



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INFORMATIVO STF 851

*Destaques comentados pelos
Professores Estratégia*

Sumário

Sumário	1
1 – Direito Constitucional	1
2 – Direito Tributário.....	17
3 – Direito Administrativo	20
4 – Direito Penal	23
5 – Direito Processual Penal	26

1 – Direito Constitucional

Magistratura. Resolução e cargos de direção de tribunal de justiça

O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Resolução TJ/TP/RJ 1/2014 do Plenário do Tribunal de Justiça do Rio Janeiro, que dispõe sobre regras de processo eleitoral no Poder Judiciário estadual.

STF. Plenário. ADI 5310/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14.12.2016. (ADI-5310)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Apresentação resumida do caso:

A ADI 5310 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República tendo como objetivo a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, da Resolução nº 01/2014, do TJ-RJ, que versa sobre regras para o processo eleitoral no âmbito do Poder Judiciário Estadual. O dispositivo em questão prevê o seguinte:

Art. 3º - Poderá o Desembargador ser novamente eleito para o mesmo cargo, desde que observado o intervalo de dois mandatos.

Com base nesse dispositivo, seria possível que um Desembargador que tivesse sido presidente do TJ/RJ pudesse ser novamente eleito, desde que observado o intervalo de dois mandatos.

b) Conteúdo teórico pertinente:

A Constituição Federal prevê que o Estatuto da Magistratura deverá ser objeto de **lei complementar**, de iniciativa do STF (art. 93, CF/88). Embora essa lei complementar nunca tenha sido editada, as normas que compõem o regime jurídico da magistratura são objeto da **Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN)**, que **foi recepcionada** pela CF/88.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

A LOMAN é bastante clara ao estabelecer que **aqueles que exercerem, por mais de 4 anos**, cargos de direção ou de presidência de Tribunal, **não poderão figurar entre os elegíveis**, até que se esgotem todos os outros nomes, na ordem de antiguidade. Desse modo, a resolução editada pelo TJ/RJ é incompatível com a LOMAN, que é a norma responsável por conferir um **tratamento jurídico uniforme à Magistratura** em todo o território nacional.

Nesse sentido, concluiu o STF que **é inconstitucional, por afronta ao art. 93, CF/88, a resolução de Tribunal de Justiça que versa sobre a eleição de Desembargadores em desconformidade com a LOMAN.**

c) Questão de prova:

É constitucional resolução de Tribunal que impede que aquele que exerceu, por mais de 4 anos, cargos de direção ou de presidência de Tribunal, figure entre os elegíveis na eleição subsequente.

A assertiva está CERTA. Isso é exatamente o que prevê a LOMAN.

É inconstitucional resolução de Tribunal que permite a reeleição de Desembargador para cargos de direção ou de presidência de Tribunal após um intervalo de dois mandatos.

Mais uma vez a assertiva está CERTA. Esse foi o posicionamento do STF. Resolução com esse teor contraria dispositivo da LOMAN, que é a norma competente para dispor sobre o regime jurídico da Magistratura.

Do informativo:

Direito Constitucional - Magistratura. Resolução e cargos de direção de tribunal de justiça

O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Resolução TJ/TP/RJ 1/2014 do Plenário do Tribunal de Justiça do Rio Janeiro, que dispõe sobre regras de processo eleitoral no Poder Judiciário estadual.

O Colegiado entendeu que a norma impugnada viola o art. 93, "caput", da Constituição, segundo o qual a regulamentação da matéria afeta à elegibilidade para os órgãos diretivos dos tribunais está reservada a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

Considerou que, ao estabelecer a possibilidade de "o Desembargador ser novamente eleito para o mesmo cargo, desde que observado o intervalo de dois mandatos", o art. 3º da Resolução impugnada contraria as balizas estabelecidas no art. 102 da Lei Complementar 35/1979 (LOMAN), recepcionado pela Constituição, nos termos do seu art. 93.

Asseverou que as disposições da LOMAN definem regime jurídico único para a magistratura brasileira e viabilizam tratamento uniforme, válido em todo o território nacional, para as questões intrínsecas ao Poder Judiciário, garantindo a necessária independência para a devida prestação jurisdicional. Desde que não contrariem a Constituição, essas normas devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais ao elaborarem seus regimentos internos e demais atos normativos.

Vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que julgavam o pedido improcedente. O ministro Luiz Fux, com base na orientação fixada pelo Plenário no julgamento da Rcl 13.115 MC-AgR/RS (DJE de 5.6.2013), reputou ser o art. 3º da Resolução norma compatível com a Carta Magna, exarada com fulcro na competência conferida aos tribunais pelo art. 96, I, "a", da Lei Maior, resguardando-se, assim, a autonomia administrativa da Corte estadual.

ADI 5310/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14.12.2016. (ADI-5310)



Controle de Constitucionalidade. Depositário infiel de valor pertencente à Fazenda: proporcionalidade e devido processo legal

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.866/1994, resultante da conversão da Medida Provisória 427/1994, reeditada pela Medida Provisória 449/1994. A lei impugnada trata do depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública.

STF. Plenário. ADI 1055/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2016. (ADI-1055)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Conteúdo teórico pertinente:

Sob o prisma do Direito Constitucional, há dois pontos relevantes a serem examinados na ADI nº 1055/DF:

- É possível que o Poder Judiciário examine os requisitos de relevância e urgência de medida provisória?

É possível o controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência, mas **apenas em situações excepcionais**, nas quais for evidente a sua ausência. Isso porque a análise de relevância e urgência é um juízo político, da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo.

Na ADI 1055, o STF destacou que, por se tratar de **situação tipicamente tributária e financeira**, deverá prevalecer, em regra, o juízo do administrador público.

- A ADI nº 1055/DF foi ajuizada originalmente contra a MP nº 449/1994, que depois foi convertida na Lei nº 8.666/94. Será que a conversão da MP em lei prejudica o pedido?

A resposta é não. Segundo o STF, *"ainda que a ação tenha sido ajuizada, originalmente, em face de medida provisória, não cabe falar em prejudicialidade do pedido"*. Assim, a **conversão de medida provisória em lei não prejudica o pedido efetuado em ADI** se o texto tiver sido mantido. Cabe destacar que, nesse caso, caberá ao autor fazendo um aditamento à ação, informando tal situação ao STF.

A não prejudicialidade da ADI se deve ao fato de que a conversão da medida provisória em lei **não convalida** eventuais vícios existentes.

b) Questão de prova:

Em situações tipicamente tributárias e financeiras, não poderá, em regra, o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência de medida provisória.

A assertiva está CERTA. Foi exatamente o que decidiu o STF na ADI nº 1055/DF.

A conversão de medida provisória em lei prejudica o seguimento de ADI.

A assertiva está ERRADA. A conversão de medida provisória em lei não convalida vícios existentes e, portanto, não prejudica o seguimento da ADI.



Do informativo:

Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade. Depositário infiel de valor pertencente à Fazenda: proporcionalidade e devido processo legal

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.866/1994, resultante da conversão da Medida Provisória 427/1994, reeditada pela Medida Provisória 449/1994. A lei impugnada trata do depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública.

De início, o Colegiado assinalou que, ainda que a ação tenha sido ajuizada, originalmente, em face de medida provisória, não cabe falar em prejudicialidade do pedido. Não há a convalidação de eventuais vícios existentes, razão pela qual permanece a possibilidade do exercício do juízo de constitucionalidade. Na espécie, há continuidade normativa entre o ato legislativo provisório e a lei que resulta de sua conversão.

No que diz respeito à análise dos requisitos de urgência e relevância da medida provisória, no caso, não cabe ao Poder Judiciário examinar o atendimento desses requisitos. Trata-se de situação tipicamente financeira e tributária, na qual deve prevalecer, em regra, o juízo do administrador público.

Afastada a hipótese de abuso, deve-se adotar orientação já consolidada pelo STF e, portanto, rejeitar a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 62 da CF.

Ademais, a medida provisória atacada foi posteriormente convertida em lei, ou seja, recebeu a chancela do Poder Legislativo, titular do poder legiferante por excelência. Assim, o reconhecimento da existência de inconstitucionalidade formal poderia ser interpretado como ataque ao princípio da separação dos Poderes.

No mérito, a Corte explicou que a lei: a) cria a ação de depósito fiscal, com o escopo primordial de coagir, sob pena de prisão, o devedor a depositar o valor referente à dívida na contestação, ou após a sentença, no prazo de 24 horas; b) chancela a possibilidade de submeter o devedor a sofrer processo judicial de depósito, sem que tenha ocorrido a finalização do processo administrativo fiscal; e c) dispõe sobre a proibição de, em se tratando de coisas fungíveis, seguir-se o disposto sobre o mútuo (CC/1916, art. 1280; CC/2002, art. 645), com a submissão do devedor a regime mais gravoso de pagamento, em face dos postulados da proporcionalidade, do limite do direito de propriedade e do devido processo legal.

Diante desse cenário, admitir que seja erigido à condição de "depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária" (Lei 8.866/1994, art. 1º, § 2º) para o fim de coagi-lo a pagar a dívida tributária ou previdenciária da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal, cria situação mais onerosa do que a prevista no ordenamento jurídico até então vigente, consistente nas garantias constitucionais e nas já previstas disposições do CTN (CF, art. 5º, LV; e CTN, arts. 142, 201 e 204).

À época da edição da Medida Provisória 427/1994, já existia a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e a medida cautelar fiscal (Lei 8.397/1992), as quais são instrumentos suficientes, adequados e proporcionais para a cobrança tributária.

