

Informativo STF Mensal

Brasília, agosto de 2016 - nº 61
Compilação dos Informativos nºs 833 a 837

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

Atos Administrativos

Anulação de anistia e prazo decadencial

Concurso Público

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga - 2

Concurso público e restrição à atuação

Sistema Remuneratório

Ato do CNJ e extensão de gratificação de servidor público - 2

Direito Constitucional

Controle de Constitucionalidade

Lei estadual e bloqueadores de sinal de celular

Cobrança de estacionamento de veículos: competência e livre iniciativa

Anape e legitimidade

Minirreforma eleitoral: participação de minorias em debate e propaganda eleitoral

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - 1

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - 3

ECA: classificação indicativa e liberdade de expressão - 13

Ministério Público

PGR e conflito de atribuição entre órgãos do ministério público

Direito Eleitoral

Inelegibilidade

Contas de prefeito e competência para julgar - 2

Contas de prefeito e competência para julgar - 3

Contas de prefeito e competência para julgar - 4

Contas de prefeito e competência para julgar - 5

Direito Penal

Nulidades

Audiência de instrução e ausência de testemunha - 2

Penas

Circunstâncias judiciais e “bis in idem”

Tipicidade

Nomeação de secretária parlamentar e configuração do crime de peculato

Dispensa de licitação e peculato - 2

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor -2

Direito Processual Civil

Competência

OAB e competência jurisdicional

Mandado de Segurança

Ato do CNJ e controle de constitucionalidade - 3

Direito Processual Penal

Comunicação de Ato Processual

Citação com hora certa e processo penal

Execução da pena

Progressão de regime: art. 75 do CP ou total da pena imposta - 2

Cometimento de falta grave e comutação de pena

Extradição

Extradição de brasileiro naturalizado

Cooperação jurídica internacional e oitiva de extraditando

Nulidades

PAD: prova emprestada e nulidade

Princípios e Garantias Processuais

Desmembramento de processo e cerceamento de defesa

Direito Sanitário

Direito à Saúde

Suspensão de convênio e impossibilidade de adesão a plano de saúde

Direito Tributário

Tributos

Cooperativas de trabalho, terceiros e contribuição ao PIS/Pasep

DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos

Anulação de anistia e prazo decadencial

A Primeira Turma deu provimento a recurso ordinário em mandado de segurança para restabelecer anistia política concedida a ex-membro das Forças Armadas. Tal benefício fora declarado por meio de portaria expedida em 2003, com fundamento em portaria editada em 1964.

No caso, em 2012, o Poder Executivo anulou a portaria de 2003 como resultado de trabalho revisional iniciado em 2011, provocado por nota emitida pela AGU em 2006.

O impetrante questionava, em síntese, a constatação de má-fé pela Administração, bem assim sustentava a ocorrência de decadência, haja vista que a nota emitida pela AGU em 2006 não se prestaria a interromper o transcurso do prazo quinquenal que a Administração possui para rever seus atos.

A Turma acolheu o argumento alusivo à decadência. Anotou que a anistia fora concedida em 2003, e sua anulação ocorrera em 2012. A nota emitida pela AGU em 2006, cujo efeito é similar ao de um parecer, não tem o condão de estancar o fluxo do prazo decadencial. De fato, não houvera conduta da Administração capaz de obstar o prazo decadencial, que se operara.

Além disso, não houvera má-fé por parte do anistiado.

O Colegiado salientou, ainda, que o transcurso do prazo decadencial poderia ser excepcionado em hipóteses de flagrante inconstitucionalidade, mas não seria a hipótese dos autos. A Administração promovera intensos debates, de 2003 a 2011, sobre a natureza das anistias concedidas em razão do regime militar. Concluíra, posteriormente, que seria insuficiente, para o reconhecimento da condição de anistiado, a simples referência a ato normativo editado no contexto de regime de exceção, exigindo-se provas complementares.

Não se trata de inconstitucionalidade da concessão de anistia, mas de nova interpretação de atos e fatos aptos ao reconhecimento do efetivo enquadramento como anistiado político. Assim,

houve erro da Administração, em decorrência de nova interpretação conferida a ato emitido em 1964.

[RMS 31841/DF, rel. Min. Edson Fachin, 2.8.2016. \(RMS-31841\)](#)

(Informativo 833, 1ª Turma)

Concurso Público

Concurso público: direito subjetivo a nomeação e surgimento de vaga - 2

Em conclusão de julgamento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretendia garantir a nomeação de candidato aprovado em concurso público fora das vagas originalmente previstas no edital. O recorrente sustentava haver direito subjetivo à nomeação, em virtude do advento de posto adicional, ainda na vigência do concurso. Isso decorreria da existência, durante a validade do certame anterior, de tratativas entre os órgãos competentes para a deflagração de novo concurso, bem como de dotação orçamentária e da necessidade de criação de novas vagas. Novo concurso fora realizado apenas dois meses depois de expirado o prazo do certame pretérito — v. Informativo 820.

Prevaleceu o voto do Ministro Edson Fachin. Consignou que o prazo de validade do concurso em que aprovado o recorrente expirara antes da abertura do novo certame, a significar que o caso não se amoldaria ao precedente firmado pelo Plenário no RE 837.311/PI (DJe de 18.4.2016). Na ocasião, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixara a tese de que a existência de direito subjetivo à nomeação está ligada ao surgimento de nova vaga durante a validade do certame. A mera existência de tratativas sobre a inauguração de novo concurso permite inferir, apenas, sobre a existência de vaga, mas não gera direito líquido e certo.

O Ministro Roberto Barroso destacou, ainda, que a suposta vaga decorreria da aposentadoria de um servidor, mas não houvera manifestação do órgão competente quanto à disponibilidade orçamentária para que o cargo fosse provido, de modo a não se poder falar em preterição arbitrária.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que dava provimento ao recurso.

[RMS 31478/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 9.8.2016. \(RMS-31478\)](#)

(Informativo 834, 1ª Turma)

Concurso público e restrição à tatuagem

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

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade de proibição, contida em edital de concurso público, de ingresso em cargo, emprego ou função pública para candidatas que possuam tatuagem.

No caso, o recorrente fora excluído de concurso público para provimento de cargo de soldado da polícia militar por possuir tatuagem em sua perna esquerda.

De início, o Tribunal reafirmou jurisprudência no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso dependeria da sua específica menção em lei formal, conforme preceitua o art. 37, I, da CF (“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”). Desse modo, revelar-se-ia inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecido em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei que disponha sobre a matéria.

No caso concreto, não existiria lei no sentido formal e material no ordenamento jurídico local que pudesse ser invocada para a existência da restrição editalícia que motivara a exclusão do recorrente do certame.

Sob outro enfoque, a mera previsão legal do requisito não levaria ao reconhecimento automático de sua juridicidade. O legislador não poderia escudar-se em pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas. Assim, seriam inadmissíveis e inconstitucionais restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelassem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.

Toda lei deveria respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, pois os obstáculos para o acesso a cargos públicos deveriam estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.

Além disso, não haveria qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. A opção pela tatuagem relacionar-se-ia, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CF, art. 5º, IV e IX).

Na espécie, estaria evidenciada a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, já que seria medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a amparasse. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não poderia ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação em concursos de provas e títulos para ingresso em carreira pública.

Entretanto, tatuagens que representassem obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que pregassem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, poderiam obstaculizar o acesso a função pública. Eventual restrição nesse sentido não se afiguraria desarrazoada ou desproporcional. Essa hipótese, porém, não seria a do recorrente que teria uma tatuagem tribal, medindo 14 por 13 cm.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Pontuava que o tribunal de justiça local, ao examinar os elementos probatórios, não teria claudicado na arte de proceder. Apontava que o acórdão recorrido não conflitaria com a Constituição.

[RE 898450/SP, rel. Luiz Fux, 17.8.2016. \(RE-898450\)](#)

(Informativo 835, Plenário, Repercussão Geral) 1ª Parte:  2ª Parte:  

Sistema Remuneratório

Ato do CNJ e extensão de gratificação de servidor público - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou mandado de segurança impetrado em face de ato do CNJ, que determinara a alteração da Resolução 10/2010 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para que o referido ato normativo contemplasse, no rol de beneficiários da Gratificação por Condições Especiais de Trabalho (CET), determinada categoria de servidores — v. Informativo 805.

A Turma afirmou que a Lei estadual 11.919/2010, que criara a gratificação, não teria afastado o direito dos demais servidores efetivos — à luz do seu art. 1º, “caput” — à percepção daquele benefício. Essa interpretação seria corroborada pelo fato de que o próprio tribunal de justiça, ao regulamentar a lei, estendera a outros servidores efetivos o direito à citada gratificação.

Fundamentada a possibilidade de extensão da gratificação criada por lei, não haveria como, em sede de mandado de segurança — cuja dilação probatória seria limitada —, infirmar essa conclusão. Assim, havendo, em tese, direito à percepção da gratificação, não haveria ilegalidade na decisão do CNJ, que reconheceu a omissão e determinara que o tribunal de justiça regulamentasse as condições pelas quais outros servidores a recebessem.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que deferia o mandado de segurança por entender que a decisão impugnada, ao igualar a remuneração de categorias distintas de agentes públicos, revelaria desrespeito às balizas constitucionais relativas à atuação administrativa do CNJ.

