

Informativo STF Mensal

Brasília, novembro de 2016 - nº 64
Compilação dos Informativos nºs 846 a 849

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

Processo Administrativo Disciplinar

PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante

Direito Constitucional

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Federalismo fiscal e omissão legislativa - 2

Controle de Constitucionalidade

Extinção de carteira de previdência e serventias não oficializadas

FIES: obrigações tributárias e alteração normativa

Constituição estadual e modelo federal

Direitos e Garantias Fundamentais

“Habeas corpus” e razoável duração do processo

Incitação à discriminação religiosa e proselitismo

Aborto consentido e direitos fundamentais da mulher

Extradição

Crimes contra a humanidade e prescrição - 2

Repartição de Competência

ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 8

Repartição das Receitas Tributárias

IR e IPI: desoneração e direito ao valor que potencialmente seria arrecadado

Súmula Vinculante

Cabimento de reclamação e Enunciado 10 da Súmula Vinculante

Direito Financeiro

Orçamento

Reparação econômica de anistiado político e disponibilidade orçamentária

Receita Pública

Repasse de duodécimos e frustração na realização da receita orçamentária

Direito Penal

Penas

Causa de diminuição da pena e quantidade de droga apreendida

Direito Processual Penal

Provas

Busca e apreensão, violação de correspondência e domicílio - 2

Prova ilícita e desentranhamento de peças processuais

Direito Tributário

Protesto de CDA

Protesto de CDA e sanção política

Tributos

Compensação judicial de perda financeira e separação de Poderes

DIREITO ADMINISTRATIVO

Processo Administrativo Disciplinar

PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante

O Tribunal, por maioria, rejeitou proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”).

Para o proponente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o procedimento de edição da referida súmula vinculante não teria observado os pressupostos estabelecidos pela Constituição Federal (CF), entre os quais a exigência de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria. Além dos vícios formais de inconstitucionalidade, alegava que a Súmula Vinculante 5 afrontaria materialmente o conteúdo normativo axiológico da CF por contrariar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Em vista disso, postulava-se seu cancelamento.

Prevaleceu o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, no que acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Ao rejeitar a proposta, asseverou que o CFOAB buscou refutar cada um dos fundamentos que serviram de base para o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF (DJe de 12.9.2008). Rememorou que, no referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, concluiu que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a CF. Observou, também, que, durante as discussões em plenário, não se proibiu a participação dos advogados nos processos administrativos disciplinares. Pelo contrário, determinou-se que a Administração Pública viabilizasse a presença de advogado nesses procedimentos administrativos, bem como cientificasse os servidores públicos acerca da possibilidade de contratação desse profissional para sua defesa.

Para o ministro, mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo do verbete não propicia a reabertura das discussões sobre tema já debatido à exaustão pelo STF. Ademais, para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, é necessário que seja evidenciada a superação da jurisprudência da Corte no trato da matéria, e que haja alteração legislativa quanto ao tema ou modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Por fim, pontuou que o CFOAB não demonstrou a presença dos pressupostos de admissibilidade e não se desincumbiu da exigência constitucional de apresentar decisões reiteradas do STF que demonstrem a necessidade de alteração ou cancelamento da Súmula Vinculante 5. Tal circunstância impossibilita a análise da presente proposta.

Para o ministro Roberto Barroso, há certa hesitação em equiparar plenamente o processo judicial ao processo administrativo, entre outras razões, pela possibilidade de revisão judicial deste último. Sob certos aspectos, no entanto, entendeu que o direito disciplinar sancionatório deve observar cautelas inerentes ao processo penal.

Consignou que os precedentes relativos ao cometimento de falta grave no âmbito do sistema penitenciário não demonstram ter havido mudança da jurisprudência da Corte acerca da aplicação da Súmula Vinculante 5. Esta se refere ao típico processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública e não propriamente no de infrações cometidas no sistema penitenciário. Afirmou não ter havido mudança substancial na legislação, na jurisprudência ou na percepção da sociedade, a justificar a revisão ou o cancelamento da Súmula Vinculante 5. De acordo com o ministro, a súmula vinculante deve ter certo grau de estabilidade, a qual apenas deve ser removida por fatos suficientemente relevantes, não observados na espécie.

Para o ministro Teori Zavascki, a edição de uma súmula vinculante, inclusive para se dar autoridade a ela, precisa atender aos requisitos apresentados na CF. Esse mesmo cuidado deve ser observado em caso de revisão, modificação ou cancelamento de súmulas, sob pena de se negar autoridade e se transformar o verbete vinculante num precedente qualquer, eliminando sua função no sistema, principalmente a de dar estabilidade e segurança às decisões da Corte.

Entendeu que, após a edição da Súmula Vinculante 5, não houve alteração da jurisprudência STF sobre a matéria, de modo a não haver motivo para o cancelamento do verbete.

Salientou que a referida súmula vinculante não eliminou o direito de defesa por advogado no âmbito dos processos administrativos disciplinares. Nela consta apenas que a presença desse profissional não é obrigatória em tais procedimentos.

Ressaltou que, caso se reconheça que a Súmula Vinculante 5 viola a Constituição, também deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que, em processo judicial, dispensam a presença de advogado (nos processos trabalhistas, nos juizados de pequenas causas, nos juizados especiais federais, etc.).

Assentou que os processos administrativos estão sujeitos a ampla revisão no âmbito jurisdicional, no qual haverá a defesa técnica necessária. Concluiu que o cancelamento da súmula restauraria situação de insegurança total, pois se devolveria à jurisdição normal uma discussão que a súmula buscou eliminar.

Vencidos os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia (Presidente), que acolhiam a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5.

O ministro Marco Aurélio observava, inicialmente, que sua edição implicou a superação da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”) e que a referida proposta de cancelamento foi ajuizada pelo CFOAB dois meses e seis dias após a edição do verbete vinculante.

Ponderava que deveria haver um cuidado maior na observância da norma constitucional que vincula a edição de verbetes vinculantes a reiterados pronunciamentos do Tribunal. Afirmava que a edição da Súmula Vinculante 5 foi motivada pelo que decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF (DJe de 12.9.2008) e do Mandado de Segurança 24.961/DF (DJU de 1.4.2004), o qual, aliás, versou sobre tema que nada tinha a ver com processo administrativo disciplinar.

Consignou, ademais, que, tanto quanto possível, deve ser garantida a participação de alguém que domine a ciência do Direito, ao menos para que o processo administrativo não seja simplesmente inquisitorial.

O ministro Edson Fachin, preliminarmente, afastava qualquer objeção quanto ao conhecimento do pleito. Observava que, no julgamento das Propostas de Súmulas Vinculantes 13 e 54, as quais tinham por objeto o cancelamento e a revisão das Súmulas Vinculantes 11 e 25, a Corte assentou que, para se admitir a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, seria necessário evidenciar a superação da jurisprudência do STF no trato da matéria, a alteração legislativa quanto ao tema ou, ainda, a modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Ponderava que, embora haja diversos precedentes da Corte no sentido da aplicação da Súmula Vinculante 5, o STF tem afastado a incidência do verbete para apurar infrações disciplinares no âmbito de execução penal. Tais precedentes abriram espaço para debate, rediscussão e eventual cancelamento da súmula.

Quanto ao mérito, entendia que o ajuste da jurisprudência parece ter acompanhado o alcance dado — sobretudo pelas organizações internacionais de direitos humanos — aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O ministro ressaltava, ainda, que a experiência do direito comparado tem estendido aos procedimentos disciplinares penitenciários as mesmas garantias do processo penal e que há na jurisprudência comparada e na doutrina brasileira uma tendência de aproximação entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal. Ponderava que, não raro, as sanções de caráter administrativo assumem características muito próximas às sanções penais. Essa proximidade se dá pelo menos à luz de três critérios pelos quais as garantias penais devem ser estendidas aos acusados administrativos: a) a qualificação dada aos fatos pelo direito interno; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade da sanção aplicável ao acusado.

Para ele, a riqueza da casuística coletada da experiência internacional está a revelar grande espaço de conformação do chamado direito à assistência legal aos procedimentos disciplinares e ao direito administrativo sancionatório.

Destacava que as súmulas vinculantes acabam por colocar um selo jurídico em conquistas hermenêuticas, logo é preciso ter cautela a fim de evitar que o enunciado sumulado se torne autônomo. É certo que a adequada interpretação da súmula vinculante sempre depende dos casos que lhe deram origem e que, particularmente quanto à Súmula Vinculante 5, o principal precedente utilizado foi o Recurso Extraordinário 434.059/DF. Na oportunidade, o Tribunal definiu o direito à defesa, consagrado no art. 5º,

LV, da CF, como o direito de informação, de manifestação e de ver os argumentos do interessado considerados. A referida decisão mostrou-se adequada àquele caso, da mesma forma que essa orientação, posteriormente sedimentada no verbete sumulado, serviu como razão de decidir em diversos outros julgados desta Corte. Sendo assim, não há falar em correção da solução adotada relativamente aos casos em que foi empregada. No entanto, as exceções reconhecidas e, assim, o alcance possível de ser atribuído ao direito de ampla defesa, à luz do indicado na jurisprudência comparada, permite compreender que o verbebo sumular pode, de fato, prejudicar eventual aperfeiçoamento da compreensão do Tribunal sobre a matéria.

