

# Informativo STF Mensal

Brasília, outubro de 2016 - nº 63  
Compilação dos Informativos nºs 842 a 845

---

---

O Informativo STF Mensal apresenta todos os resumos de julgamentos divulgados pelo Informativo STF concluídos no mês a que se refere e é organizado por ramos do Direito e por assuntos.

---

---

## SUMÁRIO

### Direito Administrativo

#### Greve

Greve de servidor público e desconto de dias não trabalhados - 4

### Direito Ambiental

#### Defesa e Proteção da Fauna

ADI e “vaquejada” - 6

### Direito Constitucional

#### Controle de Constitucionalidade

ADI e arrecadação de direitos autorais -3

Prejudicialidade e comunicação de revogação de ato normativo após julgamento de ADI

#### Ministério Público

CNMP e vitaliciamento de membros do Ministério Público

#### Reclamação

Reclamação e esgotamento das vias ordinárias de impugnação

#### Repartição de Competência

Administração municipal e publicidade de bebidas alcoólicas ou de cigarros - 2

#### Súmula Vinculante

Ato de efeitos concretos e Enunciado 10 da Súmula Vinculante - 2

### Direito Penal

#### Penas

“Habeas corpus” e regime de cumprimento de pena

Causa de diminuição e Lei de Drogas

Roubo: pena-base no mínimo legal e regime inicial fechado - 2

Dosemetria da pena e custos da atuação estatal

#### Tipicidade

“Habeas corpus” e trancamento de ação penal

Porte ilegal de munição e princípio da insignificância

Pesca ilegal: crime de perigo e princípio da insignificância

### Direito Previdenciário

#### Benefícios Previdenciários

Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 e “desaposentação” - 9

### Direito Processual Civil

#### Ação Rescisória

Ação rescisória e inconstitucionalidade de lei

### **Requisitos de Admissibilidade Recursal**

Rediscussão de repercussão geral em Plenário físico

### **Direito Processual Penal**

#### **Execução da pena**

Execução provisória da pena e trânsito em julgado - 2

#### **Indulto Natalino**

Cometimento de falta grave e indulto natalino

#### **Prazos Processuais**

Inadmissibilidade de RE em matéria penal e prazo recursal

#### **Provas**

Busca veicular e autorização judicial

### **Direito Processual Penal Militar**

#### **Competência**

Fixação de competência e Justiça Militar

### **Direito Tributário**

#### **Princípios e Garantias Tributárias**

Princípios da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 7

#### **Tributos**

Anuidade de conselho profissional e sistema tributário - 4

Princípio da legalidade tributária: taxa e ato infralegal - 6

Tarifa de assinatura básica e ICMS

Substituição tributária e restituição - 15

Substituição tributária: direito à restituição e base de cálculo presumida maior que a efetiva - 2

---

---

## **DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **Greve**

#### ***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 tocava 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 paralista 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. \(RE-693456\)](#)

(Informativo 845, Plenário, Repercussão Geral) 1ª Parte:  [Áudio](#) 2ª Parte:  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

## **DIREITO AMBIENTAL**

### **Defesa e Proteção da Fauna**

#### ***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 desconhecimento 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.](#)

(Informativo 842, Plenário)  

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### Controle de Constitucionalidade

#### *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 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 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 maltratava 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. \(ADI-5065\)](#)

(Informativo 845, Plenário)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

### ***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. \(ADI-951\)](#)

(Informativo 845, Plenário)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

## **Ministério Público**

### ***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 CMNP, 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.](#)

(Informativo 842, 2ª Turma)

## **Reclamação**

### ***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. \(Rcl-24686\)](#)

(Informativo 845, 2ª Turma)

## **Repartição de Competência**

### ***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 copatrocinaados 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 recaí 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. \(RE-305470\)](#)  
(Informativo 844, 2ª Turma)

### **Súmula Vinculante**

#### ***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. \(Rcl-18165\)](#)  
(Informativo 844, 2ª Turma)

## **DIREITO PENAL**

### **Penas**

#### ***“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. \(HC-129714\)](#)

(Informativo 843, 1ª 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. \(HC-130981\)](#)

(Informativo 844, 1ª Turma)

### ***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. \(RHC-135298\)](#)

(Informativo 844, 2ª Turma)

### ***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. \(HC-134193\)](#)  
(Informativo 845, 2ª Turma)

### **Tipicidade**

#### ***"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.](#)  
(Informativo 842, 1ª Turma)

#### ***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. \(HC-131771\)](#)

(Informativo 844, 1ª Turma)

### ***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. \(HC-127926\)](#)

(Informativo 845, 2ª Turma)

## **DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

### **Benefícios Previdenciários**

#### ***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 sobrevida” — 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, deixara 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 ser

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. \(RE-827833\)](#)

(Informativo 845, Plenário, Repercussão Geral)

1ª Parte:  [Áudio](#) 2ª Parte:  [Áudio](#) 3ª Parte:  [Áudio](#) 4ª Parte:  [Áudio](#)  [Video](#)

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### Ação Rescisória

#### *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. \(AR-1551\)](#)

(Informativo 844, Plenário)  [Áudio](#)  [Video](#)

### Requisito de Admissibilidade Recursal

#### *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. \(RE-584247\)](#)

(Informativo 845, Plenário, Repercussão Geral)   Video

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

### Execução da Pena

#### *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, imporá 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.](#)

(Informativo 842, Plenário) 1ª Parte:  2ª Parte:  3ª Parte:  4ª Parte:   
5ª Parte:  6ª Parte:   Vídeo

## **Indulto Natalino**

### ***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 usurpava 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.](#)

(Informativo 842, 2ª Turma)

## **Prazos Processuais**

### ***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 inadmite 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. \(ARE-993407\)](#)

(Informativo 845, 1ª Turma)

## Provas

### *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. \(RHC-117767\)](#)

(Informativo 843, 2ª Turma)

## DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

### Competência

#### *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.](#)

(Informativo 842, 2ª Turma)

## DIREITO TRIBUTÁRIO

### Princípios e Garantias Tributárias

#### *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. \(RE-704292\)](#)

(Informativo 844, Plenário, Repercussão Geral)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

## Tributos

### ***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 debeatur” 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.](#)

(Informativo 842, Plenário)  

### ***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 infr legais, 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.](#)

(Informativo 842, Plenário, Repercussão Geral)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

### ***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. \(RE-912888\)](#)

(Informativo 843, Plenário, Repercussão Geral)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

### ***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. \(ADI-2777\)](#)

(Informativo 844, Plenário)  

### ***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. Acompanhamento Processual :: STF - Supremo Tribunal Federal \(RE-593849\)](#)

(Informativo 844, Plenário, Repercussão Geral)

1ª Parte:  [Áudio](#) 2ª Parte:  [Áudio](#) 3ª Parte:  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

Supremo Tribunal Federal  
Secretaria de Documentação - SDO  
Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados - CJCD  
[CJCD@stf.jus.br](mailto:CJCD@stf.jus.br)