[MS 31285/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 2.8.2016. \(MS-31285\)](#)

(Informativo 833, 1ª Turma)

Controle de Constitucionalidade

Lei estadual e bloqueadores de sinal de celular

Lei estadual que disponha sobre bloqueadores de sinal de celular em presídio invade a competência da União para legislar sobre telecomunicações.

Com base nesse entendimento, o Plenário, em apreciação conjunta e por maioria, declarou a inconstitucionalidade da Lei 3.153/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul e da Lei 15.829/2012 do Estado de Santa Catarina. E, com a conversão de referendo de medida cautelar em julgamento de mérito, também por decisão majoritária, reputou inconstitucionais a Lei 4.650/2015 do Estado do Mato Grosso do Sul, o art. 1º, “caput” e parágrafo único, e o art. 2º, “caput” e parágrafo único, da Lei 13.189/2014 do Estado da Bahia, e a Lei 18.293/2014 do Estado do Paraná.

A Corte afirmou que, ao determinar às empresas de telefonia a instalação de equipamentos para interrupção de sinal nas unidades prisionais, o legislador local instituiria obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão do serviço móvel pessoal. Dessa forma, teria atuado no núcleo da regulação da atividade de telecomunicações, de competência da União, já que a ela caberia disciplinar a transmissão de sinais no campo eletromagnético de maneira adequada (CF, art. 21, XI e 175, IV).

Além disso, o STF teria declarado a inconstitucionalidade formal e suspenso a vigência de normas estaduais e distritais que teriam interferido diretamente na prestação da atividade desempenhada pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, sob o fundamento de que, em situações a envolver possível interdisciplinaridade, as questões relacionadas ao interesse geral ou nacional deveriam ser tratadas de maneira uniforme no País inteiro.

A disciplina dos serviços públicos que funcionariam em todo o território caberia à União. Seria com amparo nessa ideia que a doutrina proporia a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, reconhecendo-se a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais. Os procedimentos concernentes à operação de telefonia celular e ao bloqueio de sinal, em determinadas áreas, poderiam afetar diretamente a qualidade da prestação do serviço para a população circundante, tema a demandar tratamento uniforme em todo o País, ainda que a finalidade do legislador estadual fosse a segurança pública.

Ademais, a legislação estadual não trataria propriamente de direito penitenciário, mas da relação dos estabelecimentos penitenciários com um serviço externo, serviço de telecomunicações. Seria, portanto, inegável que a questão teria alguma conexão com a segurança pública, mas seu grande objetivo seria econômico. Os Estados teriam interesse em transferir os custos do bloqueio de sinal para as prestadoras do serviço.

O Tribunal observou que, o fundamento da legislação estadual pouco ou nada teria a ver com peculiaridades locais. A utilização de telefones no interior de estabelecimentos prisionais como meio para a prática de crimes seria uma questão nacional. Nesse campo, tratamentos diferentes pelas diversas unidades da federação não se justificariam como resposta customizada a realidades não semelhantes.

Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que julgavam improcedente os pedidos. Pontuavam que a distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988, não se satisfaria somente com o princípio informador da predominância de interesses. Ponderavam existir espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora fossem legitimados a agir com autonomia, poderiam sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Nessas situações, a regra de circunscrever-se à territorialidade não atenderia plenamente o conflito existente entre elas.

No caso, não obstante a lei local indiretamente tivesse ponto de contato com o tema das telecomunicações, versaria, materialmente, sobre questões afeitas à competência concorrente dos Estados-membros como direito penitenciário, segurança pública e consumo. Inexistiria, dessa forma, afastamento claro de tal competência legislativa dos Estados-Membros pela legislação federal que regeria as telecomunicações.

[ADI 3835/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. \(ADI-3835\)](#)

[ADI 5356/MS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. \(ADI-5356\)](#)

[ADI 5253/BA, rel. Min. Dias Toffoli, 3.8.2016. \(ADI-5253\)](#)

[ADI 5327/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 3.8.2016. \(ADI-5327\)](#)

[ADI 4861/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.8.2016. \(ADI-4861\)](#)

(Informativo 833, Plenário)

1ª Parte:  2ª Parte:  3ª Parte:  4ª Parte:   Video

Cobrança de estacionamento de veículos: competência e livre iniciativa

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 16.785/2011, do Estado do Paraná. O diploma regulamenta a cobrança de estacionamento de veículos no Estado-Membro.

O Ministro Gilmar Mendes (relator), no que acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, concluiu pela inconstitucionalidade formal da lei. Remeteu a precedentes do STF para reafirmar que a disciplina acerca da exploração econômica de estacionamentos privados refere-se a direito civil. Em jogo, portanto, a competência privativa da União (CF, art. 22, I). O Ministro Marco Aurélio também frisou a indevida intervenção da norma na iniciativa privada, a implicar vício material.

Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso acompanhou o relator somente quanto à parte dispositiva, pois assentava a inconstitucionalidade material da norma. Reputou que a lei estabelece parâmetros para cobrança de estacionamento. Logo, trata de direito do consumidor. Porém, ao fazê-lo

viola o princípio da livre iniciativa. Votaram nesse mesmo sentido as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Vencidos os Ministros Edson Fachin, que julgava o pleito improcedente, por considerar que a lei cuida de relação de consumo; Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), que o acolhiam parcialmente. Entendiam que a lei, em seus artigos 1º e 2º (“Art 1º. Fica assegurada aos consumidores usuários de estacionamento de veículos localizados no âmbito do estado do Paraná, a cobrança proporcional ao tempo de serviço efetivamente prestado para a guarda do veículo, devendo a proporcionalidade ser calculada de acordo com a fração de hora utilizada, sem prejuízo dos demais direitos em face aos prestadores do serviço. Art. 2º. O cálculo do serviço de estacionamento deverá ser feito de acordo com a efetiva permanência do veículo”), ao tratar de direito do consumidor, o faria de maneira compatível com a Constituição.

[ADI 4862/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.8.2016. \(ADI-4862\)](#)

(Informativo 835, Plenário)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

Anape e legitimidade

A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) tem legitimidade ativa para, via arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), questionar dispositivos de lei estadual que estabeleceu a isonomia de vencimentos entre as carreiras de procurador estadual e de delegado de polícia.

Nesse sentido concluiu o Plenário ao, por maioria, dar provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento ao pedido. A Corte frisou que julgados anteriores teriam reconhecido o direito de propositura por parte da Anape. Apontou que a agravante se insurgiria quanto à equiparação de determinada categoria com a de procuradores de Estado, o que afetaria a esfera de interesse jurídico tutelado pela entidade.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Assentava a ilegitimidade ativa da agravante, por falta de pertinência temática.

[ADPF 328 AgR/MA, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 18.08.2016. \(ADPF-328\)](#)

(Informativo 835, Plenário)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

Minirreforma eleitoral: participação de minorias em debate e propaganda eleitoral

O Plenário, por maioria e em julgamento conjunto, reputou improcedentes pedidos formulados em ações diretas que questionavam os artigos 46, “caput”, e 47, § 2º, I e II, da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 e, por arrastamento, o art. 32, § 2º, da Resolução 23.457/2015 do Tribunal Superior Eleitoral [Lei 9.504/1997: “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: ... Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. ... § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente” e Resolução 23.457/2015 do TSE: “Art. 32. Os debates, transmitidos por emissora de rádio ou de televisão, serão realizados segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento, dando-se ciência à Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 46, § 4º) ... § 2º São considerados aptos, para os fins previstos no § 1º, os candidatos filiados a partido político com representação superior a nove parlamentares na Câmara dos Deputados e que tenham requerido o registro de candidatura na Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 46)”].

O Tribunal, de início, converteu a apreciação de referendo da cautelar em julgamento de mérito (ADI 5.577 MC-Ref/DF). Na sequência, afirmou que o art. 46, “caput”, da Lei 9.504/1997 asseguraria a participação, nos debates eleitorais, dos candidatos dos partidos políticos com mais de nove representantes na Câmara dos Deputados. Observou que esse seria um critério razoável de aferição da representatividade do partido, pois não obstaría a participação de legendas com menor representatividade nos debates. De fato, a facultaria, a critério das emissoras de rádio e televisão. Frisou que o direito de

participação em debates eleitorais — diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão — não teria assento constitucional e poderia sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.

Consignou que os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/1997 estariam em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional. Tais preceitos estabeleceriam regra de equidade e resguardariam o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias, além de assegurar situação de benefício não odioso àquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. Ademais, o tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulificaria a participação de nenhuma legenda concorrente.

Além disso, a consideração, na distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, da representatividade dos seis maiores partidos políticos de determinada coligação, formada para as eleições majoritárias (Lei 9.504/1997, art. 47, § 2º, I), seria critério que objetivaria equilíbrio na distribuição do tempo de horário eleitoral gratuito. Evitaria, assim, a concentração, em uma coligação majoritária, de dada quantidade de tempo de forma a monopolizar o horário ou a ter um tempo muito maior do que os outros candidatos adversários. A norma impugnada, também, desestimularia a criação de legendas de ocasião, isto é, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral.