Ressaltava, ademais, que o elastecimento do alcance do direito de defesa tem respaldo no próprio texto constitucional (arts. 5º, LV, e 133 da CF).

Consignava que a Lei 9.784/1999 prevê, em seu art. 3º, IV, o direito a fazer-se assistir facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei. O mencionado dispositivo legal reconheceu ao legislador espaço para conformação de situações em que a presença de advogado poderia ser considerada obrigatória. Além disso, não existe vedação constitucional ao reconhecimento do direito à assistência legal obrigatória no processo administrativo disciplinar.

Concluía que, na espacialidade que se abre com o cancelamento da Súmula Vinculante 5, haveria a possibilidade de casuística de graduação sem ofensa a direitos fundamentais nem violação das prerrogativas da administração. Nesses termos, a súmula deve contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integralidade do direito e a institucionalização de uma tradição. Por essa razão, em vista de um espaço ainda não sedimentado de conformação de um direito fundamental, o debate acerca do alcance do direito à assistência legal deve ser possível nas vias ordinárias, motivo por que a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 deveria ser acolhida.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, afirmava que a expressão “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, contida na Constituição (art. 5º, LV), significa que, toda vez que puder haver invasão na esfera jurídica de um acusado, ele tem de ter assegurado o contraditório e a ampla defesa. Ressaltou, ademais, que o art. 156 da Lei 8.112/1991 contém norma expressa em sentido semelhante (“É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”).

Asseverava que, seja no âmbito administrativo ou no âmbito judicial, é preciso observar essas garantias às quais a CF se refere, pois hoje a hermenêutica constitucional reclama que haja uma máxima efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Lembrava que a Súmula 343 do STJ foi editada com fundamento no entendimento de que a “presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar mesmo da garantia constitucional do direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas acusados num sentido geral”.

O ministro Celso de Mello ponderava que a observância dos direitos e garantias assegurados pela CF traduz fator de legitimação da atividade estatal, ainda mais quando o poder do Estado objetiva a imposição de sanção de natureza disciplinar a seus agentes e servidores.

Enfatizava que, nos procedimentos administrativos, a Administração Pública não pode transgredir postulados básicos, notadamente a garantia do “due process”, que representam prerrogativa indisponível de índole constitucional, assegurada à generalidade das pessoas e não apenas aos agentes e servidores públicos. Mesmo em se tratando de procedimento administrativo, ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o devido processo legal, sobretudo naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo — inclusive o servidor —, de outro.

Citava a jurisprudência da Corte, que se fixou no sentido de assistir ao interessado — no caso servidor público, mesmo em procedimentos de índole administrativa, inclusive naqueles de caráter eminentemente disciplinar, nos quais a Administração Pública exerce típica jurisdição censória —, como direta emanção da própria garantia fundamental do “due process”, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República (art. 5º, LIV e LV).

Destacava que o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral. O advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na

proteção e na defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais. Concluía, dessa forma, que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar ofende a CF.

A ministra Cármen Lúcia ponderava que a redação da Súmula Vinculante 5 leva à interpretação equivocada de que toda e qualquer falta de defesa técnica não ofende a Constituição, o que muitas vezes pode de fato ocorrer.

[PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016. \(PSV-58\)](#)

(Informativo 849, Plenário) Parte 1: [🔊 Áudio](#) Parte 2: [🔊 Áudio](#) Parte 3: [🔊 Áudio](#) [📺 Vídeo](#)

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Federalismo fiscal e omissão legislativa - 2

O Plenário, em conclusão, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada lacuna legislativa, no tocante à edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 (“Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, ‘a’”) — v. Informativo 848. O Colegiado declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar a aludida lei complementar. Fixou, por maioria, o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão. No ponto, ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que não determinava prazo.

O Tribunal estabeleceu, também por decisão majoritária, que, na hipótese de o mencionado prazo transcorrer “in albis”, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados-Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Determinou, ainda, que se comunique ao TCU, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários ao cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montantes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União. Vencidos, no particular, os ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que não subscreviam as determinações dirigidas ao TCU.

O Colegiado considerou atendidos os requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática. Afinal, nos termos da jurisprudência da Corte, é necessário haver pertinência entre o objeto da ação e a defesa do interesse em causa. No caso dos governadores, a legitimidade está condicionada à repercussão do ato normativo impugnado nas atividades de interesse dos Estados-Membros, como na hipótese em debate.

No mérito, entendeu que o tema envolve autonomia financeira e partilha de recursos tributários. Embora o texto original da Constituição tivesse promovido esforços para descentralizar as receitas, a União, por meio das contribuições (cuja receita não é compartilhada com os demais entes), conseguiu reverter o quadro de partilha, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados. A partir do Plano Real, houve incremento da participação das receitas de contribuições no total de receitas correntes da União, sem o respectivo incremento na participação das receitas tributárias. Assim, se, por um lado, o constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos, por outro, deixou nas mãos da União, livres de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais.

Nesse contexto, a edição da Emenda Constitucional 42/2003 traduziu um esforço de desoneração de exportações, com impacto nas finanças estaduais. Por consequência, elevou ao plano constitucional tanto a tentativa de desoneração da Lei Complementar 87/1996 quanto a obrigatoriedade de repasses mensais a cargo da União. Além disso, as exportações brasileiras foram completamente removidas do campo de incidência do ICMS. Criou-se, portanto, uma imunidade constitucional, em prejuízo de uma fonte de receita pública estadual.

Se, por um lado, a modificação prestigia e incentiva as exportações em prol de toda a Federação, por outro, traz consequências severas sobretudo para quem se dedica à exportação de produtos primários. Por isso, para compensar a perda de arrecadação imposta pela Emenda Constitucional 42/2003, estabeleceu-se, no art. 91 do ADCT, uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Esse mecanismo, em tese, poderia representar importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela Emenda Constitucional 42/2003 nas contas estaduais. Entretanto, a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT nunca foi editada e, até hoje, a regra do § 3º deste dispositivo continua sendo aplicada.

A Corte ainda assinalou que existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do ADCT, e uma omissão legislativa que perdura por mais de dez anos. Isso traz consequências econômicas relevantes, sobretudo em relação a determinados Estados-Membros. Além disso, embora falte a lei complementar exigida pela Constituição, a legislação em vigor traz critérios provisórios para os repasses. Isso, entretanto, não basta para afastar a omissão em debate. Ao contrário, o sentido de provisoriedade do § 2º do art. 91 do ADCT só confirma a lacuna legislativa e não tem o condão de convalidá-la. Está, portanto, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão de mora do Poder Legislativo.

Diante disso, considerou necessário adotar solução no sentido de, decorrido “in albis” o prazo de doze meses estipulado para que o Legislativo saneie a omissão, caber ao TCU, enquanto não sobrevier lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos. Quanto à repartição entre os diversos entes federados, propôs ser feita nas condições estabelecidas pelo Confaz, de modo que a distribuição de recursos leve em conta o ICMS desonerado nas exportações de produtos primários e semielaborados e os créditos de ICMS decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente.

Por fim, explicou que o TCU é a instituição mais adequada para cumprir temporariamente essa incumbência (CF, art. 161, parágrafo único). Ademais, é o órgão escolhido pelo legislador para o cálculo da participação de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da CF. Caberá, assim, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal proceder na forma do § 4º do art. 91 do ADCT, de modo a apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, da CF, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior, a fim de subsidiar o TCU na fixação do montante a ser transferido, bem como das quotas a que terão direito os entes federados. Advindo a lei complementar, cessa a competência da Corte de Contas, conferida de forma precária e excepcional.

[ADO 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30.11.2016. \(ADO-25\)](#)

(Informativo 849, Plenário) Parte 1:  Áudio Parte 2:  Áudio  Vídeo

Controle de Constitucionalidade

Extinção de carteira de previdência e serventias não oficializadas

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face da Lei 14.016/2010 do Estado de São Paulo, que declara em extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado a que se refere a Lei 10.393/1970 e veda que o Estado-Membro responda, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, e por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.

Prevaleceu o entendimento fixado no voto do ministro Marco Aurélio (relator) com os aditamentos do voto do ministro Teori Zavascki.

O ministro Marco Aurélio considerou que, com a Emenda Constitucional 20/1998, o regime criado pela Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas deixou de ter suporte na Carta Federal, não se identificando com nenhum dos modelos nela previstos. Dessa forma, a sistemática reservada aos servidores públicos efetivos, com base no art. 40 da Constituição Federal, não se aplicaria. O diploma impugnado tampouco teria instituído sistema compatível com a previdência privada, haja vista a vedação contida no § 3º do art. 202 da Carta Magna.

Observou que, diante disso, teriam restado duas possibilidades à Carteira Previdenciária: a liquidação ou a adequação das fontes de custeio e das regras ao regime complementar inaugurado com a

reforma da Previdência. Entretanto, asseverou que nenhuma dessas alternativas poderia desconsiderar o princípio da segurança jurídica.