Cumprindo o mandamento constitucional do devido processo legal, ambos os dispositivos estipulam ritos e privilégios para a tutela da arrecadação ao erário e garantias ao contribuinte.

Sem guardar qualquer correspondência com o postulado da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, a lei em questão possibilita o ajuizamento de demanda que coage ao depósito da quantia devida com ou sem apresentação de contestação, sob pena de decretação de revelia.

E mais: a legislação questionada admite o ajuizamento de demanda judicial apenas com base em "declaração feita pela pessoa física ou jurídica, do valor descontado ou recebido de terceiro, constante em folha de pagamento ou em qualquer outro documento fixado na legislação tributária ou previdenciária, e não recolhido aos cofres públicos" (Lei 8.866/1994, art. 2º, I), sem que ocorra a finalização do processo administrativo fiscal, o que fere postulados constitucionais (CF, art. 5º, LIV e LV).

É corolário do princípio do devido processo legal que aos litigantes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. O postulado também



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

se aplica aos processos que contenham relação jurídico-tributária, razão pela qual aquela medida vulnera a garantia do contribuinte ao devido processo legal.

Nesse sentido, determinar que a contestação seja apresentada com o depósito do numerário sob pena de revelia equivale a exigir depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial, o que é manifestamente proibido pela Suprema Corte, nos termos da Súmula Vinculante 28.

Ao contribuinte é facultado ajuizar ação de depósito em face do Fisco, a fim de obter certidão negativa de débito (ou positiva com efeito de negativa). Porém, ele não pode ser coagido a assim proceder, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa. De outro lado, não há nenhuma lesão ao patrimônio público, haja vista os instrumentos processuais à disposição da Fazenda Pública.

Demonstrado, pois, que, se o incremento da arrecadação era o resultado almejado, o ordenamento jurídico já contém modos e formas de chegar a resultado semelhante, quais sejam, ação de execução fiscal ou medida cautelar fiscal. Sob esse aspecto, a lei em comento não guarda compatibilidade com a norma constitucional e ainda apresenta outras incompatibilidades.

É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos, entretanto os meios escolhidos pelo Poder Público devem estar jungidos à necessidade da medida, à adequação e à proporcionalidade, em sentido estrito, de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não estão presentes na apreciação da legislação ora questionada.

O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais aos cidadãos, deve oferecer instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos. No caso da Constituição, esse dever está expresso no § 1º do art. 145.

Existe inegável conflito entre os cidadãos e os agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus tributário, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e ao operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito entre agentes privados.

Igualmente, o Colegiado observou a lei à luz do disposto no inciso LIV do art. 5º da Constituição. Constatou que o instrumento de agir em juízo, lá estabelecido, restringe o cumprimento da obrigação pelo devedor tributário, quando determina apenas o depósito da quantia em dinheiro, em claro desrespeito ao direito de propriedade. Isso ocorre porque o diploma normativo em questão suprime, parcial ou totalmente, posições jurídicas individuais e concretas do devedor vinculadas ao pagamento da dívida tributária, que repercutem em sua propriedade, ante a existência de rol normativo-legal que já disciplina a matéria com completude. A restrição acaba conflitando com a existência da ação de execução fiscal, na qual coincide tal possibilidade, aliada a outras.

A medida legislativa-processual criada não é adequada, tampouco necessária para obtenção de fins legítimos, por restringir a propriedade do devedor e estabelecer uma única forma de pagamento: depósito da quantia devida em dinheiro no prazo de 24 horas, situação flagrantemente inconstitucional.

A retirada das disposições relativas à prisão civil por dívidas acaba com o escopo da legislação em comento. Afinal, não existe plausibilidade para manutenção da tutela jurisdicional díspar com o ordenamento jurídico, a qual cria situação desproporcional e, portanto, inconstitucional para o fim de otimizar a arrecadação tributária.

Por fim, a possibilidade de manejo da ação de depósito fiscal está em franco desuso, ante a existência de outros meios de que o Fisco se pode valer para cobrança de seus créditos, tal como execução fiscal ou medida cautelar fiscal, fato que não afasta a inconstitucionalidade.

No entanto, para evitar insegurança jurídica ou qualquer prejuízo ao erário em relação aos prazos prescricionais, o Tribunal definiu que as ações de depósito fiscal em curso deverão ser transformadas em ação de cobrança, de rito ordinário, com oportunidade ao Poder Público para a sua adequação ou para requerer a sua extinção.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

ADI 1055/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2016. (ADI-1055)

Ministério Público. Conflito de atribuições e origem de verba – 2

O Plenário, em conclusão e por maioria, deu provimento a agravo regimental em petição para não conhecer de conflito negativo de atribuições entre Ministério Público estadual e Ministério Público Federal e determinou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

STF. Plenário. Pet 5586 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15.12.2016. (Pet-5586)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Conteúdo teórico pertinente:

No caso concreto, ocorreu um **conflito negativo** de competências entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. Ambos concluíram que não detinham competência para apurar irregularidades em certo projeto de intervenção urbana.

Diante disso, cabe-nos responder o seguinte questionamento: qual órgão tem competência para processar e julgar os conflitos de competência entre o Ministério Público (MPE) e o Ministério Público Federal (MPF)?

Mantendo sua jurisprudência anterior, o STF decidiu que **cabe ao Procurador-Geral da República (PGR)** solucionar conflito de competência entre o Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. A posição do STF se baseia na ideia de que o Ministério Público é uma **instituição una e indivisível** e que tem um **caráter nacional**. O Procurador-Geral da República, nessa ótica, seria um **representante nacional** do Ministério Público.

b) Questão de prova:

O Procurador-Geral da República (PGR) tem competência para solucionar conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal.

Assertiva CERTA. Na condição de representante nacional do Ministério Público, é o PGR que irá solucionar conflito de atribuições entre o MPF e MPE.

Do informativo:

Direito Constitucional - Ministério Público. Conflito de atribuições e origem de verba – 2

O Plenário, em conclusão e por maioria, deu provimento a agravo regimental em petição para não conhecer de conflito negativo de atribuições entre Ministério Público estadual e Ministério Público Federal e determinou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Na espécie, o Ministério Público estadual instaurou inquérito civil público com base em denúncias de munícipes contra a prefeitura, para fins de apurar irregularidades em projeto de intervenção urbana. Segundo eles, haveria o risco de danos ao meio ambiente e à segurança da população local.

Declinada a atribuição, o procedimento veio a ser remetido ao Ministério Público Federal, ante o fato de constar que a aludida obra teria sido executada a partir de verbas de programa mantido pela União. Na sequência, o Ministério Público Federal declinou da atribuição por entender inexistir interesse a ser tutelado e reencaminhou os autos para o Ministério Público estadual, que, por sua vez, suscitou o conflito — v. Informativo 812.

O Tribunal adotou a mesma orientação fixada em recentes pronunciamentos (ACO 924/PR, DJE de 26.9.2016; ACO 1.394/RN, Pet 4.706/DF e Pet 4.863/RN, DJE de 27.5.2016), no sentido de



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

que a natureza da controvérsia não se qualifica como conflito federativo apto a atrair a incidência do art. 102, "f", da Constituição.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso.

O ministro Marco Aurélio confirmou o voto proferido na sessão anterior e acrescentou que o procurador-geral da República, chefe do Ministério Público da União, não teria ascendência sobre o Ministério Público estadual, não podendo ser árbitro do conflito. Relembrou o posicionamento anterior do Colegiado de que, quando a Constituição não prevê um órgão do Judiciário competente para a análise do caso, a competência seria do Supremo Tribunal Federal.

O ministro Celso de Mello, na mesma linha, asseverou não haver sentido, considerada a autonomia institucional dos Ministérios Públicos estaduais, submetê-los ao poder decisório ou poder de supervisão do procurador-geral da República, tendo em conta ser a Constituição muito clara ao atribuir, ao Procurador-Geral da República, a chefia do Ministério Público da União. Concluiu que a solução mais adequada seria a de preservar a competência do Poder Judiciário.

[Pet 5586 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15.12.2016. \(Pet-5586\)](#)

Conselho Nacional de Justiça. CNJ: interpretação do art. 102, I, "r", da Constituição Federal e não aplicação de lei inconstitucional

O Plenário julgou improcedente pedido formulado por sindicato em ação anulatória cujo objetivo era anular decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determinou a exoneração de todos os nomeados para os cargos em comissão criados pela Lei 8.223/2007 do Estado da Paraíba.

STF. Plenário. Pet 4656/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.2016. (Pet-4656)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Apresentação resumida do caso:

O CNJ determinou, em decisão administrativa, a **exoneração de todos os nomeados para cargos em comissão** criados pela Lei nº 8.223/2007, do Estado da Paraíba. Essa decisão do CNJ decorreu do fato de que a mencionada lei criou cargos comissionados para exercer atribuições administrativas genéricas (e não atribuições de direção, chefia e assessoramento). Contra essa decisão do CNJ, foi proposta ação anulatória perante o STF.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Há alguns pontos importantes que devem ser objeto de nosso exame:

- Cargos em comissão podem ser criados para exercer atribuições administrativas genéricas?

Não. As funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF/88). Logo, a lei estadual não poderia ter criado cargos em comissão para o exercício de atribuições meramente administrativas.

- O CNJ pode determinar a não aplicação de uma lei inconstitucional?

No caso em exame, o **CNJ determinou que a lei estadual não fosse aplicada**. O STF manteve a decisão, reconhecendo que o CNJ atuou no limite de suas competências constitucionais, como órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da Magistratura.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Mas o tema é controverso. Será que o CNJ não estaria realizando o controle de constitucionalidade?