Na ADI 5.423/DF e na ADI 5.491/DF, ficou vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, que julgava procedente o pedido quanto ao “caput” do art. 46 para aplicar-lhe efeito repristinatório. Aduzia que a constitucionalidade do dispositivo somente se confortaria com a expressão “com representação na Câmara dos Deputados”, e não com o critério superior a nove deputados. Vencidos, também, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que acatavam o pleito na integralidade. O Ministro Marco Aurélio pontuava que somente a Constituição poderia criar cláusula de barreira. Sublinhava que o tempo de propaganda eleitoral teria sido dividido em benefício da maioria. O Ministro Celso de Mello enfatizava que a Lei 9.504/1997, em sua anterior redação, assegurava a participação de candidatos de partidos com representação na Câmara dos Deputados. Realçava que as cláusulas de exclusão previstas na nova formulação efetivamente atingiriam de modo grave o direito de grupos minoritários.

Na ADI 5.577 MC-Ref/DF, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Celso de Mello, que assentavam a procedência do pleito.

[ADI 5423/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24 e 25.8.2016. \(ADI-5423\)](#)

[ADI 5491/DF, rel. Min. Dias Toffoli 24 e 25.8.2016. \(ADI-5491\)](#)

[ADI 5577 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, 24 e 25.8.2016. \(ADI-5577\)](#)

(Informativo 836, Plenário)

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

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato - I

Candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa.

Essa é a conclusão do Plenário que, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 5º do art. 46 da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 [“Art. 46. § 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”].

O Tribunal afirmou que a alteração promovida pela minirreforma deveria ser interpretada no sentido de somente possibilitar que dois terços dos candidatos aptos acrescentassem novos participantes ao debate

- candidatos que não tivessem esse direito assegurado por lei e nem tivessem sido previamente convidados pela emissora. Assim, seria possível minorar o risco inverso, o de que o conflito de interesses estivesse na própria decisão da emissora em convidar ou não um candidato para o pleito.

Observou que em pequenas cidades brasileiras ainda seria comum que os veículos de comunicação social estivessem concentrados nas mãos de oligarquias ou de políticos locais. Dessa forma, a solução evitaria tanto que os candidatos quanto as emissoras pudessem intervir de modo ilegítimo na conformação dos participantes dos debates, garantindo-se, de modo pleno, a liberdade de informação, a paridade de armas e a legitimidade do pleito.

Vencida a Ministra Rosa Weber (relatora) e os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Teori Zavascki, que rejeitavam o pedido.

Reputavam que o preceito, no contexto da desigualação, realizaria a igualdade material na disputa política ao valorizar as agremiações detentoras de maior representatividade, enquanto melhor capacitadas a despertar o interesse do eleitorado, acerca dos seus compromissos, programas e ideias, em maior amplitude.

Inverter essa lógica contrariaria a realidade, bem como não se justificaria sob a ótica dos critérios interpretativos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vencidos, também, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que acolhiam o pleito.

Mencionavam que a regra legal questionada teria caráter excludente que vulneraria os postulados fundamentais do sistema político-eleitoral consagrado pela CF. Violaria, ainda, o princípio da igualdade de oportunidades que representaria a garantia básica de igual competitividade, que deveria prevalecer nas disputas eleitorais sob a égide de um modelo democrático. Ponderavam que essa cláusula de exclusão ou restrição atingiria o direito das minorias.

[ADI 5487/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/acórdão Min. Roberto Barroso, 24 e 25. 8.2016. \(ADI-5487\)](#)
(Informativo 836, Plenário)

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

Minirreforma eleitoral: debate eleitoral e exclusão de candidato -3

Candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa.

Essa é a decisão do Plenário que, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu parcialmente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 5º do art. 46 da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 13.165/2015 [“§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”] — v. Informativo 836.

O Tribunal consignou que as emissoras poderiam convidar outros candidatos não enquadrados no critério do “caput” do art. 46 (“Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: ...”), independentemente de concordância dos candidatos aptos, conforme critérios objetivos, a serem regulamentados pelo TSE, que atendessem os princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação.

Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido procedente, e vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Teori Zavascki, Rosa Weber, Edson Fachin e Celso de Mello, que o rejeitavam. O Ministro Roberto Barros reajustou o voto.

[ADI 5488/DF, rel. Min. Min. Dias Toffoli, 31.8.2016. \(ADI-5488\)](#)
(Informativo 837, Plenário)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

ECA: classificação indicativa e liberdade de expressão - 13

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/90 (“Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”) — v. Informativos 650 e 806.

A Corte afirmou que tanto a liberdade de expressão nos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente seriam axiomas de envergadura constitucional e que a própria Constituição teria delineado as regras de sopesamento entre esses valores. A respeito, rememorou o julgamento da ADPF 130/DF (DJe de 6.11.2009), em que consignada a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação de outras liberdades constitucionais.

O presente caso destacaria a liberdade de expressão na sua dimensão instrumental, ou seja, a forma como se daria a exteriorização da manifestação do pensamento. A real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a comunicação livre e

pluralista, protegida da ingerência estatal. Assim, liberdade de programação seria uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada.

Por outro lado, a criança e o adolescente, pela posição de fragilidade em que se colocariam no corpo da sociedade, deveriam ser destinatários, tanto quanto possível, de normas e ações protetivas voltadas ao seu desenvolvimento pleno e à preservação contra situações potencialmente danosas a sua formação física, moral e mental. Nessa direção, o ECA concretizaria o valor de preservação insculpido na Constituição, ao estabelecer incentivos para que se alcançassem os objetivos almejados e ao fixar uma série de vedações às atividades a eles contrárias.

De modo a compatibilizar a defesa da criança e do adolescente contra a exposição a conteúdos inapropriados veiculados em diversões públicas e programas de rádio e de televisão, de um lado, e a garantia constitucional da liberdade de expressão, de outro, haveria que se observar o art. 21, XVI, da CF (“Art. 21. Compete à União: ... XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”), bem como o art. 220, § 3º, I e II, do mesmo diploma (“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição ... § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”).

A Constituição teria estabelecido mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. O sistema de classificação indicativa seria, então, ponto de equilíbrio ténue adotado pela Constituição para compatibilizar os dois postulados, a fim de velar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. O texto constitucional buscaria conferir aos pais, como reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio social.

A competência da União para exercer a classificação indicativa somente se legitimaria por expressa disposição constitucional. Mas essa incumbência não se confundiria com autorização, e sequer poderia servir de anteparo para que se aplicassem sanções de natureza administrativa. Assim, o uso do verbo “autorizar”, contido na expressão impugnada, revelaria sua ilegitimidade. A submissão de programa ao Ministério de Estado da Justiça não consistiria em condição para que pudesse ser exibido, pois não se trataria de licença ou de autorização estatal, vedadas pela CF. A submissão ocorreria, exclusivamente, com o fito de que a União exercesse sua competência administrativa para classificar, a título indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão (CF, art. 21, XVI).

Desse modo, o Estado não poderia determinar que a exibição da programação somente se desse em horários determinados, o que caracterizaria imposição, e não recomendação. Inexistiria dúvida de que a expressão questionada teria convertido a classificação indicativa em obrigatória.

A Constituição conferira à União e ao legislador federal margem limitada de atuação no campo da classificação dos espetáculos e diversões públicas. A autorização constitucional seria para que aquele ente federativo classificasse, informasse, indicasse as faixas etárias e/ou horários não recomendados, e não que proibisse, vedasse ou censurasse. A classificação indicativa deveria, pois, ser entendida como aviso aos usuários acerca do conteúdo da programação, jamais como obrigação às emissoras de exibição em horários específicos, mormente sob pena de sanção administrativa. O dispositivo adversado, ao estabelecer punição às empresas do ramo por exibirem programa em horário diverso do autorizado, incorreria em abuso constitucional.

Embora a norma discutida não impedisse a veiculação de ideias, não impusesse cortes em obras audiovisuais, mas tão-somente exigisse que as emissoras veiculassem seus programas em horário adequado ao público-alvo, implicaria censura prévia, acompanhada de elemento repressor, de punição. Esse caráter não se harmonizaria com os artigos 5º, IX; 21, XVI; e 220, § 3º, I, todos da CF.

A exibição do aviso de classificação indicativa teria efeito pedagógico, a exigir reflexão por parte do espectador e dos responsáveis. Seria dever estatal, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca desse sistema. Ademais, o controle parental poderia ser feito, inclusive, com o auxílio de meios eletrônicos de seleção e de restrição de

acesso a determinados programas, como já feito em outros países. A tecnologia, inclusive, seria de uso obrigatório no Brasil, apesar de ainda não adotada (Lei 10.359/2001).

De todo modo, seria sempre possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou danos à integridade de crianças e adolescentes, tendo em conta, inclusive, a recomendação do Ministério de Estado da Justiça em relação aos horários em que determinada programação seria adequada. Nesse aspecto, a liberdade de expressão exigiria igualmente responsabilidade no seu exercício. As emissoras deveriam observar na sua programação as cautelas necessárias às peculiaridades do público infantojuvenil. Elas, e não o Estado, deveriam, não obstante, proceder ao enquadramento horário de sua programação.

Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente).

O Ministro Marco Aurélio julgava o pedido procedente em maior extensão para também declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, da obrigação de somente exibir, “no horário recomendado para o público infanto juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, contida no art. 76 do referido diploma, no que decorrente da indicação pelo Poder Público.