O ministro Marco Aurélio reportou-se à orientação firmada no julgamento da ADI 4291/SP (DJe de 21.5.2013), no sentido de que não se poderia colocar em segundo plano direitos adquiridos e situações subjetivas já reconhecidas e de que se teria situação previdenciária singular, criada e fomentada pelo próprio Poder Público, cuja modificação da realidade jurídica implicou a necessidade de liquidação do Fundo. Os participantes não teriam o dever de arcar com os prejuízos da ausência da principal fonte de custeio da Carteira, ainda que a Administração Pública, no tocante à decisão de extingui-la, tivesse atuado dentro dos limites da licitude, sendo antiga a jurisprudência da Corte sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito.




Por fim, o ministro Marco Aurélio destacou a obrigatoriedade da filiação à Carteira das Serventias não Oficializadas do Estado de São Paulo.

O ministro Teori Zavascki acompanhou o voto do relator. Entendeu, porém, que se deveria também reconhecer uma declaração conforme, assegurando àqueles que não implementaram todos os requisitos a possibilidade da contagem do tempo de serviço, nos termos do § 9º do art. 201 da Constituição Federal, a fim de evitar demandas individuais futuras.

Em suma, o Plenário decidiu: a) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, cabeça, e § 1º, da Lei 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; b) conferir interpretação conforme à Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; e c) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras da compensação referida.

Vencidos, quanto a este último ponto, os ministros Marco Aurélio (relator), Edson Fachin e Dias Toffoli, que se limitavam às situações jurídicas devidamente constituídas à época da extinção da Carteira.

[ADI 4420/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 16.11.2016, \(ADI-4420\)](#)

(Informativo 847, Plenário) Parte 1:  [Áudio](#) Parte 2:  [Áudio](#)  [Video](#)

FIES: obrigações tributárias e alteração normativa

O Plenário, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de dispositivos da Lei 10.260/2001, julgou prejudicado o pedido quanto aos arts. 12, IV; e 19, “caput” e §§ 1º a 5º; e improcedente no tocante ao art. 12, “caput”. As normas em questão tratam de obrigações tributárias e previdenciárias de instituições de ensino vinculadas ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

A respeito do art. 12, “caput”, da lei impugnada, o Colegiado anotou que sua alteração superveniente, por força da Lei 12.202/2010, não foi substancial. A nova redação apenas modificou a data de emissão limite para os certificados do Tesouro Nacional serem resgatados antecipadamente (de 1º de novembro para 10 de novembro), o que não implica prejudicialidade do pedido. Esses certificados representam títulos da dívida pública, emitidos em favor da instituição de ensino, com a finalidade de quitação de débitos com o INSS.

Ao analisar a alegação de inconstitucionalidade material da norma, o Tribunal reputou que a necessidade de satisfação das obrigações previdenciárias correntes para o resgate antecipado dos certificados da dívida pública em poder das instituições de ensino superior não interfere no exercício do direito constitucional à obtenção gratuita de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal. Essa condição não contraria nem restringe o direito dessas instituições de provocarem o Judiciário para questionar qualquer obrigação previdenciária, garantidos também os direitos processuais ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto aos arts. 12, IV; e 19, “caput” e §§ 1º a 5º, o Plenário sublinhou que o art. 12, IV sofreu alteração substancial pela Lei 11.552/2007. Com isso, passou a prever como condição para o resgate antecipado que as instituições de ensino superior não estejam em atraso nos pagamentos dos tributos administrados pela receita federal. O “caput” do art. 19, por sua vez, vincula-se ao art. 55 da Lei 8.212/1991, expressamente revogado pelo art. 44, I, da Lei 12.101/2009.

Assim, embora esses dispositivos impugnados não tenham sido expressamente revogados, perderam o objeto, pois o conteúdo normativo tinha como destinatárias as instituições de ensino enquadradas no citado art. 55. O art. 19 perdeu, portanto, um elemento essencial: a definição das entidades titulares da obrigação instituída nas normas impugnadas. E, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhece-se o

prejuízo de ações de controle abstrato nas quais as normas impugnadas deixam de subsistir no ordenamento jurídico.

[ADI 2545/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16.11.2016. \(ADI-2545\)](#)

(Informativo 847, Plenário)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

Constituição estadual e modelo federal

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face de dispositivos da Constituição do Estado do Sergipe que dispõem sobre as competências do Tribunal de Contas estadual e os critérios de recondução do Procurador-Geral de Justiça e de escolha do Superintendente da Polícia Civil.

A Corte, por unanimidade: a) declarou a inconstitucionalidade do art. 47, V, e da expressão “decorrido o tempo previsto sem oferecimento do parecer, serão os autos remetidos no prazo de cinco dias às respectivas Câmaras Municipais”, contida na parte final do inciso XII do art. 68, ambos da Constituição de Sergipe; b) deu interpretação conforme à Constituição da República à expressão “permitida a recondução”, constante do § 1º do artigo 116, para ser entendida como “permitida uma recondução”; e c) deu interpretação ao § 1º do art. 127 da Constituição de Sergipe, conforme o art. 144, § 4º, da Constituição da República, para circunscrever a escolha do Superintendente da Polícia Civil, pelo Governador do Estado, a delegados ou delegadas de polícia da carreira, independentemente do estágio de sua progressão funcional.

Entendeu que os referidos preceitos impugnados violam o modelo federal instituído pela Constituição da República, de observância compulsória pelos Estados-Membros, por força do art. 75.

Considerou que o inciso V do art. 47, ao conferir competência privativa à Assembleia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, usurpou a atribuição típica do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, prevista no inciso II do art. 71 da Carta Magna.

Relativamente à expressão contida na parte final do inciso XII do art. 68, que permite que as Câmaras Legislativas apreciem as contas anuais prestadas pelos prefeitos, independentemente do parecer do Tribunal de Contas do Estado, caso este não o ofereça em 180 dias a contar do respectivo recebimento, o Colegiado vislumbrou ofensa ao art. 31, § 2º, da Constituição Federal. Asseverou, no ponto, que o parecer prévio a ser emitido pela Corte de Contas seria imprescindível, só deixando de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

No que se refere ao § 1º do art. 116, ressaltou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a permissão de recondução ao cargo do Procurador-Geral de Justiça, sem limite de mandatos, seria contrária ao disposto no art. 128, § 3º, da Constituição Federal, que autoriza uma única recondução.

Por fim, o Plenário concluiu que ao § 1º do art. 127 não cumpria circunscrever o exercício da Superintendência da Polícia Civil aos delegados ou delegadas em final de carreira, mas, apenas, àqueles da carreira independentemente de sua progressão, tendo em conta o disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal.

[ADI 3077/SE, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16.11.2016. \(ADI-3077\)](#)

(Informativo 847, Plenário)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

Direitos e Garantias Fundamentais

“Habeas corpus” e razoável duração do processo

A Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia atribuir celeridade ao julgamento do mérito de REsp no STJ.

A defesa alegava que a demora no julgamento do recurso violaria o princípio do devido processo legal, que pressupõe a célere prestação jurisdicional, sobretudo quando o bem jurídico em questão é a liberdade do cidadão e da justiça efetiva ou celeridade processual.

O Colegiado assentou que, em regra, o grande volume de trabalho do STJ permite flexibilizar, em alguma medida, o princípio constitucional da razoável duração do processo.

No caso, contudo, a demora demasiada para o julgamento do recurso, em razão do elevado número de substituição de relatores — no total de cinco substituições —, configura negativa de prestação jurisdicional e flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente. Tal circunstância justifica a concessão da ordem para determinar que o STJ julgue o recurso imediatamente.

[HC 136435/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.11.2016. \(HC-136435\)](#)

(Informativo 848, 2ª Segunda Turma)

Incitação à discriminação religiosa e proselitismo

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” para trancar ação penal em que se imputa ao recorrente a suposta prática de crime de racismo, por meio de incitação à discriminação religiosa (Lei 7.716/1989, art. 20, § 2º). No caso, sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana publicou livro no qual, segundo a acusação, explicitou conteúdo discriminatório a atingir a doutrina espírita.

O Colegiado equacionou que, em um cenário permeado por dogmas com fundamentos emocionais, os indivíduos tendem a crer que professam sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor, e essa certeza contém intrínseca hierarquização. Nesse ambiente, é necessário avaliar a observância dos limites do exercício das liberdades constitucionais. Por sua vez, não cabe ao Judiciário censurar manifestações de pensamento. Assim, eventual infelicidade de declarações e explicitações escapa do espectro de atuação estatal.

Ponderou que a liberdade religiosa possui expressa proteção constitucional (CF, art. 5º, VI e VIII) e abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Além disso, alcança a escolha de convicções, de optar por determinada religião ou por nenhuma delas, de empreender proselitismo e de explicitar atos próprios de religiosidade.

Assim, a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, em vez de liberdade, haveria mera indiferença religiosa.

Por outro lado, a liberdade religiosa não ostenta caráter absoluto e deve ser exercitada de acordo com a delimitação constitucional, segundo o princípio da convivência das liberdades públicas. Nessa perspectiva, o repúdio ao racismo figura como um dos princípios que regem o País em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII). Ademais, o tipo penal em debate decorre de mandamento de criminalização expresso no art. 5º, XLII, da CF. No caso, cumpre perquirir se as opiniões explicitadas pelo recorrente estão em conformidade com a Constituição ou se desbordam dos limites do exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas.

A Turma assinalou que a característica plural da Constituição impõe que determinados interesses, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos. É necessário que as posições divergentes sejam mutuamente respeitadas, reclamando-se tolerância em relação ao diferente.