Segundo o art. 103-A, § 4º, II, CF/88, o CNJ tem competência para **apreciar a legalidade dos atos administrativos** praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstitui-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

Na situação específica, o CNJ **anulou atos administrativos** que determinavam a nomeação para cargos em comissão (e não realizou o controle de constitucionalidade). Fez isso porque, administrativamente, não poderia ser aplicada uma lei com vício de inconstitucionalidade. Não haveria que se falar, portanto, em qualquer usurpação de competência do STF.

Segundo o STF, **as leis inconstitucionais não são atendíveis**, uma vez que colidem com um mandamento superior: a Constituição. Assim, é possível que o Chefe do Poder Executivo e os órgãos administrativos autônomos (TCU, CNJ e CNMP) deixem de aplicar normas inconstitucionais.

Na decisão do STF, considerou-se que o **CNJ não realizou controle de constitucionalidade**, mas sim controle administrativo. No entanto, considero que alguns pontos não ficaram claros e precisarão ser melhor examinados. De minha parte, tenho os seguintes entendimentos:

- O CNJ não realizou o controle abstrato de constitucionalidade.
- O CNJ, ao afastar a aplicação da lei estadual por considerá-la inconstitucional, realizou um controle incidental de constitucionalidade, similar ao realizado pelo TCU.

c) Questão de prova:

| *O CNJ pode deixar de aplicar lei por considerá-la inconstitucional.*

Assertiva CERTA. Segundo o STF, o Chefe do Poder Executivo e os órgãos administrativos autônomos (TCU, CNJ e CNMP) podem deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Para a Corte, as leis inconstitucionais não são atendíveis.

Do informativo:

Direito Constitucional - Conselho Nacional de Justiça. CNJ: interpretação do art. 102, I, "r", da Constituição Federal e não aplicação de lei inconstitucional

O Plenário julgou improcedente pedido formulado por sindicato em ação anulatória cujo objetivo era anular decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determinou a exoneração de todos os nomeados para os cargos em comissão criados pela Lei 8.223/2007 do Estado da Paraíba.

Considerou válida a atuação do CNJ e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da mencionada lei paraibana. Denegou, ainda, uma série de mandados de segurança, nos quais suscitadas as mesmas questões postas na ação anulatória, com a consequente cassação das liminares deferidas na ação cautelar preparatória da ação anulatória e nas referidas impetrações.

O Tribunal, preliminarmente e por maioria, decidiu manter sua competência para o processamento e o julgamento da ação anulatória.

Prevaleceu o voto da ministra Cármen Lúcia (relatora) no sentido de que deveria ser mitigada, no caso, a interpretação restritiva às ações de natureza mandamental, conferida ao art. 102, I, "r",



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

da Constituição no julgamento da AO 1.814 QO/MG (DJE de 3.12.2014) e da ACO 1.680-AgR/AL (DJE de 1º.12.2014).

A relatora entendeu que a mencionada restrição resultaria em conferir à Justiça Federal de primeira instância a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao CNJ para o cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida.

Ademais, considerou que, se aplicado o entendimento de restrição formal da alínea “r” do permissivo constitucional, a ação ordinária deveria ser submetida ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual e encaminhada à Justiça Federal de primeira instância, nos termos do art. 109, I, da CF. Entretanto, continuariam no STF os mandados de segurança individuais apensados à ação ordinária. A reunião dessas ações teria sido determinada para garantir, com a tramitação e o julgamento conjuntos, a prolação de decisões harmônicas sobre a legitimidade da situação jurídica afetada pelo CNJ. As dificuldades resultantes do encaminhamento da ação ordinária coletiva ao juízo de primeiro grau seriam evidentes, se considerada a ausência de correlação entre os efeitos do seu julgamento e os mandados de segurança individuais.

Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio, que mantinha a orientação fixada no julgamento da Ação Originária 1.814 QO/MG e reputava a Corte incompetente para julgar a ação.

No mérito, o Plenário concluiu que o CNJ teria agido com base no art. 103-B, § 4º, II, da CF, nos limites da sua competência, ao afastar a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. Ressaltou o fato de a Corte, no julgamento da ADI 3.233/PB (DJU de 14.9.2007), já ter declarado a inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 37, V, da CF, de dispositivos de leis paraibanas anteriores que teriam criado cargos comissionados de agente judiciário de vigilância com as atribuições de prestar serviços de vigilância e segurança.

Salientou entendimento doutrinário segundo o qual as leis inconstitucionais não são normas atendíveis, porque colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Embora o enfoque desse entendimento se dirija à atuação do chefe do Poder Executivo, as premissas seriam aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, tais como o TCU, o CNMP e o CNJ.

No que se refere ao CNJ, o Plenário mencionou fundamento constante do julgamento da ADI 12 MC/DF (DJE de 1º.9.2006), no sentido de se extrair do núcleo normativo implícito do art. 103-B, § 2º, II, da CF competência do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional para dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da CF e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é forma de prevenir a irrupção de conflitos.

Asseverou, portanto, ter-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao CNJ a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle e determinar aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta de seus membros.

Frisou, ademais, não ter havido declaração de inconstitucionalidade da qual resultasse a anulação ou revogação da lei discutida, com exclusão de sua eficácia. Ou seja, houve a nulidade dos atos questionados por ser considerada inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, com a vinculação apenas da atuação de órgão judicial cujos atos administrativos foram submetidos ao controle do CNJ. Assim, não se haveria de cogitar de usurpação da competência do STF, a qual seria passível de impugnação por meio constitucional próprio, como se dera por meio da ADI 4.867/PB.

O Tribunal reconheceu, também, não ter havido desrespeito ao contraditório dos servidores atingidos pela decisão do CNJ. Explicou que, sendo exoneráveis “ad nutum” e não configurando a exoneração punição por ato a eles imputado, seria prescindível a atuação de cada um dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Ressaltou, ainda, que deveria ser examinada a higidez constitucional do dispositivo da lei paraibana, de forma incidental, diante da mera possibilidade de ser julgado improcedente o pedido formulado na ADI 4.867/PB. Isso evitaria o risco de se afastarem desnecessariamente os ocupantes dos cargos criados pelo dispositivo discutido, com a conseqüente interrupção dos serviços por eles prestados para o Poder Judiciário local e com a supressão do pagamento da remuneração percebida, com grave implicação no orçamento familiar desses servidores. Ademais, o sindicato autor teria sustentado, expressamente, a constitucionalidade do dispositivo afastado pelo CNJ, não sendo possível que o STF se abstivesse do exame dessa matéria, sob pena de negar a prestação jurisdicional requerida.

Concluiu, que, além dos indícios de ofensa ao que decidido na ADI 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei paraibana 8.223/2007 evidenciaria burla ao art. 37, V, da CF. O dispositivo questionado não explicita as atividades a serem desenvolvidas pelos nomeados para o exercício do cargo comissionado de “assistente de administração”. Limita-se a atribuir-lhes o desempenho de “atividades administrativas”, expressão de conceito jurídico indeterminado a legitimar a conclusão do CNJ no sentido de que os comissionados não passam de “assistentes para múltiplas funções, ou seja, comandados para execução de operações materiais burocráticas”.

Pet 4656/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.2016. (Pet-4656)

Conflito Federativo. Fundo de Participação dos Estados e descontos relativos ao PROTERRA e ao PIN - 5

O Plenário, em conclusão e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação cível originária para condenar a União a pagar as diferenças devidas — observado o prazo prescricional de cinco anos, considerada a data do ajuizamento da ação — concernentes aos repasses do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Tal situação ocorreu devido à redução na base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), ante as deduções nos valores recolhidos das contribuições do Programa de Integração Nacional (PIN) e do Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste (PROTERRA), criados pelos Decretos-Leis 1.106/1970 e 1.179/1971 — v. Informativos 544 e 777.

STF. Plenário. ACO 758/SE, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.2016. (ACO-758)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

Do ponto de vista do Direito Constitucional, apenas vale a pena mencionar que é **competência do STF** processar e julgar, originariamente, **os conflitos federativos** (“*causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta*”). Na situação apresentada, tem-se um claro conflito federativo, **envolvendo controvérsia acerca de repasses da União para o Fundo de Participação dos Estados (FPE)**.

Do informativo:

Direito Constitucional - Conflito Federativo. Fundo de Participação dos Estados e descontos relativos ao PROTERRA e ao PIN - 5

O Plenário, em conclusão e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação cível originária para condenar a União a pagar as diferenças devidas — observado o prazo prescricional de cinco anos, considerada a data do ajuizamento da ação — concernentes aos repasses do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Tal situação ocorreu devido à redução na base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), ante as deduções nos valores recolhidos das contribuições do Programa de Integração Nacional (PIN) e do Programa de Redistribuição de



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste (PROTERRA), criados pelos Decretos-Leis 1.106/1970 e 1.179/1971 — v. Informativos 544 e 777.

O Tribunal observou que a controvérsia versava sobre a repartição das receitas tributárias e, de acordo com o art. 159, I, a, da Constituição, a União deve entregar ao FPE 21,5% do produto da arrecadação do IRPJ e do imposto sobre produtos industrializados (IPI). Assim, as balizas referentes à regência dos tributos estariam bem definidas, não se podendo considerar outras políticas norteadas pelo interesse da União, sob pena de esvaziamento do que estabelecido no Diploma Maior.

Aduziu ser sintomática norma que discipline cálculo e, de forma exaustiva, disponha sobre a exclusão de certa parcela ligada à técnica de arrecadação do IRPJ.

Ressaltou que a única possibilidade de desconto permitida pela Constituição seria referente à quota-parte alusiva ao desconto na fonte relativamente a servidores dos Estados e do Distrito Federal (art. 157, I) e dos Municípios (art. 158, I), porque procedido pelas próprias unidades da Federação.