Já os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente) davam interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/1990. Reconheciam a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicionasse a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da Administração. Admitiam, desse modo, e apenas como juízo indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil.

[ADI 2404/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2016. \(ADI-2404\)](#)

(Informativo 837, Plenário)  [Audio](#)  [Video](#)

Ministério Público

PGR e conflito de atribuição entre órgãos do ministério público

Cabe ao Procurador-Geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do ministério público.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido do não conhecimento da ação e remeteu os autos ao Procurador-Geral da República.

No caso, instaurara-se conflito negativo de atribuições entre ministério público estadual e ministério público federal, para apuração de crime contra o mercado de capitais previsto no art. 27-E da Lei 6.385/1976.

O Tribunal consignou que a competência para a apreciação de conflitos de atribuição entre membros do ministério público, por não se inserir nas competências originárias do STF (CF, art. 102, I), seria constitucionalmente atribuída ao Procurador-Geral da República, como órgão nacional do ministério público.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conheciam da ação.

Pontuavam que a competência seria do STF e que conclusão diversa culminaria por nulificar, de modo absoluto, a autonomia institucional dos ministérios públicos estaduais.

[ACO 1567 OO/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 17.8.2016. \(ACO-1567\)](#)

(Informativo 835, Plenário)  [Audio](#)  [Video](#)

DIREITO ELEITORAL

Inelegibilidade

Contas de prefeito e competência para julgar - 2

A competência para apreciação das contas dos prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, para os fins da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar 64/1990, é das câmaras municipais com o auxílio dos tribunais de contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores, nos termos do art. 31, § 2º, da CF. Essa a conclusão do Plenário ao dar provimento, por maioria, ao RE 848.826/DF.

No recurso extraordinário em questão, discutia-se a definição do órgão competente para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas: se do Poder Legislativo ou do tribunal de contas.

O Colegiado considerou legítima a candidatura de deputado que tivera o registro indeferido pela justiça eleitoral em razão da rejeição, pelo tribunal de contas, de contas relativas a sua atuação como ordenador de despesas quando era prefeito municipal — v. Informativo 833.

Ponderou que a câmara municipal representaria a soberania popular, o contribuinte e, por isso, teria a legitimidade para o exame. Observou que, nos termos do Decreto-lei 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, a câmara legislativa teria, inclusive, poder de verificar os crimes de responsabilidade, entre os quais o de malversação do dinheiro público.

Vencidos os Ministros Roberto Barroso (relator), Teori Zavaski, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, que negavam provimento ao recurso.

Destacavam que o ato de fiscalizar a Administração Pública compreende o exame da prestação de contas de duas naturezas: contas de governo e contas de gestão. Assentavam que a competência para julgamento seria atribuída à casa legislativa ou ao tribunal de contas em função da natureza das contas prestadas e não do cargo ocupado pelo administrador.

Esclareciam que as contas de governo, também denominadas de desempenho ou de resultado, objetivariam demonstrar o cumprimento do orçamento dos planos e programas de governo. Referir-se-iam, portanto, à atuação do chefe do Poder Executivo como agente político. Pontavam que a Constituição reserva à casa legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do tribunal de contas, conforme determina o art. 71, I, da Constituição.

Por sua vez, as contas de gestão, também conhecidas como contas de ordenação de despesas possibilitariam o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que comporia a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade. Por isso, a competência para julgá-las em definitivo seria do tribunal de contas, sem a participação da casa legislativa, conforme determina o art. 71, II, da Constituição.

Consignavam que essa sistemática seria aplicável aos estados-membros e municípios por força do art. 75, “caput”, da Constituição.

[RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.8.2016. \(RE 848826\) RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.8.2016. \(RE 729744\)](#)

(Informativo 834, Plenário, Repercussão Geral)

1ª Parte:  2ª Parte:  3ª Parte:   Video

Contas de prefeito e competência para julgar - 3

Ao analisar o RE 729.744/MG, apreciado conjuntamente com o RE 848.826/DF (acima noticiado), a Corte, por decisão majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário.

No caso, a controvérsia diz respeito à competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito, sendo o parecer prévio do tribunal de contas meramente opinativo.

O Plenário manteve o deferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito que tivera suas contas rejeitadas pelo tribunal de contas estadual.

Frisou que, no tocante às contas do chefe do Poder Executivo, a Constituição conferiria ao Poder Legislativo, além do desempenho de funções institucionais legiferantes, a função de controle e fiscalização de contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolveria por meio de processo político-administrativo, cuja instrução se iniciaria na apreciação técnica do tribunal de contas.

No âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constituiria uma das prerrogativas institucionais da câmara dos vereadores, exercida com o auxílio dos tribunais de contas do estado ou do município, nos termos do art. 31 da CF.

Ressaltou que a expressão “só deixará de prevalecer”, constante do § 2º do citado artigo, deveria ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para a rejeição do parecer emitido pela corte de contas.

O Tribunal avaliou que, se caberia exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Executivo, com mais razão não se poderia conferir natureza jurídica de decisão, com efeitos imediatos, ao parecer emitido pelo tribunal de contas que opinasse pela desaprovação das contas de prefeito até manifestação expressa da câmara municipal.

O entendimento de que o parecer conclusivo do tribunal de contas produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da casa legislativa, ofenderia a regra do art. 71, I, da CF. Essa previsão dispõe que, na análise das contas do Chefe do Poder Executivo, os tribunais de contas emitiriam parecer prévio, consubstanciado em pronunciamento técnico, sem conteúdo deliberativo, com o fim de subsidiar as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, que não estaria obrigado a se vincular à manifestação opinativa daquele órgão auxiliar.

O ordenamento jurídico pátrio não admitiria o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de permitir-se à câmara municipal delegar ao tribunal de contas, órgão auxiliar, competência constitucional que lhe seria própria, além de criar-se sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição.

Do mesmo modo, não se conformariam com o texto constitucional previsões normativas que considerassem recomendadas as contas do município nos casos em que o parecer técnico não fosse emitido no prazo legal e permitissem às câmaras municipais o seu julgamento independentemente do parecer do tribunal de contas.

Ademais, seria importante sublinhar que, na apreciação das contas anuais do prefeito, não haveria julgamento dele próprio, mas deliberação sobre a exatidão da execução orçamentária do município. A rejeição das contas teria o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do prefeito, nos termos do art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar 64/1990. Não se poderia admitir, dentro desse sistema, que o parecer opinativo do tribunal de contas tivesse o condão de gerar tais consequências ao chefe de Poder local.

Ressaltou, entretanto, que, no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que proviam o recurso. Aduziam que o parecer prévio emitido pelo tribunal de contas apenas deixaria de prevalecer por decisão de dois terços dos membros do Poder Legislativo local. Esse documento, então, passaria a produzir efeitos integralmente a partir de sua edição. A eficácia cessaria, porém, se e quando apreciado e rejeitado por deliberação dos vereadores. Analisou que entendimento contrário teria a consequência prática de tornar o parecer emitido pelo órgão competente um nada jurídico, dado o efeito paralisante de omissão do Poder Legislativo.

Em seguida, o Tribunal suspendeu o julgamento e deliberou fixar a tese da repercussão geral em outra assentada.

[RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.8.2016. \(RE-848826\)](#)

[RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.8.2016. \(RE 729744\)](#)

(Informativo 834, Plenário, Repercussão Geral)

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

Contas de prefeito e competência para julgar - 4

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

Essa a tese fixada por decisão majoritária do Plenário em conclusão de julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a definição do órgão competente para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas — v. Informativos 833 e 834.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber.

[RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 17.8.2016. \(RE-848826\)](#)

(Informativo 835, Plenário, Repercussão Geral)  [Áudio](#)  [Vídeo](#)

Contas de prefeito e competência para julgar - 5

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

Essa a tese fixada por decisão majoritária do Plenário em conclusão de julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito e, por consequência, a natureza jurídica do parecer prévio do tribunal de contas — v. Informativos 833 e 834.

Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, que acresciam à tese a seguinte expressão: “É inconstitucional a prática dos órgãos legislativos de não julgar essas contas em prazo razoável, quando sobre elas já tenha sido emitido o parecer do Tribunal de Contas”.

Vencido, também, o Ministro Luiz Fux ao fundamento de que, diante da omissão da câmara municipal, prevaleceria o parecer prévio do tribunal de contas.

[RE 729744/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2016. \(RE-729744\)](#)

(Informativo 835, Plenário, Repercussão Geral)   [Video](#)

DIREITO PENAL

Nulidades

Audiência de instrução e ausência de testemunha - 2

Na via estreita do “habeas corpus” não se admite o exame de nulidade cujo tema não foi trazido antes do trânsito em julgado da ação originária e tampouco antes do trânsito em julgado da revisão criminal.

Com base nessa orientação, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pleiteava a reabertura da instrução para oitiva de testemunhas, sob a alegação de que teria havido cerceamento de defesa — v. Informativo 767.

Tratava-se de controvérsia relativa ao ato de magistrado que realizara audiência sem a presença de advogado da defesa e não nomeara defensor “ad hoc”.