Por sua vez, os limites de discursos religiosos não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo em questão, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional. A mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que a não religiosa. Sob esse aspecto, diversas religiões ostentam caráter universalista, ou seja, almejam converter o maior número possível de pessoas. Em especial, o catolicismo e o cristianismo perseguem esse objetivo. Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões universalistas configura ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa.

O proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. O indivíduo que busca a conversão de outrem geralmente o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem.

Esse proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Essa ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria excessiva restrição às liberdades constitucionais.

Assim, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. A desigualação desemboca em discriminação na hipótese em que ultrapassa, de forma cumulativa, três etapas. A primeira delas relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos. Na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização. Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações quanto à mais adequada entre elas é da essencialidade da liberdade de expressão religiosa. Por fim, a terceira fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo considerado inferior.

Desse modo, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita, em tese, à censura penal. Necessário, portanto, precisar o sentido de exploração e eliminação, que se relaciona à avaliação de que o suposto superior tem o dever e, ao mesmo tempo, a prerrogativa de subjugar o indivíduo considerado inferior.

Por sua vez, nas hipóteses em que se reconhece caber ao pretense superior a prestação de auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença somente das primeiras etapas, de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a merecer reprimenda penal. O discurso proselitista, nessas hipóteses, associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras crenças não se qualifica intrinsecamente como discriminatório.

Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. No contexto religioso, a tentativa de convencimento pela fé, sem contornos de violência ou desrespeito à dignidade humana, está dentro das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou de perseguição aptos a macular a dignidade humana.

No caso concreto, a publicação escrita pelo recorrente, sacerdote católico, dedica-se à pregação da fé católica, e suas explicitações detêm público específico. Não se pode depreender a intenção de proferir ofensas às pessoas que seguem a doutrina espírita, mas sim de orientar a população católica da incompatibilidade verificada, segundo sua visão, entre o catolicismo e o espiritismo.

Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, não há intenção de que os fiéis católicos procedam à escravização, exploração ou eliminação dos adeptos do espiritismo. A vinculação operada entre o espiritismo e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo recorrente. Não se trata de tentativa de subjugação dos adeptos do espiritismo, portanto.

Assim, a explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz, por si, o elemento típico. É indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto resgate ou salvação, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa, e não preenche o âmbito proibitivo da norma.

Vencido o ministro Luiz Fux, que não trancava a ação penal por entender não haver elementos suficientes para tanto.

[RHC 134682/BA, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016. \(RHC-134682\)](#)

(Informativo 849, 1ª Turma)

Aborto consentido e direitos fundamentais da mulher

A Primeira Turma, por maioria, não conheceu de “habeas corpus”, por entendê-lo incabível na espécie. Porém, concedeu a ordem de ofício em favor de pacientes presos cautelarmente em razão do suposto cometimento dos crimes descritos nos arts. 126 e 288 do Código Penal (CP) (aborto consentido e formação de quadrilha), para afastar a custódia preventiva.

Assentou não estarem presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar (Código de Processo Penal, art. 312). Afinal, os pacientes são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

Reputou ser preciso conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 124 a 126 do CP, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem.

[HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29.11.2016. \(HC-124306\)](#)

(Informativo 849, 1ª Turma)

Extradicação

Crimes contra a humanidade e prescrição - 2

O Plenário, em conclusão e julgamento e por maioria, indeferiu pedido de extradicação formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, ao qual imputada a suposta prática de delitos de lesa-humanidade. Ele é investigado por crimes correspondentes, no Código Penal brasileiro, aos de homicídio qualificado, sequestro e associação criminosa. Os delitos teriam sido cometidos quando o extraditando integrava o grupo terrorista “Triple A”, em atividade entre os anos 1973 e 1975, cujo objetivo era o sequestro e o assassinato de cidadãos argentinos contrários ao governo então vigente naquele país — v. Informativos 842 e 844.

O Colegiado considerou estar extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando, nos termos da legislação brasileira, e de não ter sido atendido, portanto, o requisito da dupla punibilidade.

Destacou a jurisprudência nesse sentido, e relembrou o art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro e o art. III, “c”, do tratado de extradição entre Brasil e Argentina quanto à vedação do pleito extradicional quando extinta a punibilidade pela prescrição.

Apresentou também o posicionamento da Corte em casos semelhantes, nos quais o pedido de extradição teria sido deferido apenas quanto aos crimes reputados de natureza permanente e considerados não prescritos, em virtude da não cessação da permanência, situação diversa da ora analisada.

Relativamente à qualificação dos delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade, entendeu que essa circunstância não afasta a aplicação da citada jurisprudência.

A Corte se referiu a fundamentos expostos na ADPF 153/DF, no sentido da não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, haja vista o País não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido, e, ainda, em razão de somente lei interna poder dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir.




Ponderou que, mesmo se houvesse norma de direito internacional de caráter cogente a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido ainda reproduzida no direito interno. Portanto, o Estatuto de Roma, considerado norma de estatura supralegal ou constitucional, não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, que veda a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

Em seguida, o Plenário afastou a ofensa ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não ocorre, no caso, invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, mas simples incidência de limitação prevista nesse tratado.

Concluiu que, estando prescritos os crimes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia o próprio tratado de extradição, que demanda a observância do requisito da dupla punibilidade.

Vencidos os ministros Edson Fachin (relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, que reajustou o voto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (presidente), todos pelo indeferimento do pedido. Em seguida, o Tribunal determinou a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando.

[Ext 1362/DF, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 9.11.2016. \(Ext-1362\)](#)

(Informativo 846, Plenário) Parte 1:  [Áudio](#) Parte 2:  [Áudio](#)  [Video](#)

Repartição de Competência

ADI e normas para a venda de títulos de capitalização - 8

O Plenário, em conclusão, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 14.507/2002 do Estado de Minas Gerais. A lei impugnada estabelece normas para a venda de títulos de capitalização e similares na referida unidade federativa (“Art. 1º - É vedada a vinculação a outro produto de título de capitalização ou similar, por meio de procedimento, técnica ou método utilizado, ainda que indiretamente, para fomentar ou garantir sua circulação ou venda. Art. 2º - A informação ou publicidade referente a título de capitalização conterá dados comparativos entre a correção monetária e os juros incidentes sobre o valor capitalizado e a valorização obtida na caderneta de poupança por investimento de igual valor, no mesmo período. Art. 3º - A inobservância do disposto nesta lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades: I - multa; II - suspensão do fornecimento do produto ou serviço; III - imposição de contrapropaganda; IV - suspensão temporária da atividade. Parágrafo único - As penalidades previstas neste artigo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sem prejuízo das de natureza cível, penal e de outras cabíveis. Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.”) — v. Informativos 576, 775 e 830.

O Colegiado asseverou que a regra contida no § 3º do art. 24 da Constituição Federal também abrange o “caput” do artigo. Em seguida, entendeu que o exercício da competência legislativa concorrente pelos Estados — presente ou não norma geral editada pela União — pressupõe o atendimento de situações peculiares do ente, circunstância não verificada no caso.

Observou haver lei federal sobre a matéria (Código de Defesa do Consumidor). Ademais, ressaltou que a lei impugnada dispõe, na sua inteireza, sobre sistema de capitalização, o que compete

privativamente à União, que também já editou normas sobre defesa do consumidor e publicidade nessa matéria. A norma em debate estabelece, indevidamente, vedação a uma venda casada, o que a legislação federal autoriza.

Vencidos, em parte, os ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Celso de Mello e Edson Fachin, que declaravam a inconstitucionalidade apenas do art. 3º, III, da Lei 14.507/2002, do Estado de Minas Gerais, e da expressão "ou publicidade", constante do art. 2º dessa norma, por manifesta invasão do Estado-membro na competência legislativa reservada à União (CF, art. 22, XXIX).

[ADI 2905/MG, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16.11.2016. \(ADI-2905\)](#)

(Informativo 847, Plenário)  [Áudio](#)  [Video](#)

Repartição das Receitas Tributárias

IR e IPI: desoneração e direito ao valor que potencialmente seria arrecadado

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário que discutia se a concessão de benefícios, incentivos e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda (IR) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) pode impactar o cálculo do valor devido aos Municípios a título de participação na arrecadação dos referidos tributos.

Frisou que os Municípios não têm direito subjetivo constitucional para invalidar o exercício da competência tributária da União. Isso ocorre inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Sublinhou que a repartição de receitas correntes tributárias no Sistema Tributário Nacional conjuga duas espécies de financiamento dos governos locais: uma pelo critério da fonte (cobrança de tributos de competência própria) e outra pelo produto, o qual se traduz em participação no bolo tributário de competência do governo central. Nessa segunda hipótese, não há direito a participação referente à arrecadação potencial máxima em que se incluiria os incentivos e as renúncias fiscais, sob pena de subversão da decisão do Poder Constituinte. Portanto, não compete ao Supremo Tribunal Federal refazer ou invalidar as opções federativas tomadas pelo Poder Constituinte.

Ademais, não há como se incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União quanto a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação.

A desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão da receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação”, prevista nos arts. 157, 158 e 159 da Constituição Federal, de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.

