do art. 131, § 2º, do RISTF, não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. Precedentes
2. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP).
3. No caso, os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do recorrente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão lastreou-se em circunstâncias do caso relevantes para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada pelo fundado receio de reiteração delitiva e para assegurar a instrução criminal.
4. Pedido de sustentação oral indeferido. Agravo regimental improvido.

HC N. 136.435-PR

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE RECURSO ESPECIAL MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CINCO SUBSTITUIÇÕES DE RELATORIA. SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I – O excesso de trabalho que asseberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo.

II – Contudo, no caso dos autos, a situação caracteriza evidente constrangimento ilegal, uma vez que, passados mais de cinco anos de seu recebimento e distribuição, os autos permanecem, até esta data, sem julgamento de mérito, tendo em vista as sucessivas alterações de relatoria.

III – Inaplicabilidade, nas espécie, dos precedentes da Corte que afirmam não configurar ilícito a demora no julgamento do recurso decorrente de sucessão de Ministro egresso do STJ.

IV- A demora demasiada para o julgamento do feito naquela Corte Superior, decorrente de elevado número de substituição de relatores, a saber, o total de cinco, configura negativa de prestação jurisdicional e flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, apto a justificar a concessão da ordem para determinar o imediato julgamento daquela ação.

V – *Habeas corpus* conhecido, concedendo-se a ordem para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que apresente o recurso especial em mesa para julgamento até a 5ª sessão, ordinária ou extraordinária, subsequente à comunicação da ordem.

**noticiado no Informativo 848*

Inq N. 3.965-DF

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS EM RELAÇÃO A ACUSADO SEM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSAMENTO CONJUNTO COM OS DEMAIS ENVOLVIDOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM A MEDIDA E SEU COMPARTILHAMENTO JUNTADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS E DISPONIBILIZAÇÃO DOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS ALUDIDAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. COMPARTILHAMENTO COM AÇÃO PENAL RELATIVA A CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO MAJORADA (ART. 89, *CAPUT*, C/C ART. 84, § 2º, AMBOS DA LEI 8.666/1993). ATUAÇÃO EM CONFORMIDADE COM NORMAS LEGAIS E INFRALEGAIS VIGENTES. ERRO DE TIPO. PRECEDENTE. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. 6º, 2ª PARTE, DA LEI 8.038/1990).

1. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à degravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica (HC 91.207-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016).

2. Esta Corte já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção (RE 810.906-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 14.9.2015; AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 8.10.2010; HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ de 4.3.2005), e até mesmo com processos de natureza administrativa (RMS 28.774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 25.8.2016).

3. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas dos agentes, com as devidas circunstâncias, narrando de maneira clara e precisa a imputação, segundo o contexto em que inserida.

4. O Convênio 001/2008, na visão do ex-Diretor-Geral do Transporte Urbano do Distrito Federal - DFTRANS e dos operadores do sistema de transporte público coletivo, encontrava embasamento em ato normativo da Secretaria de Transportes que regulamentava lei distrital. Conforme já decidido pela Segunda Turma em caso análogo, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo “*fora das hipóteses legais*” (art. 89 da Lei 8.666/1993) exclui o dolo, nos termos do art. 20 do Código Penal (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.9.2015). Desse modo, afigura-se atípica a conduta atribuída a esses denunciados.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do “*elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida*” (INQ 2.688, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). No caso, pelo que se colhe dos autos é possível se afirmar, desde logo, que não se encontra presente essa circunstância volitiva, o que revela a atipicidade, determina inclusive a improcedência da acusação, nos termos do art. 6º, 2ª parte, da Lei 8.038/1990.

6. Acusação julgada improcedente.

Rel N. 23.101-PR

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Ementa: RECLAMAÇÃO. GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE. SÚMULA VINCULANTE 14. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE CÓPIAS EM MEIO MAGNÉTICO, ÓPTICO OU ELETRÔNICO DE DEPOIMENTOS EM FORMATO AUDIOVISUAL GRAVADOS EM MÍDIAS JÁ DOCUMENTADAS NOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AMPLO ACESSO AOS ELEMENTOS DE PROVA. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

I – O direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual.

II – A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do *Parquet*, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessária a degravação da audiência realizada por meio audiovisual, sendo obrigatória apenas a disponibilização da cópia do que registrado nesse ato. Precedentes.

IV – Reclamação procedente.

Acórdãos Publicados: 367

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

**Pena - Execução Provisória - Princípio da não Culpabilidade - Habeas Corpus - Liminar - Deferimento
- Liminar - Extensão - Corréu (Transcrições)**

HC 137.194/SP*

RELATOR: Ministro Marco Aurélio

DECISÃO: 1. A assessora Dra. Mariana Madera Nunes prestou as seguintes informações:

O Juízo da Vigésima Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, no processo nº 0069669-78.2009.8.26.0050, condenou o paciente a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 dias-multa, em virtude do cometimento do delito descrito no artigo 171, cabeça (estelionato), por dez vezes, na forma do 71 (crime continuado), todos do Código Penal.

A defesa formalizou apelação, pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento da extinção de punibilidade considerada a prescrição da pretensão punitiva. Sucessivamente, buscou a absolvição por atipicidade da conduta ou a redução da sanção imposta, dizendo injustificado o aumento da pena-base. A Nona Câmara de Direito Criminal, ao desprover o recurso, afirmou não transcorrido prazo superior a 8 anos. Asseverou ter ficado demonstrado o emprego de fraude, a provocação e manutenção da vítima em erro, a obtenção de vantagem indevida e o prejuízo alheio. Consignou que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o elevado valor do prejuízo sofrido pela vítima e o fato de os réus não terem procurado ressarcir-la. Determinou a expedição de mandado de prisão, aludindo ao decidido, pelo Supremo, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP.

No Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* nº 371.146/SP foi inadmitido pelo Relator.

O impetrante sustenta a ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade, presente o início da execução da reprimenda antes do trânsito em julgado da condenação. Aponta as condições pessoais favoráveis do paciente – primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa. Destaca a inexistência de vagas disponíveis no sistema penitenciário para o cumprimento da sanção em regime semiaberto. Aduz ausentes os requisitos ensejadores da custódia preventiva.

Requer, em âmbito liminar, a expedição de contramandado de prisão. No mérito, pretende a confirmação da providência, para que seja reconhecido ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, a preclusão maior do título condenatório.

Por meio da petição/STF nº 52.690/2016, o impetrante buscou comprovar não haver transitado em julgado a condenação, apresentando cópia das peças reveladoras da interposição dos recursos especial e extraordinário.

A fase é de exame da medida acauteladora.

2. Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda.

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétreia – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

3. Defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório. Recolham o mandado de prisão, ou, se já cumprido, expeçam o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não se encontre preso por motivo diverso do retratado no processo nº 0069669-78.2009.8.26.0050, da Vigésima Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. Advirtam-no da necessidade de permanecer na residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de

adotar a postura que se aguarda do homem médio, integrado à sociedade.

4. Sendo idêntica a situação do corréu Roldão César do Nascimento, estendo-lhe esta medida acauteladora, com os mesmos cuidados, consoante o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

6. Publiquem.

Brasília, 7 de dezembro de 2016.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

**decisão publicada no DJe em 15.12.2016*

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

5 a 9 de dezembro de 2016

Lei nº 13.367, de 5.12.2016 - Altera a Lei no 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Publicada no DOU, Seção nº1, Edição nº 233, p. 1, em 06.12.2016.