Frisou que a consideração de outras parcelas para desconto dependeria de emenda constitucional, da mesma forma como se dera em relação ao Fundo Social de Emergência, instituído pela Emenda Constitucional de Revisão 1. Desta forma, o que arrecadado pela União, mediante sistema conducente à diminuição do que devido a título de IRPJ, presentes os programas federais PIN e PROTERRA, destinados a financiar despesas públicas, não poderia, sob o ângulo negativo, ser distribuído entre os Estados.

Citou, ainda, o que decidido pelo Supremo no julgamento do RE 572762/SC (DJE de 5.9.2008), no sentido de assentar que, relativamente à participação dos Municípios alusiva ao que arrecadado a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), não caberia ao Estado a submissão à política implementada.

Vencidos os ministros Menezes Direito, Eros Grau, Gilmar Mendes e Edson Fachin, que julgavam o pedido improcedente.

O ministro Menezes Direito sublinhava que a receita em questão seria dedutiva com relação à arrecadação do imposto de renda, porque ela decorreria de uma opção individual do contribuinte. Por isso, deixaria de entrar, especificamente, como receita vinculada.

O ministro Eros Grau sustentava que Estados e Municípios detêm mera expectativa de participar do produto da arrecadação.

O ministro Gilmar Mendes afirmava que, do ponto de vista estritamente constitucional, entender que apenas a União deva suportar a repercussão econômica da instituição de benefícios fiscais de tributos de sua competência, ainda que o produto de sua arrecadação seja partilhado, parece tolher sua competência constitucionalmente prevista e inverter o modelo de federalismo de cooperação.

Além disso, pertence aos Estados apenas o produto da arrecadação na forma do art. 159, I, da Constituição. A União é livre para exercer sua competência tributária ativa, até mesmo para promover medidas de incentivo fiscal, sem prejuízo da adoção de medidas políticas compensatórias.

ACO 758/SE, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.2016. (ACO-758)

Controle de Constitucionalidade. Procuradoria de Tribunal de Contas e cobrança judicial de multas

É constitucional a criação de órgãos jurídicos na estrutura de tribunais de contas estaduais, vedada a atribuição de cobrança judicial de multas aplicadas pelo próprio tribunal.

STF. Plenário. ADI 4070/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.2016. (ADI-4070)



Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Apresentação resumida do caso:

Foi proposta ADI com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de lei complementar estadual de Rondônia que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas Estadual.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Há dois pontos que merecem exame:

- É possível a criação de Procuradorias para os Tribunais de Contas?

Sim, é possível. A criação de Procuradorias na estrutura dos Tribunais de Contas é possível. Essas Procuradorias poderão ser responsáveis pela representação judicial e consultoria e assessoramento jurídico das Cortes de Contas.

- É possível que as Procuradorias dos Tribunais de Contas sejam responsáveis pela execução das multas aplicadas pelas Cortes de Contas?

Não. O art. 71, § 3º, CF/88, atribuiu às decisões do TCU que resultem na imputação de débito ou multa **eficácia de título executivo extrajudicial**. A execução dessas decisões, todavia, não compete ao próprio TCU. Por simetria, os **Tribunais de Contas Estaduais não tem competência para executar suas próprias decisões**. Em outras palavras, as Procuradorias dos Tribunais de Contas não têm competência para cobrar judicialmente multas aplicadas em definitivo pelos Tribunais de Contas.

c) Questão de prova:

Os Tribunais de Contas não tem competência para executar as suas decisões que resultem na aplicação de multas.

Assertiva CERTA. É isso mesmo. Os Tribunais de Contas não podem executar suas decisões que resultem na aplicação de multas. Essa tarefa não pode nem mesmo ser delegada às Procuradorias dos Tribunais de Contas.

É constitucional a criação de órgãos jurídicos na estrutura dos Tribunais de Contas, os quais poderão ser responsáveis pela cobrança judicial das multas aplicadas pelo próprio tribunal.

Assertiva ERRADA. É constitucional a criação das Procuradorias na estrutura dos Tribunais de Contas. No entanto, elas não poderão cobrar judicialmente as multas aplicadas pela Corte de Contas.

Do informativo:

Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade. Procuradoria de Tribunal de Contas e cobrança judicial de multas

É constitucional a criação de órgãos jurídicos na estrutura de tribunais de contas estaduais, vedada a atribuição de cobrança judicial de multas aplicadas pelo próprio tribunal.

Com base nessa orientação, o Plenário julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do inciso V do art. 3º da LC 399/2007, do Estado de Rondônia, que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas estadual, na forma do art. 253 da Constituição rondoniense.

Inicialmente, o Plenário rejeitou as preliminares de prejuízo e de não conhecimento da ação.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Quanto ao alegado prejuízo, considerou que os artigos da LC 399/2007 revogados pela LC 658/2012 tratavam de subsídios, mantidos hígidos os dispositivos concernentes à organização e ao funcionamento da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas estadual.

Relativamente ao não conhecimento da ação, o Plenário afirmou que a análise da constitucionalidade das normas contidas na lei complementar impugnada independia, em princípio, da análise da constitucionalidade dos dispositivos da Constituição estadual que também cuidaram da matéria (art. 253 e parágrafos). Asseverou a possibilidade de ser inconstitucional a norma regulamentadora de determinada matéria sem que o seja também a norma que lhe serve de fundamento. Observou que as normas da Constituição de Rondônia em que o legislador rondoniense se pautou para criar a lei impugnada já foram objeto da ADI 94/RO (DJE de 15.12.2011). Assim, inviável que as normas ora impugnadas fossem objeto da referida ADI, porque editadas em 2007 (oito anos após o seu ajuizamento). Por outro lado, não remanescem dúvidas sobre a desnecessidade de se reiterar pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas já sob análise do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, quanto ao inciso V do art. 3º da lei complementar rondoniense, que prevê a competência da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas estadual para cobrar judicialmente as multas aplicadas em decisão definitiva pela Corte de Contas e não salgadas em tempo devido, o Colegiado reportou-se à orientação fixada em precedentes, no sentido de que o art. 71, § 3º, da CF, norma a ser observada pelos tribunais de contas estaduais em face do princípio da simetria (CF/1988, art. 75), apenas conferiu eficácia de título executivo às decisões do TCU, de que resulte imputação de débito ou multa, sem, contudo, outorgar àquela Corte de Contas legitimação para executá-las.

Por outro lado, reputou não haver qualquer vício de inconstitucionalidade dos arts. 1º, §§ 1º e 2º; 2º, "caput", I e II, e §§ 1º; 3º, "caput", I, II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, §§ 1º a 3º; 4º, I a X e parágrafo único; 5º; 6º (com alteração da LC 658/2012) e 7º da LC rondoniense 399/2007.

Adotou, para tanto, o entendimento fixado no julgamento da ADI 1557/DF (DJ de 18.6.2004) e da ADI 94/RO, no sentido de reconhecer a possibilidade de existência de procuradorias especiais para representação judicial de assembleia legislativa e de tribunal de contas nos casos em que necessitem praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes, as quais também podem ser responsáveis pela consultoria e pelo assessoramento jurídico de seus demais órgãos.

[ADI 4070/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.2016. \(ADI-4070\)](#)

Expropriação. Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas: expropriação e responsabilidade do proprietário

A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que "in vigilando" ou "in elegendo". Com essa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a natureza jurídica da responsabilidade do proprietário de terras nas quais localizada cultura ilegal de plantas psicotrópicas.

STF. Plenário. RE 635336/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14.12.2016. (RE-635336)

Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Conteúdo teórico pertinente:

A Constituição Federal prevê, no art. 243, **duas hipóteses de expropriação:**

- cultivo ilegal de plantas psicotrópicas;
- exploração de trabalho escravo.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Nesses dois casos, **não haverá qualquer tipo de indenização**. Por isso, a doutrina denomina esse caso de “desapropriação confiscatória”, pois trata-se de verdadeira penalidade aplicada àquele que incorrer em qualquer uma das condutas mencionada.

Nesse sentido, destaque-se o que observou o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 635.336/PE:

O instituto previsto no art. 243 da CF não é verdadeira espécie de desapropriação, mas uma penalidade imposta ao proprietário que praticou a atividade ilícita de cultivar plantas psicotrópicas, sem autorização prévia do órgão sanitário do Ministério da Saúde. Portanto, a expropriação é espécie de confisco constitucional e tem caráter sancionatório.

Na condição de penalidade, há que se exigir algum grau de culpa do proprietário para que seja imposta. Nesse sentido, decidiu o STF que **ficará afastada a expropriação prevista no art. 243 se o proprietário do imóvel comprovar que não incorreu em culpa, ainda que “in vigilando” ou “in eligendo”**.

Culpa “*in vigilando*” é aquela que decorre da **falta de atenção, falta de fiscalização** dos atos de outras pessoas sob a sua responsabilidade. A culpa “*in eligendo*”, por sua vez, decorre de uma **má escolha** daquele que confia a prática de um ato a outra pessoa.

Observe que o proprietário tem o dever de zelar para que atividades ilícitas (cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e exploração de trabalho escravo) não ocorram no seu imóvel. Assim, **se ele tiver incorrido em culpa “in vigilando” ou “in eligendo”, sofrerá a responsabilização, com o consequente confisco do imóvel**. Agora, se ele puder provar que não teve nenhuma culpa no ocorrido (o proprietário possui o ônus da prova!), ficará afastada sua responsabilidade. O fato de não ter participado diretamente das atividades ilícitas não afasta a expropriação.