A Turma consignou, quanto à testemunha que fora arrolada pela defesa e determinada sua condução coercitiva, o não cumprimento da diligência pelo oficial de justiça porque ela encontrava-se hospitalizada. Além disso, o advogado do recorrente não protestara pela substituição da testemunha. Assim, a referida nulidade não fora apontada pela defesa, seja nas alegações finais do processo originário ou em qualquer outro momento, mas somente apresentada na via do “habeas corpus”.

Desse modo, a matéria estaria preclusa, a teor do disposto no CPP (“Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, ‘d’ e ‘e’, segunda parte, ‘g’ e ‘h’, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos”).

Vencido o Ministro Dias Toffoli (relator), que dava provimento ao recurso para anular o processo a partir do encerramento da instrução. Assentava constituir nulidade absoluta o término daquela fase processual sem a oitiva das testemunhas de defesa.

[RHC 124041/GO, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 30.8.2016. \(RHC-124041\)](#)

(Informativo 837, 1ª Turma)

Penas

Circunstâncias judiciais e “bis in idem”

É legítima a utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada a acusado pela prática do crime de concussão.

Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, conheceu e denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o reconhecimento do “bis in idem”.

A Turma afirmou que seria possível, no que se refere à culpabilidade (CP, art. 59), promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior tendo em consideração a condição de policial civil do agente.

O delito previsto no art. 316 do CP seria de mão própria, porém, presentes as circunstâncias do art. 59 do CP, se poderia levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade, a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público.

Dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública — no caso, uma autoridade policial — obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito comprometeria de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que seria atuar pelo bem comum e pelo bem público. Portanto, aquele que fosse investido de parcela de autoridade pública — fosse juiz, membro do Ministério Público ou autoridade policial — deveria ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido. Assim, a pena aplicada, de 2 anos e 6 meses, não seria desproporcional diante das circunstâncias.

Preliminarmente, o Colegiado exarou entendimento segundo o qual deveriam ser conhecidos os “habeas corpus” nas hipóteses em que fossem substitutivos de recurso extraordinário, como no caso em comento.

Vencidos os Ministros Luiz Fux (relator) e Rosa Weber.

O relator concedia a ordem por entender configurado o “bis in idem”. Já a Ministra Rosa Weber sequer conhecia da impetração em razão da ausência de manifesta ilegalidade ou teratologia.

[HC 132990/PE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016. \(HC-132990\)](#)

(Informativo 835, 1ª Turma)

Tipicidade

Nomeação de secretária parlamentar e configuração do crime de peculato

A Segunda Turma, por maioria, deu provimento a apelação interposta contra sentença penal condenatória para absolver o apelante com fundamento no art. 386, III, do CPP (“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: ... III - não constituir o fato infração penal”).

Na espécie, o recorrente fora condenado em primeira instância — ao tempo em que ainda não detinha foro no STF — pela suposta prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do CP, em razão da contratação, como sua secretária parlamentar, de funcionária de sua própria empresa, que teria continuado no exercício de atividade privada embora recebendo pelos cofres públicos.

Preliminarmente, a Turma não conheceu de petição formulada pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB) e indeferiu seu pedido de intervenção como “amicus curiae”. Afirmou que a agremiação partidária, autoqualificando-se como “amicus curiae”, pretenderia, em verdade, ingressar numa posição que a relação processual penal não admitiria, considerados os estritos termos do CPP.

O Colegiado, ainda, rejeitou pedido da defesa no sentido de que se aumentasse, no caso, o tempo de sustentação oral. A Turma ressaltou que, a despeito da classificação de ação penal originária, impor-se-ia o regime jurídico processual próprio da apelação, sendo aplicáveis, em razão disso, as disposições regimentais atinentes a essa classe recursal.

No mérito, a Turma destacou a necessidade de se analisar o crime de peculato sob a óptica da jurisprudência do STF. No Inq 2.913 AgR/MT (DJe de 21.6.2012), o Plenário concluiu que, em tese, a nomeação de funcionário para o exercício de funções incompatíveis com o cargo em comissão ocupado tipificaria o crime de peculato-desvio (CP, art. 312, “caput”). Já no julgamento do Inq 3.776/TO (DJe de 4.11.2014), a Corte assentara que a “utilização dos serviços custeados pelo erário por funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica de peculato (art. 312, do Código Penal), em razão do princípio da taxatividade (CF, art. 5º, XXXIX)”. O tipo em questão exigiria “apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou outro bem móvel”. Assim, tendo essas premissas em conta, seria a hipótese de se verificar se, na situação em comento, teria havido: a) desvio de serviços prestados por secretária parlamentar à custa do erário, no interesse particular do apelante, fato este penalmente atípico; ou b) utilização da Administração Pública para pagar o salário de empregado particular, fato que constituiria crime.

Contudo, a prova dos autos demonstraria que a pessoa nomeada secretária parlamentar pelo apelante teria, de fato, exercido atribuições inerentes a esse cargo, ainda que também tivesse desempenhado outras atividades no estrito interesse particular do recorrente.

De acordo com o art. 8º do Ato da Mesa 72/1997, da Câmara dos Deputados, o secretário parlamentar tem as seguintes atribuições: “redação de correspondência, discurso e pareceres do parlamentar; atendimento às pessoas encaminhadas ao gabinete; execução de serviços de secretaria e datilográficos; pesquisas; acompanhamento interno e externo de assuntos de interesse do Parlamentar; condução de veículo de propriedade do parlamentar; recebimento e entrega de correspondência, além de outras atividades afins inerentes ao respectivo gabinete”. Essas atribuições, nos termos do art. 2º do referido ato normativo, devem ser desempenhadas no gabinete parlamentar na Câmara dos Deputados ou no Estado-Membro de representação do parlamentar, ou seja, no escritório político do parlamentar.

Nesse contexto, teria ficado comprovado o efetivo exercício de atribuições inerentes ao cargo de secretária parlamentar — atendimento de pessoas que procuravam o deputado federal em seu escritório político — pela pessoa nomeada pelo apelante. Assim, a prova colhida sob o crivo do contraditório autorizaria a conclusão de que a conduta do apelante seria penalmente atípica, uma vez que teria consistido no uso de funcionário público que, de fato, exercia as atribuições inerentes ao seu cargo para, também, prestar outros serviços de natureza privada.

A despeito disso, a emissão de qualquer juízo de valor a respeito da moralidade da conduta verificada ou de seu enquadramento em eventual ato de improbidade administrativa não caberia no processo em comento, isso tendo em consideração o seu caráter penal.

Vencidos os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia (relatora).

O Ministro Teori Zavascki desprovia a apelação. Mantinha a decisão do Plenário quando do recebimento da denúncia, no sentido do reconhecimento da tipicidade em tese da conduta verificada.

A Ministra Cármen Lúcia (relatora), apesar de também considerar o fato imputado ao recorrente como típico, provia parcialmente o recurso unicamente para reduzir a pena fixada na sentença.

[AP 504/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 9.8.2016. \(AP-504\)](#)

(Informativo 834, 2ª Turma)

Dispensa de licitação e peculato - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, condenou deputada federal — secretária estadual de educação à época dos fatos — à pena de cinco anos e quatro meses de detenção e multa pela prática dos delitos descritos nos artigos 89, “caput”, c/c o 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/1993; bem assim à reprimenda de quatro anos e quatro meses de reclusão e multa pelo cometimento do crime previsto no art. 312, c/c o 327, § 2º, ambos do CP. No entanto, no que se refere ao peculato, assentou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, à luz da pena em concreto — v. Informativo 836.

No caso, a acusada — no período compreendido entre 2002 e 2004 — deixara de observar, ante a justificativa de inviabilidade de competição, as formalidades legais em processos de inexigibilidade de licitação. Adquirira livros didáticos diretamente das empresas contratadas, com recursos oriundos dos cofres públicos, beneficiando-as com superfaturamento dos objetos contratuais.

O Colegiado ressaltou que a justificativa utilizada para a inexigibilidade de licitação fora a inviabilidade de competição. Para dar respaldo a essa alegação, foram consideradas válidas declarações de exclusividade emitidas por entidade não prevista em lei, ou ainda atestados não constantes do respectivo procedimento. Essas cartas de exclusividade não permitiam inferir a inexistência, à época, de outros fornecedores das mercadorias pretendidas. Além disso, inexistiria impedimento ao órgão estadual de efetuar pesquisa de preço em outras praças, ou mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos têm distribuição em todo o território nacional. Logo, não procede a assertiva de que a exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização das pesquisas.

Demonstrou que os preços praticados não foram compatíveis com o mercado ou mais vantajosos, mas que houvera significativo sobrepreço, inclusive por meio de aditivos contratuais. Estes eram acompanhados do máximo permitido em lei sobre o preço estabelecido no contrato original, porém, sem dados concretos que justificassem a majoração. Ao contrário, o órgão não negociara os preços, afirmando serem os praticados pelo mercado, sem comprovação.

Em síntese, ocorrera o desvio de dinheiro público, de que tinha posse a denunciada, em benefício das empresas contratadas.

No tocante à dosimetria alusiva ao crime de peculato (quatro anos e quatro meses de reclusão e multa), a Turma lembrou que o acréscimo de quatro meses se refere à continuidade delitiva, de modo que não pode incidir para efeito de afastamento da prescrição (Enunciado 497 da Súmula do STF).

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, que julgavam a acusação improcedente.