No que se refere, especificamente, ao IPI, observou que esse tributo tem natureza e finalidade extrafiscal. Por isso, está dispensado da limitação do princípio da anterioridade e pode ser cobrado no mesmo exercício em que for instituído ou aumentado. Assim, se a União ficar impedida de administrar o IPI e, portanto, impossibilitada de aumentar ou reduzir alíquotas para determinados setores e para situações específicas, sob o fundamento de que isso representaria uma queda no FPM, o imposto perderá a sua natureza constitucional de tributo com finalidade extrafiscal.

Não se desconhece a importância das transferências do FPM para as finanças municipais, refletindo-se na consecução da autonomia financeira desses entes federativos. No entanto, acolher a pretensão do recorrente significaria invalidar o modelo de repartição das receitas tributárias eleito em sede constitucional.

Vencidos os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso. Para o ministro Luiz Fux, haveria direito consagrado constitucionalmente aos Municípios ao produto da arrecadação do IPI e do IR, que não poderia ser subtraído sob o pálio de uma competência tributária de desoneração. O ministro Dias Toffoli, por sua vez, ressaltava existir abuso na política de desoneração, portanto seria lícito ao Poder Judiciário sindicarem os abusos e os exageros cometidos.

[RE 705423/SE, rel. Min. Edson Fachin, 17.11.2016. \(RE-705423\)](#)

(Informativo 847, Plenário, Repercussão Geral)

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

Súmula Vinculante

Cabimento de reclamação e Enunciado 10 da Súmula Vinculante

Reclamação constitucional fundada em afronta ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”] não pode ser usada como sucedâneo de recurso ou de ação própria que analise a constitucionalidade de normas que foram objeto de interpretação idônea e legítima pelas autoridades jurídicas competentes.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em que se discutia o cabimento de reclamação, por violação ao referido verbete sumular, em razão de o acórdão reclamado ter afastado o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 (“§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”).

No caso, o tribunal de origem – ao interpretar decisão da Corte proferida na ADPF 46 firmando entendimento de persistir o monopólio postal conferido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – assentou que a reclamante, concessionária de energia elétrica, não poderia efetuar a contratação de empresa terceirizada para a entrega de fatura referente à leitura dos medidores de energia.

A Turma, por sua vez, consignou não ser possível analisar na reclamação se a restrição imposta pela decisão reclamada, na qual se afirmava “legal e constitucional a atividade de emitir faturas e fazer com que cheguem no tempo e no prazo nas mãos dos usuários”, foi uma declaração de inconstitucionalidade parcial implícita do disposto no art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995. Afinal, isso extrapola o objeto daquela ação.

Ressaltou que o entendimento prevalecente na Suprema Corte é o de que não afronta o Enunciado 10 da Súmula Vinculante, nem a regra do art. 97 da Constituição Federal, o ato da autoridade judiciária que deixa de aplicar a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou, ainda, que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição.

No caso da presente reclamação, interpretou-se a legislação infraconstitucional respectiva (Lei 8.987/1995), à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 46, sem qualquer indício de declaração de inconstitucionalidade da referida norma. Além de a questão posta já se encontrar judicializada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, dúvida razoável acerca da interpretação das normas infraconstitucionais não é hipótese de cabimento de reclamação.

Vencidos os ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio, os quais davam provimento ao agravo regimental. No caso, sublinhavam ter havido vulneração ao referido enunciado sumular e ter a decisão reclamada deixado de aplicar a Lei 8.987/1995, o que negaria vigência a esse dispositivo sem declará-lo inconstitucional. Além disso, o ministro Roberto Barroso acentuava que a terceirização, tanto por força de lei, como pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, seria plenamente admissível.

[Rcl 24284/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 22.11.2016. \(Rcl-24284\)](#)
(Informativo 848, 1ª Turma)

DIREITO FINANCEIRO

Orçamento

Reparação econômica de anistiado político e disponibilidade orçamentária

Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, “caput” e parágrafo único, da Lei 10.599/2002, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo. Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias. Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário em que debatido o pagamento imediato de reparação econômica a anistiados políticos, tendo em conta a ausência de previsão orçamentária e o regime de precatórios para pagamento de valores pelos quais o Estado é condenado.

De início, o Colegiado lembrou que a declaração de anistiado político é conferida em favor daqueles que, no período de 18.9.1946 a 5.10.1988, sofreram prejuízos em decorrência de motivação exclusivamente política por meio de ato de exceção (ADCT, art. 8º, “caput”). E, para liquidar as reparações econômicas desses anistiados, o orçamento anual da União destina valores expressivos, em prestação única ou em prestação mensal permanente e continuada.

Pontuou que, de acordo com o princípio da legalidade da despesa pública, a Administração deve atuar de acordo com parâmetros e valores determinados pela Lei Orçamentária Anual (LOA). O orçamento, por sua vez, deve estar adequado à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e ao Plano Plurianual (PPA), em respeito aos princípios da hierarquia e da integração normativa.

Entretanto, a jurisprudência da Corte consolidou a premissa de que a existência de dotação legal é suficiente para que haja o cumprimento integral da portaria que reconhece a condição de anistiado político. Demonstrada, portanto, a existência de dotação orçamentária, decorrente de presumida e legítima programação financeira pela União, não se visualiza afronta ao princípio da legalidade da despesa pública ou às regras constitucionais que impõem limitações às despesas de pessoal e concessões de vantagens e benefícios pessoais.

Assim, a recusa de incluir em orçamento o crédito previsto em portaria concessiva de anistia afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, trata-se de cidadão cujos direitos preteridos por atos de exceção política foram admitidos com anos de atraso pelo Estado, não podendo esse se recusar a cumprir a reparação econômica reconhecida como devida e justa por procedimento administrativo instaurado com essa finalidade. A opção do legislador, ao garantir os direitos a esses anistiados, foi de propiciar restabelecimento mínimo dessa dignidade àqueles que a tiveram destruída por regime antidemocrático outrora instalado.

Havendo o reconhecimento do débito pelo órgão público em favor do anistiado político e a destinação da verba em montante expressivo em lei, não há como acolher a tese de inviabilidade do pagamento pela ausência de previsão orçamentária.

O Tribunal salientou, ainda, que admitir a limitação da dotação orçamentária para a satisfação dos efeitos retroativos da concessão de reparação econômica somente aos anistiados que firmaram termo de adesão, nos termos da Lei 11.354/2006, levaria ao reconhecimento da sujeição compulsória do anistiado político ao parcelamento previsto nessa norma.

Considerando-se que não houve violação do princípio da prévia dotação orçamentária, não se admite o argumento de que o pagamento dos valores retroativos levará a situação de insolvência. A inexistência de recursos deve ser real e demonstrada de forma esclarecedora. Não basta a mera alegação de que se poderá levar a Administração à exaustão orçamentária.

Quanto à aplicação do regime de precatórios para pagamento de valores retroativos, o Colegiado rememorou orientação jurisprudencial no sentido de se determinar o pagamento de reparação econômica retroativa em razão da existência de leis orçamentárias posteriores à edição da respectiva portaria de anistia com previsão de recursos financeiros especificamente para a liquidação de indenizações deferidas a anistiados políticos, a afastar a aplicação do art. 100 da Constituição.

A indenização devida ao anistiado político integra grupo específico que merece tratamento diferenciado por disposição constitucional (ADCT, art. 8º). Porém, no caso de anistia, não se condena o Poder Público ao pagamento de determinado valor em decorrência de decisão judicial, como ocorre com precatórios. A punição ocorre em virtude de determinação administrativa, de forma que o pagamento deve ser imediato.

O orçamento, embora seja lei em sentido formal, é autorizativo. Não se constitui em reconhecimento da dívida estatal. A obrigação está na portaria, e o Poder Público pode, excepcionalmente, fundamentar a impossibilidade de cumprir a lei e a decisão administrativa vinculante. Nessa hipótese, a União deve, justificada e detalhadamente, motivar a decisão quando da elaboração do orçamento anual, além de indicar por que não cumpre a decisão administrativa vinculante.

No caso concreto, como havia rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas e não foi demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento imediato do valor ao recorrido, sem cogitar a observância ao regime dos precatórios. Ademais, não se deve determinar a inclusão da dívida reconhecida no orçamento para o próximo ano, pois a mora já se operou e pagamentos foram realizados a terceiros durante os anos em que o anistiado deixou de ter seu crédito atendido.

O ministro Edson Fachin ressaltou inexistir incompatibilidade entre o pagamento de reparação decorrente de anistia e o regime de precatórios. A forma de pagamento inicial é a satisfação imediata, no

prazo legal, havendo disponibilidade. Do contrário, é dever da União incluir no exercício orçamentário seguinte, não se fechando à hipótese, no caso de não pagamento, do regime de precatórios.

O ministro Luiz Fux corroborou ser cabível o mandado de segurança como instrumento para pleitear essa espécie de pagamento em face da Administração. Afinal, não há dúvida sobre a existência do débito — a ensejar ação de cobrança —, mas ato omissivo do Estado.

O ministro Ricardo Lewandowski sublinhou que, na hipótese de fraude na concessão de anistia, há de se observar o procedimento do art. 17 da Lei 10.559/2002. Comprovada a falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de anistiado político, surge a obrigação de ressarcir os cofres públicos, sem prejuízo de outras sanções.