Segundo o STF, a **responsabilidade do proprietário é subjetiva**, mas próxima da objetiva. Há que se conferir, afinal, uma proteção mínima ao proprietário não culpado pelas atividades ilícitas.

b) Questão de prova:

Havendo culpa in vigilando ou in eligendo, ficará afastada a expropriação de imóvel rural utilizado para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou para a exploração de trabalho escravo.

Assertiva ERRADA. Havendo culpa do proprietário (seja culpa “*in vigilando*” ou culpa “*in eligendo*”), será cabível a expropriação do imóvel utilizado para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo. Não havendo culpa do proprietário, ficará afastada a expropriação.

Do informativo:

Direito Constitucional - Expropriação. Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas: expropriação e responsabilidade do proprietário

A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que “*in vigilando*” ou “*in eligendo*”. Com essa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a natureza jurídica da responsabilidade do proprietário de terras nas quais localizada cultura ilegal de plantas psicotrópicas.

Prevaleceu o entendimento do ministro Gilmar Mendes (relator). Asseverou que a redação dada ao art. 243 pela Emenda Constitucional 81/2014, além de incluir a exploração de trabalho escravo como nova hipótese de cabimento do confisco, suprimiu a previsão de que a



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

expropriação seria imediata e inseriu a observância dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, no que couber.

Salientou que o instituto previsto no art. 243 da CF não é verdadeira espécie de desapropriação, mas uma penalidade imposta ao proprietário que praticou a atividade ilícita de cultivar plantas psicotrópicas, sem autorização prévia do órgão sanitário do Ministério da Saúde. Portanto, a expropriação é espécie de confisco constitucional e tem caráter sancionatório.

Ressaltou que em nenhum momento a Constituição menciona a participação do proprietário no cultivo ilícito para ensejar a sanção, mas que não se pode negar que a medida é sancionatória, exigindo-se algum grau de culpa para sua caracterização.

Ponderou ser incompreensível admitir que o proprietário das terras perdesse a pretensão reipersecutória, por ter o autor do esbulho cultivado plantas psicotrópicas em seu imóvel.

Para o relator, a nova redação do art. 243 aclarou a necessidade de observância de um nexo mínimo de imputação da atividade ilícita ao atingido pela sanção. No ponto, realçou que a própria menção à aplicabilidade do art. 5º remete a um mínimo de proteção do proprietário não culpado pelo ilícito.

Concluiu que a responsabilidade do proprietário, embora subjetiva, é bastante próxima da objetiva. Dessa forma, a função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de zelar pelo uso lícito de seu terreno, ainda que não esteja na posse direta. Entretanto, esse dever não é ilimitado, e somente se pode exigir do proprietário que evite o ilícito quando evitá-lo esteja razoavelmente ao seu alcance. Ou seja, o proprietário pode afastar sua responsabilidade se demonstrar que não incorreu em culpa, que foi esbulhado ou até enganado por possuidor ou detentor. Nessas hipóteses, tem o ônus de demonstrar que não incorreu em culpa, ainda que "in vigilando" ou "in elegendo". Segundo o relator, em caso de condomínio, havendo boa-fé de apenas alguns dos proprietários, a sanção deve ser aplicada e ao proprietário inocente cabe buscar reparação dos demais.

No caso concreto, o relator observou que o acórdão recorrido deveria ser mantido, por estar demonstrada a participação dos proprietários, ainda que por omissão.

O ministro Edson Fachin deixou consignado seu entendimento no sentido de ser objetiva a responsabilidade para fins de expropriação nos termos do art. 243 da Constituição.

O ministro Roberto Barroso entendeu se estar diante de boa solução que afastaria a responsabilidade puramente objetiva.

O ministro Teori Zavascki afirmou não ser compatível com as garantias constitucionais, inclusive com as garantias do art. 5º, um sistema sancionador fundado em responsabilidade objetiva pura e simplesmente e que, no art. 243 da Constituição, há hipótese típica de presunção "juris tantum" da presença do elemento subjetivo de dolo ou culpa do proprietário, presunção que, todavia, admitiria prova em contrário do interessado. Nesse mesmo sentido pronunciou-se a ministra Rosa Weber.

O ministro Marco Aurélio afirmou que, haja vista se ter uma norma a encerrar uma sanção patrimonial, uma expropriação, o critério a prevalecer, de início, não seria subjetivo, como ocorre no direito penal, mas objetivo, sendo possível, no caso, de qualquer forma, cogitar do elemento subjetivo que é a culpa, por ser ínsito à propriedade a vigilância pelo titular.

[RE 635336/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14.12.2016. \(RE-635336\)](#)

Reclamação. Reclamação e necessidade de aderência

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental por considerar não ser possível o exame "per saltum" do ato impugnado diretamente à luz do art. 5º, V, CF, bem assim estar clara a ausência de precedente desta Corte apto a permitir o acesso pela via estreita da reclamação.

STF. 1ª Turma. Rcl 24459 AgR/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 13.12.2016. (Rcl-24459)



Comentários pelo Prof. Ricardo Vale:

a) Apresentação resumida do caso:

O ex-Presidente Lula ajuizou reclamação perante o STF contra sentença da 7ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, que lhe negou o direito de resposta contra reportagem veiculada na TV Globo. Na referida sentença, o juiz considerou que a reportagem foi informativa (e não opinativa) e, portanto, não teria ocorrido ofensa que justificasse o direito de resposta.

b) Conteúdo teórico pertinente:

O **direito de resposta** está consagrado no art. 5º, V, CF/88, que dispõe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O direito de resposta é protegido pela CF/88 e tem **eficácia plena e aplicabilidade imediata**. Porém, jamais disse o STF ser desnecessário o agravo (ofensa). Ao contrário, segundo a Corte, para que seja concedido o direito de resposta, **há que se comprovar a ofensa**.

Dessa maneira, a decisão da 7ª Vara Criminal de São Bernardo **não viola nenhuma decisão do STF** em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo **incabível a reclamação**. Sobre isso, cabe destacar que não é possível em reclamação o reexame de matéria de fato; ao contrário, a reclamação se presta unicamente a preservar a autoridade das decisões do STF.

Segundo a Corte, **não é possível o exame “per saltum” do ato impugnado diretamente à luz do art. 5º, V, CF/88**. Em outras palavras, não se pode “pular instâncias” para levar um caso diretamente ao STF pela via da reclamação. A reclamação, repita-se, não se presta a reexaminar matérias de fato, mas sim atacar decisões judiciais e atos administrativos contrários a decisões vinculantes do STF.

c) Questão de prova:

É cabível reclamação perante o STF contra decisão judicial que indefere direito de resposta por considerar ausência de ofensa.

Assertiva ERRADA. Se não houver ofensa, o direito de resposta não será assegurado. Assim, essa decisão judicial que indeferiu direito de resposta está em conformidade com o entendimento do STF, sendo incabível a reclamação.

Do informativo:

Direito Constitucional - Reclamação. Reclamação e necessidade de aderência

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental por considerar não ser possível o exame “per saltum” do ato impugnado diretamente à luz do art. 5º, V, CF, bem assim estar clara a ausência de precedente desta Corte apto a permitir o acesso pela via estreita da reclamação.

No caso, o reclamante sentiu-se ofendido após emissora de telecomunicação ter veiculado, em telejornal, reportagem sobre denúncia oferecida em desfavor dele.

Em seguida, depois de ter o pedido de resposta indeferido extrajudicialmente, o agravante ajuizou ação de direito de resposta, que foi julgada improcedente sob o fundamento de que, para a concessão do direito de resposta, seria preciso “ofensa mais virulenta” e “intento deliberado de se transmitir apenas uma aparência de informação”.

Diante disso, foi apresentada esta reclamação, alegando que a decisão do juízo teria afrontado o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na ADPF 130/DF (DJE de 6.11.2009).



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

A Turma consignou não haver aderência entre o paradigma apontado e o ato reclamado. Ao julgar a ADPF 130, o Plenário pronunciou-se sobre a compatibilidade da Lei de Imprensa de 1967 com a Constituição de 1988. Porém, não fixou entendimento de que os requisitos do direito de resposta são extraídos do art. 5º, V, da Constituição — que não estabelece qualquer requisito para sua aplicação — e, portanto, interpretados de forma ampla.

Rcl 24459 AgR/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 13.12.2016. (Rcl-24459)

2 – Direito Tributário

Sistema Tributário. Parcelamento de dívida relativa à Cofins: isonomia e acesso à Justiça

Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), instituída pela Portaria 655/1993 do Ministério da Fazenda, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários. Esse é o entendimento do Plenário, que, por decisão majoritária, deu provimento a recurso extraordinário que debatia eventual ofensa aos aludidos postulados em face da edição da mencionada portaria, que, ao dispor sobre o parcelamento de débitos inerentes à Cofins, veda-o aos contribuintes que ingressaram em juízo e implementaram o depósito judicial do montante controvertido.

STF. 1ª Turma. RE 640905/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 15.12.2016. (RE-640905)

Comentários pelo Prof. Fábio Dutra:

a) Apresentação resumida do caso:

Trata-se de recurso extraordinário no qual foi debatida eventual ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e do livre acesso à jurisdição pela Portaria MF 655/1993, que restringia o ingresso ao parcelamento de relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

b) Conteúdo teórico pertinente:

Primeiramente, é importante reconhecer a distinção entre duas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário: o depósito do seu montante integral e o parcelamento.