[AP 946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 30.8.2016. \(AP-946\)](#)

(Informativo 837, 1ª Turma)

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor -2

A Primeira Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se discutia nulidade de apelação, em face da ausência de contrarrazões da defesa e da intimação do defensor para o julgamento. Debatia-se, também, o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal [“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”], ou seja, o enquadramento jurídico do fato — se ato libidinoso ou estupro de vulnerável — e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita.

Na espécie, constara na denúncia que teria havido a prática de atos libidinosos no interior de veículo automotor e que o recorrente teria constrangido a menor ao passar as mãos nas coxas e seios dela. Em juízo, a vítima relatara não ter havido penetração vaginal, em oposição ao que afirmado na fase de investigação — v. Informativo 833.

A Turma consignou que a hipótese dos autos não configuraria nulidade, tendo em vista que o advogado do recorrente não seria defensor dativo, mas profissional constituído pelo recorrente. Além disso, o causídico fora regularmente intimado para apresentar contrarrazões e não o fizera.

Acerca da matéria de fundo, destacou que a descrição da denúncia faria referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, estariam presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro.

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que provia o recurso.

[RHC 133121/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin 30.8.2016. \(RHC-133121\)](#)

(Informativo 837, 1ª Turma)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Competência

OAB e competência jurisdicional

Compete à justiça federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quer mediante o conselho federal, quer seccional, figure na relação processual.

Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário interposto em face de acórdão que assentara a competência da justiça estadual para processar execuções ajuizadas pela OAB contra inscritos inadimplentes quanto ao pagamento das anuidades.

Afirmou que a OAB, sob o ângulo do conselho federal ou das seccionais, não seria associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento (CF, art. 5º, XVIII). Consubstanciaria órgão de classe, com disciplina legal — Lei 8.906/1994 —, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória.

A OAB seria, portanto, autarquia corporativista, o que atrairia, a teor do art. 109, I, da CF, a competência da justiça federal para o exame de ações — de qualquer natureza — nas quais ela integrasse a relação processual. Assim, seria impróprio estabelecer distinção em relação aos demais conselhos existentes.

[RE 595332/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 31.8.2016. \(RE-595332\)](#)

(Informativo 837, Plenário, Repercussão Geral)  

Mandado de Segurança

Ato do CNJ e controle de constitucionalidade - 3

Em face do arquivamento dos atos objeto do mandado de segurança, a Segunda Turma, em conclusão de julgamento, julgou prejudicado o “writ” impetrado contra ato do CNJ.

Na espécie, tratava-se de agravo regimental ajuizado contra liminar deferida em mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática de conselheira do CNJ, que, em procedimento de controle administrativo, determinara a tribunal de justiça estadual que elaborasse nova lista de antiguidade de membros da magistratura, com exclusão de critério não previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman).

Questionava-se a possibilidade de órgão, como o CNJ, pronunciar-se sobre a declaração de inconstitucionalidade — v. Informativo 810.

Diante desse quadro superveniente, o Ministro Teori Zavascki (relator) reformulou seu voto para considerar prejudicado o mandado de segurança.

[MS 33586/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 30.8.2016. \(MS-33586\)](#)

(Informativo 837, 2ª Turma)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Comunicação de Ato Processual

Citação com hora certa e processo penal

É constitucional a citação com hora certa no âmbito do processo penal (CPP: “Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de

Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo”).

Essa a conclusão do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade do aludido preceito processual.

No caso, o recorrente fora condenado, no âmbito de juizado especial criminal, à pena de seis meses de detenção, substituída por prestação de serviços comunitários, pela prática do crime previsto no art. 309 da Lei 9.503/1997 (dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano). Fora citado com hora certa, pois estaria ocultando-se para não o ser pessoalmente. A defesa arguiu, então, a inconstitucionalidade dessa modalidade de citação.

O Colegiado aduziu que a ampla defesa (CF, art. 5º, LV) une defesa técnica e autodefesa. A primeira é indeclinável. Não assegurar ao acusado a defesa técnica é causa de nulidade absoluta do processo, e consubstancia prejuízo ínsito e insanável (CPP, artigos 564, III, “c”; e 572). O Tribunal possui entendimento sumulado nesse sentido (Enunciado 523 da Súmula do STF). A autodefesa, por sua vez, representa a garantia de se defender pessoalmente e, portanto, de se fazer presente no julgamento. A respeito, a Lei 9.271/1996 inovara, para inviabilizar o julgamento do acusado à revelia, quando citado por edital, estabelecendo a suspensão do processo e, para evitar impunidade, a prescrição, até que apareça ou constitua patrono.

A indicação de advogado é ato revelador da ciência da ação penal, e a opção de não comparecer pessoalmente à instrução é consectário lógico do exercício da autodefesa, conjugado à garantia à não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII). Posteriormente, a Lei 11.719/2008 reservara, para o caso de citação pessoal frustrada por ocultação intencional do acusado, a com hora certa, e não mais a por edital, dando-se continuidade ao processo, devendo o juiz nomear defensor ao réu. O novo Código de Processo Civil não repercute na vigência ou na eficácia do preceito, pois a referência aos artigos 227 a 229 do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 252 a 254.

A ficção alusiva à citação com hora certa restringe-se ao fato de o réu não ter sido cientificado, pessoalmente, da demanda. A premissa, na hipótese, é a premeditada ocultação do réu. Logo, sabe da existência da demanda. Se optara por não se defender pessoalmente em juízo, o fizera porque, no exercício da autodefesa, não o quisera. Tampouco pode ser compelido a fazê-lo, afinal o comparecimento à instrução é direito, faculdade. Entendimento diverso consubstanciaria obrigá-lo a produzir prova contra si.

O Tribunal consignou que a citação com hora certa cerca-se de cautelas, desde a certidão pormenorizada do oficial de justiça até o aval pelo juiz. Julgando inexistirem elementos concretos de ocultação, o juiz determina a citação por edital, com a subsequente suspensão do processo caso o acusado não se apresente nem constitua advogado. A autodefesa, mesmo depois de formalizada a citação com hora certa, fica resguardada na medida em que o réu será cientificado dela, inclusive da continuação do processo (CPC, art. 254). Esconder-se para deixar de ser citado pessoalmente e não comparecer em sede judicial para defender-se revela autodefesa. Não se justifica impor a prisão preventiva. Entretanto, impedir a sequência da ação penal é demasiado, sob pena de dar ao acusado verdadeiro direito potestativo sobre o curso da ação penal, ignorando a indisponibilidade inerente.

É preciso compatibilizar a garantia do acusado à autodefesa com o caráter público e indisponível do processo-crime. O prosseguimento da ação penal, ante a citação com hora certa, em nada compromete a autodefesa; ao contrário, evidencia a opção do réu de não se defender pessoalmente em juízo, sendo compatível com a Constituição, portanto.

O Plenário, ademais, não se pronunciou quanto à aplicabilidade do instituto no âmbito específico dos juizados especiais, em razão de a controvérsia, no ponto, ultrapassar o objeto recursal.

Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio (relator), que, ao se manifestar acerca da citação com hora certa em processo submetido a juizado especial criminal, entendia pela inadmissibilidade desse ato processual. Explicava que o art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 impõe a remessa do processo à vara criminal quando o acusado não for encontrado. Tal preceito inviabiliza qualquer modalidade de citação ficta no juizado especial criminal, seja a editalícia, seja a com hora certa, por tornar inexecutíveis a composição civil e a transação penal, fins últimos dos juizados. Por fim, o Colegiado deliberou conceder “habeas corpus” de ofício em favor do recorrente, para extinguir a punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

[RE 635145/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 1º.8.2016. \(RE-635145\)](#)
(Informativo 833, Plenário, Repercussão Geral)  

Execução da Pena

Progressão de regime: art. 75 do CP ou total da pena imposta - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou prejudicado pedido de “habeas corpus”. Mas, concedeu a ordem, de ofício, para que o juízo da execução verificasse a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71), com a consequente aplicação da Lei 12.015/2009, que unificou os delitos de estupro e atentado violento ao pudor — v. Informativo 803.

Na espécie, o paciente fora condenado em primeira instância pelos delitos de: a) roubo (CP, art. 157, “caput”), à pena de 21 anos de reclusão; e b) estupro e atentado violento ao pudor (CP, artigos 213 e 214, ambos na redação anterior à Lei 12.015/2009), à pena de 44 anos e 4 meses de reclusão.

No “habeas corpus” pleiteava-se a revisão da sanção imposta, tendo em vista os seguintes argumentos: a) os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados na forma simples, não poderiam ser considerados hediondos; e b) todos os cálculos da execução penal deveriam observar o limite máximo de 30 anos, nos termos do art. 75, § 1º, do CP, notadamente porque a CF proíbe a prisão perpétua.

De início, a Turma reconheceu o prejuízo do “writ” impetrado no STF (em 9.9.2009) antes do julgamento do mérito de “habeas corpus” pelo STJ (em 15.12.2009). Nessa decisão, o STJ concedera em parte a ordem para assegurar ao paciente a progressão no regime de cumprimento de pena, observada a fração de 1/6.

Apesar disso, assentou a possibilidade do exame de concessão, de ofício, da ordem de “habeas corpus”.