[RE 553710/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 17.11.2016. \(RE-553710\)](#)

(Informativo 847, Plenário, Repercussão Geral) Parte 1:  [Áudio](#) Parte 2:  [Áudio](#)  [Video](#)

Receita Pública

Repasso de duodécimos e frustração na realização da receita orçamentária

A Segunda Turma deferiu parcialmente medida liminar em mandado de segurança impetrado contra ato omissivo. No caso, houve atraso no repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário do Rio de Janeiro.

O Colegiado assegurou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) o direito de receber, até o dia vinte de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias. Facultou ao Poder Executivo proceder ao desconto uniforme de 19,6% da receita corrente líquida prevista na lei orçamentária em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos, ressalvada, além da possibilidade de eventual compensação futura, a revisão desse provimento cautelar caso não se demonstre o decesso na arrecadação nem no percentual projetado de 19,6% em dezembro/2016.

Na espécie, o impetrante alegava que o art. 168 da Constituição Federal (CF) estabelece o dever de repasse, pelo Poder Executivo, dos recursos financeiros previstos em lei orçamentária regularmente aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro — no caso, a Lei Orçamentária Anual estadual 7.210/2016 (LOA) — ao Poder Judiciário, obrigatoriamente, em duodécimos, até o vigésimo dia de cada mês. Entendia que a omissão do Poder Executivo caracterizaria violação do postulado da separação de Poderes, em razão de indevida interferência do governador do Estado na autonomia administrativa e financeira do TJRJ. Requeria, dessa forma, a concessão da medida liminar pleiteada, para garantir o repasse integral de seu duodécimo orçamentário até o vigésimo dia de cada mês, nos termos do previsto no mencionado dispositivo constitucional.

A autoridade impetrada, ao prestar informações, postulava a incidência dos Enunciados 269 e 271 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), para obstar o conhecimento da presente ação mandamental quanto ao pedido de repasse da parcela relativa ao mês de outubro até o dia vinte desse mesmo mês. Sustentava, ainda, que o descumprimento da data prevista no art. 168 da Constituição Federal, para o repasse das dotações orçamentárias em duodécimos, não configuraria ofensa à autonomia financeira do Poder Judiciário (CF, art. 99), pois não decorreria de resistência injustificada do Poder Executivo, mas de frustração na realização do orçamento do Estado. Defendia não haver impedimento legal para utilização de recursos do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) para pagamento de despesas de pessoal e custeio do TJRJ.

Prevaleceu o voto do ministro Dias Toffoli (relator). Para ele, a competência originária relativamente ao conhecimento do “writ” é do STF, porque todos os magistrados vinculados ao TJRJ possuem interesse econômico no julgamento do feito (CF, art. 102, I, “n”). Consignou, ademais, que o TJRJ, embora destituído de personalidade jurídica, detém legitimidade autônoma para ajuizar o presente mandado de segurança em defesa de sua autonomia institucional, estando, no caso, regularmente representado por advogado não vinculado aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em razão da natureza do direito pleiteado, nos termos da jurisprudência do STF. Entendeu, ainda, que as Súmulas 269 e 271 da Suprema Corte não incidem na espécie.

Quanto ao mérito, ao reconhecer a complexidade da controvérsia, consignou que a resolução do litígio demanda diálogo entre Poderes e órgãos autônomos. Assim, é possível alcançar solução conciliatória para o quadro fático revelado pelas dificuldades declaradas pelo Estado do Rio de Janeiro em suas finanças, agravadas pela queda da arrecadação prevista para o orçamento de 2016. Além disso, o julgamento da medida cautelar não afasta a possibilidade de posterior audiência de conciliação entre as partes.

No tocante à alegação do Estado-Membro de que não há impedimento legal para a utilização de recursos do FETJ para pagamento de salários dos servidores e magistrados, o relator ponderou ser inviável sua utilização para tal fim e para o custeio do TJRJ, nos termos do disposto no art. 2º da Lei estadual 2.524/1996 (“É vedada a aplicação da receita do Fundo Especial em despesas de pessoal”). Destacou, também, que a receita do FETJ origina-se, predominantemente, do pagamento de custas pelas partes que demandam no TJRJ e não são beneficiárias de gratuidade de Justiça, cuja destinação é exclusiva para custeio dos serviços afetos às atividades específicas do Poder Judiciário (CF, art. 98, § 2º). O relator afastou, em juízo liminar, a pretensão do Estado-Membro de compensar os duodécimos faltantes da receita orçamentária do TJRJ prevista para o exercício de 2016 com recursos do FETJ.

Assentou que o direito prescrito no art. 168 da CF instrumentaliza o postulado da separação de Poderes, impedindo a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Executivo.

Ponderou que a Corte, ao conceder medida liminar em caso semelhante (MS 31.671/RN, DJe de 30.10.2012), passou a avaliar a necessidade de se adequar a previsão orçamentária à receita efetivamente arrecadada, para fins de definição do direito ao repasse dos duodécimos aos demais Poderes e órgãos autônomos, sob o risco de se chegar a um impasse na execução orçamentária.

Pontuou, ainda, que a lei orçamentária, no momento de sua elaboração, declara uma expectativa do montante a ser realizado a título de receita, que pode ou não vir a acontecer no exercício financeiro de referência, sendo o Poder Executivo responsável por proceder à arrecadação, conforme a política pública se desenvolva. Por essa razão, a Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) instituiu o dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação da despesa, ante a frustração de receitas (art. 9º da LRF). Diante disso, o ministro ressaltou que, conforme debates travados no julgamento de mérito do MS 31.671/RN (suspensão em razão de pedido de vista), no âmbito federal, os contingenciamentos de receita e empenho operam em ambiente de diálogo entre o Poder Executivo — que sinaliza o montante de frustração da receita — e os demais Poderes e órgãos autônomos da República. No exercício da autonomia administrativa, tais instituições devem promover os cortes necessários em suas despesas, para adequarem as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados e conforme a conveniência e a oportunidade.

Reconheceu, no entanto, que esse ambiente de diálogo pode encontrar dificuldades no caso de algum Poder ou órgão autônomo se recusar a realizar essa autolimitação. Isso ocorreria em razão da suspensão, por força de cautelar proferida no julgamento da ADI 2.238/DF (DJe de 17.8.2007), da eficácia do § 3º do art. 9º da LRF, que prescreve a possibilidade de o Poder Executivo, por ato unilateral, estipular medida de austeridade nas esferas dos demais Poderes e órgãos autônomos. O que informa o julgamento da medida cautelar deferida nos autos da ADI 2.238/DF, no ponto, é a impossibilidade de se legitimar a atuação do Poder Executivo como julgador e executor de sua própria decisão.

Segundo o relator, a Corte, ao deferir medida liminar no MS 31.671/RN, não pretendeu legitimar a atuação unilateral do Poder Executivo na constrição de recurso financeiro repassado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). Aliás, no caso do citado precedente, o contingenciamento foi admitido mediante decisão judicial, ressalvada a possibilidade de eventual compensação futura.

Diante do déficit orçamentário, estimado em 19,6%, o Estado do Rio de Janeiro promulgou a Lei 7.483/2016, na qual reconheceu o estado de calamidade financeira declarado pelo Decreto 45.692/2016, bem como citou os esforços empreendidos pelo TJRJ, a fim de demonstrar seu compromisso com o alcance da regularidade fiscal e com a desoneração dos cofres públicos. Entendeu, contudo, que as medidas adotadas pelo TJRJ não se confundem com as de autolimitação previstas no art. 9º, “caput”, da LRF, no sentido de se limitarem as despesas previstas, para fins de adequação ao percentual da receita efetivamente arrecadada no exercício financeiro de 2016.

Assentou, por fim, a inviabilidade de avaliação, em sede de mandado de segurança, da regularidade dos atos de governo e gestão praticados no Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Tais ações podem e devem ser submetidas a julgamento pelos órgãos competentes, não sendo a exigência de repasse integral dos duodécimos o meio adequado para se proceder à sanção de eventual ilegalidade, pois, nesse contexto, o real prejudicado acaba por ser o cidadão. Com razão, entretanto, a justificativa do TJRJ de que não se pode legitimar o cronograma orçamentário fixado pelo Executivo, em desrespeito ao art. 168 da CF. Afinal, retira a previsibilidade da disponibilização de recursos aos demais Poderes, subtraindo-lhes condições de gerir suas próprias finanças, considerada a frustração de receita, conforme sua conveniência e oportunidade.

Entendeu que o repasse duodecimal deve ocorrer até o dia vinte de cada mês, nos termos do disposto no art. 168 da CF, de modo a garantir o autogoverno do Poder Judiciário — que não se sujeita à

programação financeira e ao fluxo de arrecadação do Poder Executivo —, tendo em vista ser o repasse uma ordem de distribuição prioritária de satisfação de dotação orçamentária (MS 21.450/MT, DJU de 5.6.1992).

O ministro Teori Zavascki acompanhou o relator. Asseverou que, em momentos de grave crise econômica, como os que vivem praticamente todos os Estados da Federação, devem ser asseguradas a autonomia e a igualdade entre os Poderes. Consignou que não faz sentido, em uma situação de acentuado déficit orçamentário — em que a realização do orçamento é muito inferior ao previsto —, que um determinado Poder ou órgão autônomo tenha seu duodécimo calculado com base em previsão de receita não realizada, em detrimento da participação de outros órgãos e Poderes. Concluiu que a base de cálculo dos duodécimos deve observar, além da participação percentual proporcional, o valor real de efetivo desempenho orçamentário e não o valor fictício previsto na lei orçamentária.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, que também acompanhou o relator, havendo frustração de receita, o ônus deve ser compartilhado de forma isonômica entre todos os Poderes.