No caso do depósito do montante integral, **fica facultado ao sujeito passivo suspender a exigibilidade do crédito tributário** por meio do depósito em juízo do valor exigido pela Fazenda Pública. Neste caso, o montante depositado ficará indisponível para as partes enquanto durar o litígio, por ser garantia da dívida “sub judice”. Assim, **o contribuinte que efetua depósito em juízo se equipara àquele que adimpliu o tributo**, pois, ao término da ação judicial, caso a decisão seja favorável à Fazenda Pública, ocorrerá a conversão do depósito em renda em favor da União (no caso da Cofins).

Já o parcelamento, embora também suspenda a exigibilidade do crédito tributário, é **medida que normalmente tem por objetivo arrecadar tributos daqueles contribuintes inadimplentes**. Por essa razão, o art. 155-A, § 1º, do CTN, dispõe que, salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

No caso concreto, a Portaria 655/1993 impôs restrição, impedindo o ingresso no regime do parcelamento dos débitos que já foram objeto de depósito judicial.

De acordo com a Suprema Corte, tal medida **não ofende o postulado da isonomia**, afinal, distingue duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos seus débitos com o Fisco (parcelamento) e a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito e fica, portanto, imune aos consectários legais decorrentes da mora (depósito do montante integral). Ademais, a referida portaria **aplica-se indistintamente a todos os contribuintes que optaram pela realização do depósito judicial**.

Do mesmo modo, **não há violação ao princípio do livre acesso à jurisdição** porque não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo. **Trata-se de um direito do contribuinte, podendo ou não ser utilizado**.

c) Questão de prova:

De acordo com o STF, implica vedação ao princípio da isonomia, norma que vede aos débitos de Cofins objeto de questionamento judicial em que tenha sido efetivado o depósito do montante integral o acesso ao parcelamento.

De acordo com a recente decisão do STF abordada neste informativo, não há que se falar em violação aos princípios da isonomia e do livre acesso à jurisdição no caso de norma que restrinja aos débitos de Cofins objeto de depósito judicial o acesso ao parcelamento. Assertiva ERRADA.

Do informativo:

Direito Tributário - Sistema Tributário. Parcelamento de dívida relativa à Cofins: isonomia e acesso à Justiça

Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), instituída pela Portaria 655/1993 do Ministério da Fazenda, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários. Esse é o entendimento do Plenário, que, por decisão majoritária, deu provimento a recurso extraordinário que debatia eventual ofensa aos aludidos postulados em face da edição da mencionada portaria, que, ao dispor sobre o parcelamento de débitos inerentes à Cofins, veda-o aos contribuintes que ingressaram em juízo e implementaram o depósito judicial do montante controvertido.

O Colegiado entendeu que o princípio da isonomia, refletido no sistema constitucional tributário (CF/1988, arts. 5º e 150, II), não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica. Refere-se, também, à implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, com a imposição, por vezes, em prol da igualdade, de tratamento desigual em circunstâncias específicas.

A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação que justifique os interesses protegidos na Constituição, ou seja, adequada correlação valorativa. No caso, entretanto, a norma é antijurídica, porque apresenta discriminações sem justificativa.

Além disso, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, XXXV) tem o intento de coibir iniciativas de legisladores que possam impor obstáculos desarrazoados ao acesso à Justiça.

No caso, o depósito do montante integral do crédito tributário impugnado judicialmente (CTN/1966, art. 151, II) tem natureza dúplice, porque ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade. A sua conversão em renda equivale ao pagamento previsto no art. 156 do CTN, e encerra modalidade de extinção do crédito tributário.



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

Por sua vez, o parcelamento tributário, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, que não dispensa o sujeito passivo dos encargos relativos à mora (CTN/1966, art. 151, VI), e implica hipótese diversa do depósito judicial, que, uma vez efetuado, exonera o contribuinte dos acréscimos moratórios e demais encargos legais decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária.

No caso, a concessão de parcelamento apenas aos contribuintes que não ingressaram em juízo ou aos que ajuizaram ações, mas não implementaram o depósito do crédito tributário controvertido, e a exceção aos contribuintes que ingressaram em juízo e realizaram o depósito judicial não revela discriminação inconstitucional. Afinal, obedece a todos os aspectos essenciais à observância da isonomia na utilização de critérios de desigualação.

O discrimen adotado pela portaria aplica-se indistintamente a todos os contribuintes que optaram pela realização do depósito judicial. Ademais, além de guardar estrita pertinência lógica com o objetivo pretendido pela norma, diz respeito apenas aos valores objeto dos respectivos depósitos, e não aos contribuintes depositantes.

O critério de desigualação está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição, visto que prestigia a racionalização na cobrança do crédito público. É uma solução administrativa que evita o ajuizamento de demandas desnecessárias e estimula o contribuinte em situação irregular ao cumprimento de suas obrigações.

O regime jurídico do depósito judicial para suspensão da exigibilidade de crédito tributário, como faculdade do contribuinte, impõe que o montante depositado referente à ação judicial se torne litigioso, permanecendo à sorte do resultado final da ação. Logo, o montante depositado ficará indisponível para as partes enquanto durar o litígio, por ser garantia da dívida "sub judice".

Os contribuintes que efetuaram depósitos em juízo de valores relativos a débitos da Cofins se equiparam àqueles que adimpliram as suas obrigações, com o pagamento do crédito tributário, porque o montante depositado fica condicionado ao resultado final da ação.

No julgamento da ADC 1/DF (DJU de 16.6.1995), foi assentada a legitimidade da exação. As ações ajuizadas pelos contribuintes para discussão de sua constitucionalidade encerrarão resultado favorável à Fazenda Pública, o que impossibilita de toda a forma o levantamento dos depósitos judiciais porventura realizados.

O Tribunal concluiu que o texto da Portaria 655/1993 do Ministério da Fazenda não configura violação ao princípio da isonomia. Afinal, distingue duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos seus débitos com o Fisco e a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito e fica, portanto, imune aos consectários legais decorrentes da mora. Não há que se falar, igualmente, em ofensa ao livre acesso à Justiça, porque não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo.

Assim, caso o contribuinte tenha ajuizado ação e realizado o depósito do montante que entendera devido, se houver eventual saldo a pagar, pode aderir ao parcelamento para sua quitação. Não há que se falar, portanto, em obstrução à garantia de acesso ao Judiciário.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que negavam provimento ao recurso. Consideravam que a portaria estabeleceria uma diferença ofensiva aos princípios da isonomia e do acesso à jurisdição. O ministro Marco Aurélio ficou vencido também quanto à fixação de tese para efeitos de repercussão geral, por ter em conta que o interesse em recorrer teria surgido antes da regulamentação do instituto.

[RE 640905/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 15.12.2016. \(RE-640905\)](#)



3 – Direito Administrativo

Servidores Públicos. Cargo em comissão, função comissionada e aposentadoria compulsória

Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão. Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional, não há óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário no qual discutidas a possibilidade de aplicação da aposentadoria compulsória a servidor público ocupante exclusivamente de cargo em comissão e a viabilidade de o servidor efetivo aposentado compulsoriamente vir a assumir cargos ou funções comissionadas.

STF. Plenário. RE 786540/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 15.12.2016. (RE-786540)

Comentários pelo Prof. Erick Alves:

a) Apresentação resumida do caso:

Decisão muito importante em que se discutiu a aplicabilidade da aposentadoria compulsória aos ocupantes de cargos em comissão.

O STF entendeu, em suma, que a aposentadoria compulsória **atinge apenas os cargos efetivos, e não os cargos em comissão.**

Assim, segundo o entendimento da Suprema Corte, não há óbice constitucional para que o **servidor efetivo** aposentado compulsoriamente **permaneça** no cargo comissionado que já desempenhava, pois a permanência não é considerada uma continuidade do vínculo efetivo ativo.

Também não há óbice para que um servidor efetivo aposentado compulsoriamente seja **nomeado para um novo cargo em comissão.** Com efeito, o servidor efetivo aposentado compulsoriamente, embora mantenha esse vínculo efetivo com a Administração mesmo após sua passagem para a inatividade, ao tomar posse em virtude de provimento em comissão, inaugura, com esta, uma **segunda e nova relação**, referente ao cargo comissionado. Não se trata da criação de um segundo vínculo efetivo, mas da **coexistência** de um vínculo efetivo e de um cargo em comissão sem vínculo efetivo.

Importante ressaltar que essa lógica não se aplica às **funções de confiança**, exercidas exclusivamente por ocupantes de cargo efetivo e a quem são conferidas determinadas atribuições, obrigações e responsabilidades. Nesse caso, a livre nomeação e exoneração se refere somente à função e não ao cargo efetivo. Assim, evidentemente, ao se aposentar no cargo efetivo, o servidor não poderia continuar exercendo a função.

O Colegiado anotou, por fim, que o art. 40, "caput", da CF faz menção expressa a **servidores efetivos**. Assim, as disposições relativas ao Regime Próprio de Previdência insculpidas nessa norma **não** se aplicam aos ocupantes de cargo em comissão apenas pelo fato de também serem servidores públicos.



b) Conteúdo teórico pertinente:

No regime próprio são previstas três diferentes modalidades de **aposentadoria** (CF, art. 40, §1º):

- **Por invalidez permanente**
- **Compulsória**
- **Voluntária, por tempo de contribuição e por idade**

Nos interessa, aqui, falar sobre a aposentadoria compulsória, que se caracteriza por um limite de idade que, quando atingido, obriga o servidor a se aposentar. Inicialmente, a aposentadoria compulsória ocorria aos 70 anos de idade, conforme art. 40, §1º, II da CF. Porém, após a edição da **EC 88/2015** (a chamada "*PEC da Bengala*"), a CF passou a admitir que a aposentadoria compulsória se dê aos **75 anos de idade, desde que haja a edição de uma lei complementar alterando o limite de idade.**

A **Lei Complementar 152/2015** cumpriu o papel de modificar a idade da aposentadoria compulsória por idade dos **servidores públicos** ocupantes de **cargos efetivos** da **União**, dos **Estados**, do **Distrito Federal** e dos **Municípios**, incluídas suas **autarquias** e **fundações**, além dos membros do **Poder Judiciário** (juízes, desembargadores e ministros), do **Ministério Público** (procuradores), das **Defensorias Públicas** e dos **Tribunais de Contas** (ministros e conselheiros).