O Colegiado destacou que a jurisprudência consolidada do STF seria no sentido de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor — tendo em conta o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/1990, ainda na redação dada pela Lei 8.930/1994 —, mesmo que praticados na forma simples, teriam caráter hediondo. Inviável, portanto, a interpretação requerida na impetração.

Outrossim, o Tribunal possuiria reiterados pronunciamentos no sentido de que o limite temporal enunciado no art. 75 do CP — 30 anos — não constituiria parâmetro para o cálculo dos benefícios da execução penal. Assim, tal limite diria respeito exclusivamente ao tempo máximo de efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Logo, não deve ser utilizado para calcular os benefícios da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor teria suscitado intensos debates no âmbito do STF. De modo geral, durante longo período de tempo, a Corte não admitira o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (CP, art. 71) entre os referidos delitos, diante da caracterização do concurso material (CP, art. 69). Essa discussão, contudo, teria perdido relevância com a edição da Lei 12.015/2009, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor. Diante dessa inovação legislativa, o STF teria passado a admitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Contudo, tendo em consideração a impossibilidade de se verificar, no caso em comento, o cabimento do reconhecimento da continuidade delitiva, caberia ao juízo da execução examinar a questão, aplicando-se retroativamente a Lei 12.015/2009.

Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que concediam a ordem em maior extensão, também para que o juízo da execução analisasse a viabilidade da progressão de regime e dos demais benefícios previstos na LEP, considerado o teto máximo de 30 anos e não o total da pena imposta.

[HC 100612/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 16.8.2016. \(HC-100612\)](#)
(Informativo 835, 1ª Turma)

Cometimento de falta grave e comutação de pena

A Turma não conheceu de pedido formulado em “habeas corpus” no qual pleiteada a concessão do benefício de comutação de pena concedido pelo Decreto 7.873/2012.

Essa norma concede a referida benesse a determinadas pessoas, desde que observados os requisitos nela fixados, dentre eles a exigência prevista no seu art. 4º (“A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto”).

Na espécie, fora negado o pleito de aplicação de comutação de pena ao paciente em razão do cometimento de falta grave. Segundo afirmado pelo magistrado “a quo”, tal fato ensejaria a impossibilidade de concessão do benefício.

A impetração sustentava que a falta grave ocorrida em 5.11.2012 teria sido homologada apenas em 31.3.2014, portanto, em data posterior à publicação do decreto (26.12.2012). Isso, de acordo com a defesa, inviabilizaria o indeferimento da comutação de pena, porquanto não teria sido observado o período estabelecido no indigitado dispositivo do Decreto 7.873/2012, levando-se em consideração a data da homologação judicial.

De início, a Turma asseverou que o “writ” em questão se voltaria contra decisão monocrática, não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, fato que configuraria o não exaurimento da instância antecedente, a ensejar o não conhecimento do pedido (HC 118.189/MG, DJe de 24.4.2014).

Contudo, caberia ao STF proceder à análise, de ofício, da questão debatida em “habeas corpus”, nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

No caso em comento, caberia decidir se, para obstar a comutação de pena, a homologação judicial da sanção por falta grave necessariamente precisaria se verificar no prazo de 12 meses — contados retroativamente à data de publicação do decreto —, ou se seria suficiente que a falta grave tivesse sido praticada nesse interstício, ainda que a homologação judicial da sanção ocorresse em momento posterior.

Não somente em face do próprio texto legal, como também de sua “ratio”, seria de se exigir apenas que a falta grave tivesse sido cometida no prazo em questão. O art. 4º do Decreto 7.873/2012 se limitaria a impor a homologação judicial da sanção por falta grave, mas não exigiria que ela tivesse que se dar nos 12 meses anteriores à sua publicação.

Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de nem sequer haver tempo hábil para a apuração de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto.

[HC 132236/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 30.8.2016. \(HC-132236\)](#)

(Informativo 837, 2ª Turma)

Extradicação

Extradicação de brasileiro naturalizado

É possível conceder extradicação para brasileiro naturalizado envolvido em tráfico de droga (CF, art. 5º, LI). Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, afastou a alegada deficiência na instrução do pedido e deferiu a extradicação. Na espécie, o extraditando fora condenado no Estado Requerente (França) à pena de três anos pela prática dos crimes de transporte, posse, aquisição e exportação de produtos estupefacientes, em observância da exigência contida no art. 36, II, “a”, da Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes de 1961.

Não existiriam nos autos notícias de que os fatos correlacionados teriam dado início à persecução penal no Brasil. A medida constritiva do nacional francês fora efetivada em 9.7.2013 e, em 25.7.2013, a prisão preventiva fora substituída por medidas cautelares (uso de tornozeleiras eletrônicas, entrega do passaporte, proibição de ausentar-se do Estado-Membro sem autorização judicial e compromisso de comparecer semanalmente ao competente juízo da vara federal).

De início, a Turma destacou a qualidade invulgar do trabalho profissional do extraditando que, em trinta anos de residência no Brasil, dedicara-se a atividade de grande relevância cultural para o País.

Apontou a regularidade formal do pedido, que está devidamente instruído com a documentação prevista no art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e no art. 10 do Tratado de Extradicação. Consignou que os fatos criminosos do pedido extradicionário não possuem conotação política e que o presente feito reveste-se de natureza executória. Assentou que, conforme informações da autoridade solicitante, o crime não estaria prescrito pela legislação francesa, tampouco pela brasileira. Ressaltou que, consideradas a data do crime (meados de 2009), a publicação da sentença condenatória (26.10.2010) e a pena em concreto (três anos de reclusão), o prazo prescricional de oito anos, nos termos do art. 109, IV, c/c art. 110, do CP, observados os respectivos marcos interruptivos (art. 117 do CP), teria lugar somente em 26.10.2018. De qualquer forma, a alínea “e” do art. 4 do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a França aponta “a interrupção da prescrição no momento do recebimento do pedido no Estado requerido”, o que se deu em 7.11.2011 (data de recebimento do pedido de extradicação pelo Ministério das Relações Exteriores).

Para a Turma, ao isolar cada conduta do tipo misto alternativo do tráfico de drogas, a pena mínima prevista é de cinco anos (Lei 11.343/2006, art. 33) e o prazo prescricional de 12 anos (CP, art. 109, III), a

delinear, também por esse prisma, a inoocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Esclareceu que a existência de circunstâncias favoráveis ao extraditando, como residência fixa, ocupação lícita e família estabelecida no Brasil, com mulher, três filhos e dois enteados, não são obstáculos ao deferimento da extradição.

O Colegiado frisou que, em momento algum, houvera a substituição da prisão preventiva para fins de extradição por prisão domiciliar, mas tão somente por medidas cautelares diversas da prisão. Assim, não se poderia falar em detração da pena privativa de liberdade aplicada ao extraditando, pois ambas as sanções possuiriam natureza e finalidade distintas. Enfatizou que, para fins de detração, não poderia considerar mais do que o período de dezesseis dias, que iriam da prisão preventiva implementada à expedição do alvará de soltura com as medidas alternativas impostas.

Vencidos os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, que indeferiam a extradição.

O Ministro Luiz Fux entendia que a situação excepcional de saúde do extraditando autorizava o cumprimento da prisão preventiva na modalidade de prisão cautelar e que a medida constritiva decretada teria completado 3 anos em 9.7.2016. Ponderava que o extraditando estaria preso por tempo superior ao da condenação que lhe fora imposta pela Justiça Francesa, o que inviabilizaria o compromisso pelo Estado requerente de promover a detração, uma vez que não mais sobejaria pena a ser cumprida na França. O Ministro Roberto Barroso acompanhou o voto do Ministro Luiz Fux não pela detração, mas por motivos humanitários previstos no Tratado de Extradição entre França e Brasil.

[Ext 1244/República Francesa, rel. Min. Rosa Weber, 9.8.2016. \(Ext-1244\)](#)
(Informativo 834, 1ª Turma)

Cooperação jurídica internacional e oitiva de extraditando

Compete ao STF apreciar o pedido de cooperação jurídica internacional na hipótese em que solicitada, via auxílio direto, a oitiva de estrangeiro custodiado no Brasil por força de decisão exarada em processo de extradição.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que assentara a competência do STJ para julgamento de pedido de cooperação jurídica formulado pelo ministério público português por intermédio da Procuradoria-Geral da República.

A solicitação em comento tem como objeto a oitiva de extraditando custodiado preventivamente em procedimento extradicional cujo requerente é a República da Irlanda. Ocorre que os supostos delitos cometidos pelo extraditando, e que sustentam o processo de extradição, teriam, segundo alegado pelo ministério público de Portugal, repercussão também nesse país.

A Turma afirmou que não incidiria, na espécie, o conjunto de regras atinentes à carta rogatória, mas sim as regras que dispõem sobre o auxílio direto (CPC, artigos 28 a 34). Tal auxílio consistiria na obtenção de providências em jurisdição estrangeira, de acordo com a legislação do Estado requerido, por meio de autoridades centrais indicadas em tratado internacional. Prescindiria, ademais, do juízo de delibação a ser proferido pelo STJ.

Tratando-se, no caso, de produção probatória e oitiva de testemunho — o que, na seara da assistência jurídica internacional, não demandaria o mecanismo da carta rogatória e do respectivo “exequatur” — incidiria a regra do art. 28 do CPC (“Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”).

Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que desprovia o recurso.