[MS 34483-MC/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22.11.2016. \(MS-34483\)](#)

(Informativo 848, 2ª Turma)

DIREITO PENAL

Penas

Causa de diminuição da pena e quantidade de droga apreendida

A Segunda Turma concedeu em parte a ordem em "habeas corpus" no qual se pretendia a incidência da causa especial de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a consequente modificação do regime inicial de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi condenado à pena de três anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006.

A impetração sustentava que a quantidade e a natureza da droga apreendida não poderiam afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Aduzia que a redução da pena passaria a ser direito subjetivo do acusado, uma vez preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (entre os quais não estão contempladas a quantidade ou a qualidade do entorpecente).

O Colegiado verificou que, embora o juízo de 1º grau tenha reconhecido a presença de todos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa), a quantidade de entorpecente foi o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por essa razão, entendeu, em conformidade com precedentes da Turma, que a quantidade de drogas não constitui isoladamente fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena.

[HC 138138/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 29.11.2016. \(HC-138138\)](#)

(Informativo 849, 2ª Turma)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Provas

Busca e apreensão, violação de correspondência e domicílio - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu recurso ordinário em "habeas corpus" em que se discutia a validade de atos realizados durante investigação pela suposta prática de falsidade documental — v. Informativo 834.

No caso, procurador do Ministério Público do Trabalho teria forjado a assinatura da procuradora-chefe, em promoção formulada por si próprio. O relator do inquérito havia deferido diligência requerida pelo "Parquet" apenas em relação ao equipamento usado pelo indiciado, com a finalidade de averiguar se a promoção fora lá elaborada. Porém, ao cumprir o mandado, o procurador-chefe substituído também havia autorizado a arrecadação do computador do gabinete da chefia da Procuradoria Regional. A defesa insurgia-se contra a apreensão desse equipamento, por transbordar os limites do mandado, bem assim contra a impossibilidade de indicar assistente técnico e de formular quesitos nessa fase inquisitorial. Além disso, sustentava que se teria procedido à análise do equipamento utilizado pelo recorrente de forma

indevida, porque verificada sua correspondência eletrônica lá armazenada, em violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

O Colegiado entendeu que, na hipótese, o fato de ter havido a entrega espontânea dos computadores traduz peculiaridade. Além disso, não cabe falar em violação ao direito à intimidade, por se tratar de material disponibilizado, inclusive, para o serviço público.

Ademais, no que diz respeito à suposta violação do sigilo de correspondência eletrônica, não houve quebra da troca de dados, mas sim acesso aos dados registrados nos computadores.

Sublinhou, também, no tocante ao cerceamento de defesa por indeferimento de diligência no curso da investigação, não ser o momento próprio para invocar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Lembrou, inclusive, que a denúncia já havia sido recebida.

Enfatizou, ainda, que uma vez entregue o computador que não constava da ordem de busca e apreensão, a perícia nessa máquina foi sustada. Depois de reapreciada a decisão, foi deferido o exame do elemento de prova. Assim, no caso, não houve a produção de prova ilícita para, posteriormente, decidir-se sobre sua admissão. A prova apenas foi produzida depois de decidido sobre a licitude da colheita do equipamento.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), acompanhado pela ministra Rosa Weber, que provia parcialmente o recurso para anular a apreensão e a perícia feitas em computador diverso do usado pelo recorrente. Determinava, também, o desentranhamento do processo. Além disso, reconhecia a validade da perícia realizada no equipamento utilizado pelo acusado e assentava inexistir, no inquérito, direito da defesa à indicação de assistente técnico e à formulação de quesitos.

[RHC 132062/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016, \(RHC-123062\)](#)

(Informativo 849, 1ª Turma)

Prova ilícita e desentranhamento de peças processuais

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pretendia o desentranhamento de peças processuais que fizessem referência a prova pericial obtida de forma ilícita.

No caso, o paciente foi pronunciado pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, IV (por duas vezes), combinado com o art. 70 do Código Penal (CP) e com os arts. 306 e 307, “caput”, do Código de Trânsito Brasileiro, aplicando-se a regra do art. 69 do CP. Diante da ilicitude do exame pericial de alcoolemia realizado no sangue do paciente, o tribunal de origem determinou fossem riscadas quaisquer referências aos resultados do exame na denúncia, na pronúncia e no acórdão embargado.

Os impetrantes alegavam que o tribunal de origem, ao reconhecer que a prova havia sido obtida por meios ilícitos, também deveria ter declarado a ilicitude e determinado o desentranhamento das peças processuais que se reportavam ao exame de alcoolemia (denúncia, sentença de pronúncia e acórdão do recurso em sentido estrito), nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP). Tal atitude evitaria que esses elementos influenciassem no convencimento dos juízes leigos do Tribunal do Júri.

A Turma, inicialmente, indeferiu o pedido de suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri até a preclusão da pronúncia. Isso ocorreu em razão da existência de “habeas corpus” impetrado em favor do paciente e afetado ao Plenário (HC 132.512).

Quanto ao pedido de exclusão das peças processuais, assentou que a denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime. Por isso, em princípio, estão fora da regra constitucional que determina a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF/1988).

Asseverou, ademais, que o art. 157 do CPP, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, não prevê a exclusão de peças processuais que a elas façam referência. Entendeu, ainda, que o tribunal de origem acolheu interpretação teleológica favorável à defesa, ao determinar que as referências ao resultado do exame fossem riscadas das peças processuais.

Ponderou que as limitações ao debate em plenário, mencionadas nos arts. 478 e 479 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008, são pontuais e vêm recebendo interpretação restritiva pela Corte, bem como que a exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate. Em suma, a exclusão de peça que faça menções à realização da prova e ao debate quanto à validade da prova não é uma consequência óbvia da exclusão da prova.

Ressaltou, por fim, que não se aplica ao caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o envelopamento como alternativa à desconstituição da pronúncia por excesso de linguagem. Isso porque os jurados recebem cópia da peça processual relativa à pronúncia e têm a prerrogativa de acessar a

integralidade dos autos (arts. 472, parágrafo único; e 480, § 3º, do CPP). Logo, seria incompatível com o rito que a decisão de pronúncia fosse uma peça oculta (HC 123.311/PR, DJe de 14.4.2015; e RHC 122.909/SE, DJe de 9.12.2014).

[RHC 137368/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.11.2016. \(RHC-137368\)](#)

(Informativo 849, 2ª Turma)

DIREITO TRIBUTÁRIO

Protesto de CDA

Protesto de CDA e sanção política

O protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta ajuizada contra o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997, incluído pela Lei 12.767/2012 (“Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”).

O Tribunal afastou a alegação de inconstitucionalidade formal do dispositivo atacado. A requerente aduzia ter havido afronta ao devido processo legislativo e à separação de poderes, em virtude de ter sido inserido por emenda na Medida Provisória 577/2012, que versava sobre questões totalmente diversas, relativas ao serviço público de energia elétrica.

Observou que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 5.127 (DJE de 27.9.2016), entendeu que a prática de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias, consolidada no Congresso Nacional, constitui costume contrário à Constituição.

Entretanto, diante dos consideráveis efeitos adversos que adviriam da declaração de inconstitucionalidade de todas as medidas provisórias já aprovadas, ou ainda em tramitação, com vício semelhante, e do fato de estar-se a afirmar um novo entendimento sobre a matéria, a Corte atribuiu eficácia “ex nunc” à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, todas as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo impugnado na presente ação direta.

No que se refere às impugnações materiais, a tese central defendida é a de que o protesto da Certidão de Dívida Ativa pelo fisco constitui “sanção política” – pois seria uma medida extrajudicial que restringe de forma desproporcional os direitos fundamentais dos contribuintes ao devido processo legal, à livre iniciativa e ao livre exercício profissional – imposta, de forma indireta, para pressioná-los a quitar seus débitos tributários.

Ponderou que, de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, é possível concluir não bastar que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada uma sanção política. Exige-se, além disso, que tais restrições sejam reprovadas no exame de proporcionalidade e razoabilidade.

Afirmou que a utilização do instituto pela Fazenda Pública não viola o princípio do devido processo legal. Rememorou que, no regime jurídico atual, a execução fiscal constitui o mecanismo próprio de cobrança judicial da Dívida Ativa (Lei 6.830/1980, art. 38). No entanto, embora a Lei 6.830/1980 eleja o executivo fiscal como instrumento típico para a cobrança da Dívida Ativa em sede judicial, ela não exclui a possibilidade de instituição e manejo de mecanismos extrajudiciais de cobrança. Por sua vez, o protesto é justamente um instrumento extrajudicial que pode ser empregado para a cobrança de certidões de dívida, com expressa previsão legal, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997.