Assim, atualmente, pode-se dizer que a aposentadoria compulsória aos 75 anos vale para **todo o funcionalismo público.**

Detalhe é que, em relação aos servidores do **Serviço Exterior Brasileiro**, a mudança será progressiva, aumentando em um ano (71, 72...) a cada dois anos, até o limite de 75 anos, contados a partir da vigência da LC 152/2015.

Ressalte-se que, na aposentadoria **compulsória**, os proventos também são **proporcionais** ao tempo de contribuição.

Para bem entender a decisão do STF, também é importante lembrar que, segundo o art. 40, §13 da CF, "***Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social***".

Portanto, os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão **não** estão sujeitos ao Regime Próprio de Previdência (e sim ao Regime Geral), razão pela qual **não** são atingidos pela regra da aposentadoria compulsória.

c) Questão de prova:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível que um servidor efetivo ocupante de cargo em comissão permaneça exercendo as atribuições do cargo comissionado mesmo após ter atingido 75 anos de idade.

A assertiva está **CERTA**.



Do informativo:

Direito Administrativo - Servidores Públicos. Cargo em comissão, função comissionada e aposentadoria compulsória

Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão. Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional, não há óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário no qual discutidas a possibilidade de aplicação da aposentadoria compulsória a servidor público ocupante exclusivamente de cargo em comissão e a viabilidade de o servidor efetivo aposentado compulsoriamente vir a assumir cargos ou funções comissionadas.

O Colegiado anotou que o art. 40, “caput”, da CF faz menção expressa a servidores efetivos. Assim, as disposições relativas à previdência insculpidas nessa norma não se aplicam aos ocupantes de cargo em comissão apenas pelo fato de também serem servidores públicos. Há diferenças significativas entre um agrupamento e outro. Se o art. 40 tivesse o intuito de se referir aos servidores de forma genérica, não haveria a delimitação expressa em seu texto. Portanto, o § 1º, II, do art. 40 — especificamente impugnado nesse recurso — tem sentido e alcance delimitados aos servidores efetivos. Caso persistisse dúvida quanto a essa delimitação, ela seria dirimida pela redação do § 13 do art. 40 (EC 20/1998), o qual, evidenciando o tratamento dissonante a ser conferido aos ocupantes de cargo em comissão, dispõe que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração aplica-se o regime geral de previdência social. A previsão desse parágrafo proporciona, ainda, outro fundamento em favor da tese da inexistência de obrigatoriedade da aposentadoria compulsória para ocupantes exclusivamente de cargo em comissão. É que a passagem para a inatividade, de acordo com o regime geral, observa o art. 201 da CF e a Lei 8.213/1990, que arrolam, como espécies de aposentadoria, a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria especial. Para os vinculados ao regime geral inexistente qualquer previsão de compulsoriedade de aposentação, que será sempre facultativa. Evidente, portanto, que o art. 40, § 1º, II, não incide sobre os ocupantes exclusivamente de cargo comissionado.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte tem-se orientado pelo entendimento de que, para a discussão acerca da aposentadoria compulsória, o importante é a condição de exercente ou não de cargo efetivo. Não se atenta para a natureza dos serviços prestados ou pela inserção no genérico grupo de servidores públicos, mas para a natureza da forma de provimento no cargo, com foco na delimitação do art. 40, § 1º, II, da CF. A partir da EC 20/1998, que restringiu o alcance do art. 40 aos servidores de cargos efetivos, o STF vem reconhecendo que o servidor obrigado a se aposentar quando se torna septuagenário é apenas o titular de cargo efetivo.

O Colegiado diferenciou, ademais, a lógica que rege as nomeações para cargos comissionados da que rege as nomeações para os efetivos. Os efetivos ingressam no serviço público mediante concurso. Adquirem estabilidade e tendem a manter longo vínculo com a Administração, o que torna admissível a expulsória como forma de renovação. Os comissionados, por sua vez, adentram no serviço público para o desempenho de cargos de chefia, direção ou assessoramento, pressuposta a existência de relação de confiança e de especialidade incomum. Sendo esse o fundamento da nomeação, não há motivo para submeter o indivíduo à compulsória quando, além de persistirem a relação de confiança e a especialização, o servidor é exonerável a qualquer momento, independentemente de motivação.

Nesse sentido, a regra da aposentadoria compulsória (CF, art. 40, § 1º, II) aplica-se unicamente aos servidores efetivos. Os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão estão livres da passagem involuntária para a inatividade. Evidente, porém, que essa lógica não se aplica às funções de confiança, exercidas exclusivamente por ocupantes de cargo efetivo e a quem são conferidas determinadas atribuições, obrigações e responsabilidades. Nesse caso, a livre nomeação e exoneração se refere somente à função e não ao cargo efetivo.

O servidor efetivo aposentado compulsoriamente, embora mantenha esse vínculo com a Administração mesmo após sua passagem para a inatividade, ao tomar posse em virtude de



INFORMATIVO ESTRATÉGICO

INFORMATIVO STF 851

provimento em comissão, inaugura, com esta, uma segunda e nova relação, referente ao cargo comissionado. Não se trata da criação de um segundo vínculo efetivo, mas da coexistência de um vínculo efetivo e de um cargo em comissão sem vínculo efetivo.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que provia o recurso ao fundamento de que a expulsória diria respeito à prestação de serviço público e alcançaria não somente o detentor de cargo efetivo, mas também o detentor de cargo de confiança.

[RE 786540/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 15.12.2016. \(RE-786540\)](#)

4 – Direito Penal

Provas. Dosimetria. Furto qualificado e causa de aumento de pena - 2

É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (CP/1940, art. 155, § 1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (CP/1940, art. 155, § 4º). Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, em conclusão, denegou a ordem em “habeas corpus” — v. Informativo 824.

STF. 2ª Turma. HC 130952/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 13.12.2016. (HC-130952)

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Apresentação resumida do caso:

Trata-se de HC no qual se discutia a possibilidade de se aplicar ao furto qualificado (art. 155, §4º do CP) a majorante do repouso noturno (art. 155, §1º do CP), em razão do fato de o a posição topográfica da majorante (logo após a forma simples, e antes da forma qualificada) indicar uma possível intenção legislativa de determinar a aplicação apenas ao furto simples.

b) Conteúdo teórico pertinente:

O §1º do art. 155 do CP prevê uma majorante (causa de aumento de pena), aplicável **no caso de o crime ser praticado durante o repouso noturno** (aumenta-se de 1/3).

Há divergência doutrinária a respeito da aplicação desta majorante. Uns entendem que se aplica em qualquer caso, desde que seja durante o período de repouso noturno. Outros entendem que só se aplica se estivermos diante de furto em residência habitada.

O STJ sempre entendeu, ainda, que a majorante (repouso noturno) só se aplicaria ao furto SIMPLES. Entretanto, **o entendimento mais recente é no sentido de que tal majorante pode ser aplicada também ao furto qualificado.**

O STF, neste julgado, por meio de sua Segunda Turma, corroborou o entendimento já solidificado pelo STJ.

c) Questão de prova:

Segundo o entendimento dos Tribunais Superiores, a majorante do repouso noturno só se aplica ao furto simples.

A assertiva está ERRADA.



Do informativo:

Direito Penal - Dosimetria. Furto qualificado e causa de aumento de pena - 2

É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (CP/1940, art. 155, § 1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (CP/1940, art. 155, § 4º). Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, em conclusão, denegou a ordem em "habeas corpus" — v. Informativo 824.

Destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade das causas privilegiadas de furto (CP/1940, art. 155, § 2º) com a sua modalidade qualificada.

Além disso, sustentou que a inserção pelo legislador do dispositivo da majorante antes das qualificadoras não inviabilizaria a aplicação da majorante do repouso noturno à forma qualificada de furto.

Acrescentou que, de acordo com a análise dos tipos penais, a única estrutura permanente e inatingível diz respeito ao "caput", representativo da figura básica do delito.

Ademais, ressaltou que se deve interpretar cada um dos parágrafos constantes do tipo de acordo com a sua natureza jurídica, jamais pela sua singela posição ocupada topograficamente.

[HC 130952/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 13.12.2016. \(HC-130952\)](#)

Dosimetria. Furto qualificado: dosimetria e circunstâncias judiciais - 3

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, concedeu a ordem de "habeas corpus", impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia mantido a condenação do paciente à pena de três anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (CP/1940, art. 155, § 4º). Assim, determinou que o juiz da condenação: a) refaça a dosimetria da pena, sem considerar, na primeira fase, a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e b) substitua a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

STF. 2ª Turma. HC 122940/PI, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.12.2016. (HC-122940)

Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Apresentação resumida do caso:

Trata-se de HC no qual se buscava impugnar decisão do STJ que reconheceu a possibilidade de aumento da pena-base no crime de furto qualificado (art. 155, §4º do CP) em razão de três fatores: (a) haver culpabilidade por parte do agente, eis que possuía discernimento; (b) haver rompimento de obstáculo; (c) estar o agente respondendo a outros processos criminais, ainda em curso.

A Segunda Turma concedeu a ordem, ao fundamento de que tal majoração da pena-base viola os princípios do "non bis in idem" e da presunção de inocência.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Para entendermos melhor este caso, devemos compreender a dimensão dos princípios do "non bis in idem" e da presunção de inocência.