[Pet 5946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016. \(Pet-5946\)](#)
(Informativo 835, 1ª Turma)

Nulidades

PAD: prova emprestada e nulidade - 2

A prova colhida mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal pode ser utilizada para instruir procedimento administrativo punitivo. Essa a conclusão da Primeira Turma ao negar provimento, por maioria, a recurso ordinário em mandado de segurança no qual se pretendia a declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar.

Na espécie, servidor público federal que fora demitido por ato de improbidade administrativa questionava: a) defeitos na formação da comissão de inquérito e no termo de indiciamento; b) cerceamento

de defesa proveniente da falta de intimação de relatório final; c) impossibilidade de compartilhamento de prova colhida em ação penal; e d) ausência de transcrição integral de dados obtidos por meio de interceptação telefônica — v. Informativo 800.

A Turma apontou a admissibilidade de se emprestar provas provenientes de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, para o processo administrativo disciplinar. Em consequência, assentou a inexistência do direito líquido e certo do recorrente.

Por outro lado, diante da lacuna quanto à existência efetiva do resultado em proveito próprio, cuja liquidez e certeza são requeridas em mandado de segurança, consignou a possibilidade de o recorrente resolver a lide nas vias ordinárias.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que davam provimento ao recurso para, afastadas as provas obtidas a partir de indevido aproveitamento, declarar a insubsistência de portaria da qual resultara a demissão do recorrente do serviço público.

O relator destacava que a quebra do sigilo telefônico fora determinada por órgão judicial para efeito específico, qual seja, investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, descaberia alargar, pela via da interpretação, o campo do preceito em questão, o qual objetiva a concretização da tutela constitucional da intimidade.

Para o Ministro Edson Fachin, não fora comprovado nos autos que o indiciado tivesse levado, pessoalmente, vantagem com a sua conduta.

[RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Roberto Barroso, 9.8.2016. \(RMS-28774\)](#)
(Informativo 834, 1ª Turma)

Princípios e Garantias Processuais

Desmembramento de processo e cerceamento de defesa

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o trancamento de ação penal instaurada em face de acusada da prática dos crimes previstos nos artigos 288 e 317, § 1º, do CP, e no art. 90 da Lei 8.666/1993.

A impetração sustentava, em síntese, que: a) a denúncia oferecida contra a paciente seria inepta, em razão da carência de descrição dos fatos específicos que pudessem caracterizar os crimes imputados; b) o desmembramento do processo careceria de amparo legal, pois o excessivo número de acusados somente poderia ensejar a cisão processual “quando acompanhada do relevante intuito de não prolongar a prisão processual”, circunstância não comprovada nos autos; e c) a separação dos autos, seguido de posterior reunião, teria acarretado disparidade de armas e cerceamento à defesa, tendo em conta a realização da oitiva das testemunhas de acusação em duas oportunidades.

A Turma afirmou que a jurisprudência do STF seria no sentido de que a extinção da ação penal de forma prematura, via “habeas corpus”, somente se daria em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada: a) a atipicidade da conduta; b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou c) a presença de causa extintiva da punibilidade.

Entretanto, a denúncia formulada na espécie exporia de forma individualizada e detalhada como teriam se dado as condutas imputadas à paciente, correlacionando-as aos respectivos tipos penais. Assim, observado o disposto no art. 41 do CPP, ou seja, descrito o fato criminoso, com a indicação dos elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação e, por consequência, instaurar a persecução criminal, não haveria que se falar em inépcia da denúncia ou falta de justa causa para a ação penal.

Outrossim, a insurgência contra o desmembramento do processo também não prosperaria. O juízo de origem justificara tal medida na necessidade de se evitar a “procrastinação da instrução processual e delonga no deslinde da causa”, tendo em conta o número elevado de réus e advogados, o que tornaria praticamente inviável efetivar o bom andamento do feito. Desse modo, o desmembramento do processo, como consectário do excessivo número de acusados, tenderia a imprimir maior celeridade processual, além de racionalizar os trabalhos no âmbito do referido juízo, motivação que observaria o disposto no art. 80 do CPP (“Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”).

Com relação ao alegado cerceamento de defesa e ofensa à paridade de armas após o desmembramento dos autos, o Colegiado destacou que a posterior reunião dos processos teria implicado a

superação dessas questões. Ademais, sobre essa matéria específica, o STJ não teria se pronunciado. Logo, o exame no “writ” em comento implicaria supressão de instância.

[HC 127288/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 23.8.2016. \(HC-127288\)](#)

(Informativo 836, 2ª Turma)

DIREITO SANITÁRIO

Direito à Saúde

Suspensão de convênio e impossibilidade de adesão a plano de saúde

Ante a particularidade do caso, aliada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde, a Segunda Turma concedeu a ordem em mandado de segurança para afastar óbice imposto pelo TCU e permitir que o impetrante fosse admitido no plano de assistência à saúde disponibilizado aos servidores do Instituto de Colonização e Reforma Agrária - Incra, operado pela Geap - Autogestão em Saúde.

No caso, o TCU determinara cautelarmente a suspensão da inclusão de novos beneficiários no plano de saúde dos servidores do Incra tendo em conta aparente irregularidade na celebração do Convênio 1/2013, firmado entre Golden Cross Assistência Internacional Ltda. e Geap - Autogestão em Saúde.

O impetrante, servidor do Incra, ficara afastado dessa autarquia por mais de 18 anos para atuar em outro órgão público federal. Nesse período, fora atendido pelo plano de assistência à saúde da Justiça Federal. Acometido por doença grave, perdera sua capacidade laboral e retornara ao órgão de origem, que o aposentara por invalidez. A aposentadoria, todavia, ocorrera 27 dias após a notícia de suspensão de novas adesões ao plano de assistência à saúde que atendia aos demais servidores do Incra. Assim, o impetrante tivera negado seu pedido de adesão ao plano em comento.

Na impetração sustentava-se a ilegalidade e a arbitrariedade do ato apontado como coator, evocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e o direito do servidor de manter assistência médica na inatividade. Ademais, a supressão do exercício do direito de aderir ao plano de saúde disponibilizado aos demais servidores ativos e inativos do Incra impediria o acesso ao tratamento médico de sua enfermidade, frustrando direitos fundamentais que visariam resguardar a integridade física, psíquica e moral do servidor.

A Turma afirmou que as peculiaridades da situação em comento justificariam a pretensão judicial deduzida no “writ”, no sentido de se afastar o embaraço imposto ao ingresso do impetrante no plano de saúde, sendo imperioso assinalar a persistente ausência de pronunciamento definitivo do TCU sobre a questão.

A situação referida impusera ao autor do mandado de segurança restrição que não poderia suportar nesse instante de vulnerabilidade, havendo a necessidade de se dar continuidade ao acompanhamento médico para tratamento da neoplasia, o qual não poderia ser descontinuado.

Desse modo, a suspensão provisória da autorização para a adesão do impetrante ao plano de assistência médico-hospitalar Geap - Autogestão em Saúde colidiria com o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, haveria a informações no sentido de que o TCU teria reformado parcialmente a decisão impugnada para, ao menos implicitamente, observar o princípio da dignidade da pessoa humana e preservar o direito à saúde dos beneficiários inicialmente impedidos de ingressar ou permanecer atendidos pelo citado plano de assistência à saúde.

[MS 33619/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.8.2016. \(MS-33619\)](#)

(Informativo 836, 2ª Turma)

DIREITO TRIBUTÁRIO

Tributos

Cooperativas de trabalho, terceiros e contribuição ao PIS/Pasep

A receita auferida pelas cooperativas de trabalho decorrente dos atos (negócios jurídicos) firmados com terceiros se insere na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.

Com base nessa orientação, o Plenário acolheu embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes. Na espécie, a embargante — cooperativa prestadora de serviço com terceiros tomadores de serviço — apontou que o recurso extraordinário teria tratado apenas de ato

externo das cooperativas de trabalho (v. Informativo 766). Portanto, quando realizassem atos com terceiros, deveriam ser tributadas pelo PIS.

O Plenário reafirmou que a norma do art. 146, III, “c”, da Constituição, que assegura o adequado tratamento tributário do ato cooperativo, seria dirigida, objetivamente, ao ato cooperativo, e não, subjetivamente, à cooperativa. Elucidou que a questão da incidência da contribuição ao PIS não deveria levar em consideração se o ato do qual a receita ou o faturamento se origina seria qualificado como cooperativo ou não. Mas sim, se a sociedade tributada teria praticado o fato gerador dessa exação, se teria auferido receita ou faturamento, tendo em conta suas atividades econômicas e seus objetos sociais.

Assim, a partir da exegese constitucional do que seja o “adequado tratamento tributário do ato cooperativo”, a Corte, para o caso concreto, firmou o entendimento de que a receita ou o faturamento auferidos pelas cooperativas de trabalho decorrentes dos negócios jurídicos praticados com terceiros se inseririam na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.

Por fim, registrou que o tema do adequado tratamento tributário do ato cooperativo será retomado pelo Plenário para dirimir controvérsia acerca da cobrança de contribuições sociais destinadas à seguridade social incidentes, também, sobre outras materialidades, como o lucro, por ocasião do julgamento do RE 672.215/CE, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida.

[RE 599362/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 18.8.2016. \(RE-599362\)](#)

(Informativo 835, Plenário, Repercussão Geral)   [Video](#)

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