Segundo assentou, não há, assim, qualquer incompatibilidade entre ambos os instrumentos. Eles são até mesmo complementares. Frustrada a cobrança pela via do protesto, o executivo fiscal poderá ser normalmente ajuizado pelo fisco. E mais: em relação à cobrança de créditos de pequeno valor, o protesto será, muitas vezes, a única via possível. Diversas Fazendas optaram por autorizar o não ajuizamento de execuções fiscais nos casos em que o custo da cobrança judicial seja superior ao

próprio valor do crédito. Mesmo na ausência de lei sobre o tema, alguns juízes e tribunais locais passaram a extinguir execuções fiscais por falta de interesse processual na hipótese.

Além disso, o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito tributário ou para sustar o protesto. Tampouco exclui a possibilidade de o protestado pleitear judicialmente uma indenização, caso o protesto seja indevido. Inexiste, assim, qualquer mácula à inafastabilidade do controle judicial. Por esses motivos, não se vislumbra fundamento constitucional ou legal que impeça o Poder Público de estabelecer, por via de lei, o protesto como modalidade extrajudicial e alternativa de cobrança de créditos tributários. Portanto, o protesto de Certidões da Dívida Ativa não importa em qualquer restrição ao devido processo legal.

Ademais, o protesto de Certidões de Dívida Ativa não representa um efetivo embaraço ao regular exercício das atividades empresariais e ao cumprimento dos objetos sociais dos administrados. Sua principal finalidade é dar ao mercado conhecimento a respeito da existência de débitos fiscais e permitir a sua cobrança extrajudicial. Desse modo, a medida não impacta diretamente a vida da empresa. Diversamente dos casos julgados por esta Corte em que se concluiu pela violação à livre iniciativa, o protesto não compromete a organização e a condução das atividades societárias – tal como ocorre nas hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, restrições à expedição de notas fiscais e limitações à obtenção de registros ou à prática de atos necessários ao seu funcionamento – nem restringe, efetivamente, a livre iniciativa e a liberdade de exercício profissional. Quando muito, ele pode promover uma pequena restrição a tais direitos pela restrição creditícia, que, justamente por ser eventual e indireta, não atinge seus núcleos essenciais.

A última alegação da requerente é a de que o protesto de CDAs violaria o princípio da proporcionalidade, pois tal instrumento constituiria meio inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e desnecessário, uma vez que o fisco teria meios especiais e menos gravosos para a satisfação do crédito tributário.

Em relação à adequação da medida, cabe verificar se o protesto de Certidões de Dívida Ativa é idôneo para atingir os fins pretendidos, isto é, se as restrições impostas aos direitos fundamentais dos devedores são aptas a promover os interesses contrapostos.

Com a edição da Lei 9.492/1997, registrou-se sensível ampliação do rol de títulos sujeitos a protesto, que passou a incluir, além dos cambiais, “títulos e outros documentos de dívida”. Hoje, portanto, podem ser protestados quaisquer títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, desde que dotados de liquidez, certeza e exigibilidade, nos termos do art. 783 do Código de Processo Civil de 2015.

A partir dessa alteração legislativa, o protesto passou também a desempenhar outras funções além da meramente probatória. De um lado, ele representa instrumento para constituir o devedor em mora e comprovar o descumprimento da obrigação. De outro, confere ampla publicidade ao inadimplemento e consiste em meio alternativo e extrajudicial para a cobrança da dívida.

Portanto, a remessa da Certidão da Dívida Ativa a protesto é medida plenamente adequada às novas finalidades do instituto. Ela confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, contribuindo para estimular a adimplência, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal, impedindo que devedores contumazes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos. Por evidente, a origem cambiária do instituto não pode representar um óbice à evolução e à utilização do instituto em sua feição jurídica atual.

O protesto é, em regra, mecanismo que causa menor sacrifício ao contribuinte, se comparado aos demais instrumentos de cobrança disponíveis, em especial a Execução Fiscal. Por meio dele, exclui-se o risco de penhora de bens, rendas e faturamentos e de expropriação do patrimônio do devedor, assim como se dispensa o pagamento de diversos valores, como custas, honorários sucumbenciais, registro da distribuição da execução fiscal e se possibilita a redução do encargo legal.

Assim, o protesto de Certidões de Dívida Ativa proporciona ganhos que compensam largamente as leves e eventuais restrições aos direitos fundamentais dos devedores. Daí por que, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito. Ademais, não configura uma “sanção política”, já que não constitui medida coercitiva indireta que restrinja, de modo irrazoável ou desproporcional, direitos fundamentais dos contribuintes, com o objetivo de forçá-los a quitar seus débitos tributários. Tal instrumento de cobrança é, portanto, constitucional.

Por fim, em atenção aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de regulamentação, por ato infralegal que explicita os parâmetros utilizados para a distinção a ser feita entre os administrados e as diversas situações de fato existentes.

A declaração de constitucionalidade do protesto de Certidões de Dívida Ativa pela Administração Tributária traz como contrapartida o dever de utilizá-lo de forma responsável e consentânea com os ditames constitucionais. Assim, nas hipóteses de má utilização do instrumento, permanecem os juízes de primeiro grau e os demais tribunais do País com a prerrogativa de promoverem a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, estejam em desacordo com a Constituição e com a legislação tributária, sem prejuízo do arbitramento de uma indenização compatível com o dano sofrido pelo administrado.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que julgavam procedente o pedido. Pontuavam tratar-se de sanção política a afrontar a atividade econômica lícita, o devido processo legal e o direito de ampla defesa do contribuinte. Ressaltavam que o protesto seria um ato unilateral da administração, sem qualquer participação do contribuinte e teria como único objetivo constranger o devedor. Frisavam haver outros meios menos onerosos para a cobrança dos débitos. Ademais, no momento que a CDA fosse submetida a um protesto, o contribuinte sofreria cerceamento de crédito, o que restringiria suas atividades do dia a dia.

O ministro Marco Aurélio, além do aspecto material, reconhecia a inconstitucionalidade formal da norma em razão de ofensa ao devido processo legislativo, pois a emenda que resultou no dispositivo atacado não tinha pertinência com a matéria tratada na medida provisória. Além disso, não participou da fixação da tese.

[ADI 5135/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 3 e 9.11.2016. \(ADI-5135\)](#)

(Informativo 846, Plenário, Repercussão Geral)

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

Tributos

Compensação judicial de perda financeira e separação de Poderes

O Plenário julgou improcedente pedido formulado em ação cível originária em que se discutiam os critérios de compensação financeira aos Estados-Membros em razão da perda financeira decorrente da política de exoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações.

No caso, o Estado-Membro requeria a aplicação de determinado coeficiente sobre o valor liberado pela União para compensar as perdas arrecadatárias com a desoneração das exportações resultantes da Lei Complementar (LC) 87/1996.

O Colegiado ponderou que a desoneração tributária das operações de exportação, fator influente na receita dos Estados-Membros, foi inicialmente compensada pelos mecanismos erigidos pela LC 87/1996. O dispositivo, que trata do ICMS, institui um fundo para compensação das perdas dos Estados-Membros em razão das inovações isentivas. No entanto, sua redação foi alterada pela LC 102/2000 e pela LC 115/2002.

O interregno entre a LC 87/1996 e a LC 115/2002 recebeu tratamento transitório. A transferência de recursos a título de compensação realizava-se nos termos do Anexo da LC 87/1996, que implementou uma espécie de “seguro garantia” ou “seguro receita”, no qual a compensação financeira a ser efetuada pela União tinha, em sua base de cálculo, relação direta com o montante que seria recebido pelos Estados-Membros a título de ICMS nas operações de exportação.

A seu turno, a LC 102/2000, ao alterar a LC 87/1996, manteve a forma de cálculo com base nas perdas decorrentes da desoneração das exportações. A seguir, a LC 115/2002 inaugurou novo sistema, segundo o qual o montante a ser repassado pela União aos Estados-Membros passou a ser determinado com base em fatores políticos, definidos na Lei Orçamentária da União, após aprovação pelo Congresso Nacional, substituindo o “seguro garantia”.

Finalmente, a Emenda Constitucional 42/2003, fundada na mesma razão de ser, constitucionalizou a obrigação dos repasses devidos pela União aos Estados-Membros em decorrência da desoneração das exportações (ADCT, art. 91: “A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes

de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a”).

Assim, a regulamentação definitiva da matéria foi atribuída a uma nova lei complementar ainda não editada, a qual deve dispor sobre os novos critérios de definição do montante a ser entregue pela União aos Estados e ao Distrito Federal, seus prazos e condições. A referida emenda, em dispositivo próprio, prevê que, até a edição da nova lei complementar, devem ser adotados para o repasse os critérios estabelecidos no Anexo da LC 87/1996, com a redação da LC 115/2002. Portanto, o próprio texto constitucional transitório já previu a solução a ser adotada até a vinda da nova lei complementar. Dessa forma, não há qualquer espaço para o Poder Judiciário alterar disposição constitucional já existente sobre o tema.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não pode atuar “contra legem”, impossibilitando a alteração do índice de repasse do montante devido pela União. Tal atitude equivaleria a uma inovação no ordenamento jurídico contra o direito posto, violando a cláusula da separação dos Poderes.

[ACO 1044/MT, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 30.11.2016. \(ACO-1044\)](#)

(Informativo 849, Plenário)  [Áudio](#)  [Video](#)

Supremo Tribunal Federal
Secretaria de Documentação - SDO
Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados - CJCD
CJCD@stf.jus.br