Pelo princípio do non bis in idem entende-se que uma pessoa não pode ser punida duplamente pelo mesmo fato. Além disso, tal princípio estabelece que uma pessoa não possa, sequer, ser processada duas vezes pelo mesmo fato. Daí podermos dizer que não há, no processo penal, a chamada "revisão *pro societate*".



Por fim, tal princípio veda, ainda, que **um mesmo fato, condição ou circunstância seja duplamente considerado para fins de fixação da pena**. E era exatamente isso que a decisão impugnada estava a fazer. Ao considerar a existência de discernimento como fator para majorar a pena-base, o aplicador estaria utilizando duas vezes o mesmo fato (a culpabilidade é pressuposto de toda condenação, logo, não pode servir também para majorar a pena). Além disso, considerar o “rompimento de obstáculo” como circunstância judicial desfavorável num crime de furto qualificado também viola o princípio, eis que tal circunstância (rompimento de obstáculo) já fora considerada anteriormente como qualificadora.

Por fim, a **presunção de inocência** é o maior pilar de um Estado Democrático de Direito, pois, segundo este princípio, nenhuma pessoa pode ser considerada culpada (e sofrer as consequências disto) antes do trânsito em julgado se sentença penal condenatória.

Este princípio pode ser considerado:

⇒ **Uma regra probatória (regra de julgamento)** - Deste princípio **decorre que o ônus (obrigação) da prova cabe ao acusador (MP ou ofendido, conforme o caso)**. O réu é, desde o começo, inocente, até que o acusador prove sua culpa. Assim, temos o princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei*, segundo o qual, durante o processo (inclusive na sentença), havendo dúvidas acerca da culpa ou não do acusado, deverá o Juiz decidir em favor deste, pois sua culpa não foi cabalmente comprovada.

⇒ **Uma regra de tratamento** - Deste princípio decorre, ainda, que o réu deve ser, a todo momento, tratado como inocente. E isso tem uma dimensão interna e uma dimensão externa:

- a) **Dimensão interna** – O agente deve ser tratado, dentro do processo, como inocente. **Ex.:** O Juiz não pode decretar a prisão preventiva do acusado pelo simples fato de o réu estar sendo processado, caso contrário, estaria presumindo a culpa do acusado.
- b) **Dimensão externa** – O agente deve ser tratado como inocente FORA do processo, ou seja, o fato de estar sendo processado não pode gerar reflexos negativos na vida do réu. **Ex.:** O réu não pode ser eliminado de um concurso público porque está respondendo a um processo criminal (pois isso seria presumir a culpa do réu).

Assim, considerar a existência de processos criminais em curso como maus antecedentes é violar o princípio da presunção de inocência, como regra de tratamento em sua dimensão externa. Aliás, o próprio STJ possui entendimento nesse sentido (súmula 444 do STJ).

c) Questão de prova:

A existência de processos criminais em curso não pode ser considerada como maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Assertiva CERTA.

O fato de o agente ter culpabilidade (discernimento quando da prática do crime) não pode ser considerado como circunstância judicial desfavorável, sob pena de violação ao princípio do non bis in idem.



Assertiva CERTA.

No crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, é possível considerar tal fato também como circunstância judicial desfavorável.

Assertiva ERRADA.

Do informativo:

Direito Penal - Dosimetria. Furto qualificado: dosimetria e circunstâncias judiciais - 3

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, concedeu a ordem de "habeas corpus", impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia mantido a condenação do paciente à pena de três anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (CP/1940, art. 155, § 4º). Assim, determinou que o juiz da condenação: a) refaça a dosimetria da pena, sem considerar, na primeira fase, a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e b) substitua a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O STJ havia considerado as seguintes circunstâncias desfavoráveis ao réu: a) presença de culpabilidade, uma vez que o paciente estaria consciente da ilicitude do seu comportamento; b) ocorrência de rompimento de obstáculo à subtração da coisa (CP/1940, art. 155, § 4º, I); e c) caracterização de maus antecedentes, por conta da existência de quatro processos criminais em curso — v. Informativos 759 e 838.

A Turma decidiu que a consciência da ilicitude seria pressuposto da culpabilidade (CP/1940, art. 21) e, portanto, circunstância inidônea à exasperação da pena.

Ressaltou que a circunstância "rompimento de obstáculo" já teria sido considerada qualificadora e não poderia ser novamente adotada para aumentar a pena-base, sem especial demonstração de sua gravidade.

Sustentou, também, que os processos criminais apontados como maus antecedentes ainda não transitaram em julgado. Nesse ponto, salientou que, embora não houvesse um pronunciamento final do Plenário, a Turma afastaria a consideração das ações e investigações em andamento como circunstância desfavorável (RHC 117.095/DF, DJe de 13.9.2013; e RHC 113.381/DF, DJe de 20.2.2014).

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, relator, reformulou o voto para não mais conceder ordem de ofício.

Vencida a Ministra Cármen Lúcia, que denegava a ordem, por não verificar constrangimento ilegal quanto à alegação de ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Além disso, pontuava não caber substituição da pena pela restritiva de direitos, consideradas as circunstâncias dos autos, em especial a quantidade de bens furtados, o "modus operandi" e os vários processos de mesma natureza a que responde o paciente, motivo pelo qual estava preso pouco antes do cometimento do crime.

HC 122940/PI, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.12.2016. (HC-122940)

5 – Direito Processual Penal

Provas. Produção antecipada de prova e pressupostos - 2

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, indeferiu a ordem em "habeas corpus" no qual se pretendia reconhecer a ilegalidade de audiência realizada em ação penal em que o paciente figurou como réu.

STF. 2ª Turma. HC 135386/DF, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.12.2016. (HC-135386)



Comentários pelo Prof. Renan Araújo:

a) Apresentação resumida do caso:

Trata-se de HC no qual se alegava ter havido cerceamento de defesa em virtude de ter sido determinada a produção antecipada de prova tendo como único fundamento o decurso do tempo. O réu havia sido citado por edital e não se defendeu, tendo sido procedido à suspensão do processo (art. 366 do CPP), o que não impede a produção antecipada de provas, desde que haja decisão fundamentada.

b) Conteúdo teórico pertinente:

No processo penal, caso seja o réu citado por edital e não apareça para se defender, **o processo ficará suspenso, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional** (art. 366 do CPP¹).

Quando da aplicação do art. 366, o Juiz poderá:

- Determinar a **produção antecipada de provas**
- Decretar a **prisão preventiva**

Com relação à produção antecipada de provas, é importante ressaltar que prevalece o entendimento de que a decisão que determina a produção antecipada de provas deve ser **devida e concretamente fundamentada**, não podendo se basear apenas na alegação de que o decurso do tempo é prejudicial aos interesses do processo.

O STJ, inclusive, sumulou entendimento nesse sentido, ou seja, no sentido de que a produção antecipada de provas, em razão da suspensão do processo decorrente da aplicação do art. 366 do CPP (réu revel citado por edital), deve ser fundamentada em elementos concretos (risco de perda da prova), não podendo o Juiz determiná-la com base apenas na alegação de que o decurso do tempo poderia prejudicar a colheita da prova:

Súmula 455 do STJ

A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

A Segunda Turma, porém, entendeu que a antecipação da prova testemunhal configurava, neste caso específico, medida necessária, pela gravidade do crime praticado e possibilidade concreta de perecimento, haja vista que as testemunhas poderiam se esquecer de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo.

c) Questão de prova:

A produção antecipada de provas, em razão da suspensão do processo decorrente da aplicação do art. 366 do CPP deve ser fundamentada em elementos concretos, como a possibilidade concreta de perecimento da prova, como a possibilidade de que as testemunhas se esqueçam de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo.

Assertiva CERTA.

¹ O art. 366 **não se aplica aos crimes de lavagem de capitais**, nos termos do art. 2º, §2º da Lei 9.613/98.



Do informativo:

Direito Processual Penal - Provas. Produção antecipada de prova e pressupostos - 2

A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, indeferiu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia reconhecer a ilegalidade de audiência realizada em ação penal em que o paciente figurou como réu.

No caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, delito previsto no art. 302 da Lei 9.503/1997. Como estava foragido, foi citado por edital, com a conseqüente suspensão do processo (CPC/1973, art. 366). O juízo determinou, em seguida, a realização de audiência de produção antecipada de prova.

Na impetração, o réu alegava haver cerceamento de defesa em virtude de, na mencionada audiência, a antecipação de prova ter como único fundamento o decurso do tempo — v. Informativo 844.

A Turma entendeu que a antecipação da prova testemunhal configura medida necessária, pela gravidade do crime praticado e possibilidade concreta de perecimento, haja vista que as testemunhas poderiam se esquecer de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo.

Afirmou que a antecipação da oitiva das testemunhas não revela nenhum prejuízo às garantias inerentes à defesa. Afinal, quando o processo retomar seu curso, caso haja algum ponto novo a ser esclarecido em favor do réu, basta se proceder à nova inquirição.

Portanto, segundo decisão da Turma, o magistrado de origem utilizou-se da prudência necessária, a fim de resguardar a produção probatória e, em última análise, o resultado prático do processo penal.

Vencidos os ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Dias Toffoli, que concediam a ordem. Pontuavam não haver fundamento concreto a indicar a imprescindibilidade da produção antecipada de prova.

[HC 135386/DF, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.12.2016. \(HC-135386\)](#)

Quer receber o Informativo Estratégico diretamente no seu e-mail? Inscreva-se em <https://goo.gl/5qilqQ>