

# Informativo STF Mensal

Brasília, dezembro de 2014 - nº 45  
Compilação dos Informativos nºs 770 a 772

---

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

---

## SUMÁRIO

### Direito Administrativo

#### Concurso Público

Mandado de segurança: concurso público e litisconsórcio necessário - 1

Mandado de segurança: concurso público e litisconsórcio necessário - 2

#### Licitação

AP: licitação e concessão de uso de bem público

#### Sistema Remuneratório

GDATFA: gratificações de desempenho e retroação de efeitos financeiros - 1

GDATFA: gratificações de desempenho e retroação de efeitos financeiros - 2

### Direito Constitucional

#### Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADPF: fungibilidade e erro grosseiro

#### Competência Originária do STF

Conflito federativo e imóvel afetado ao MPDFT - 3

#### Controle de Constitucionalidade

ADI: vício de iniciativa e forma de provimento de cargo público

ADI: chefia da polícia civil e iniciativa legislativa

ADI: norma administrativa e vício de iniciativa

Lei municipal e vício de iniciativa

Art. 132 da CF e criação de cargos comissionados

“Amicus curiae”: recorribilidade e legitimidade

#### Demarcação de Terra Indígena

Renitente esbulho e terra tradicionalmente ocupada por índios

#### Extradição

PPE: terrorismo e dupla tipicidade

#### Processo Legislativo

Vedação ao nepotismo e iniciativa legislativa - 1

Vedação ao nepotismo e iniciativa legislativa - 2

## **Direito da Criança e do Adolescente**

### **Medida Socioeducativa**

- Porte de drogas para consumo próprio e medida socioeducativa de internação - 1
- Porte de drogas para consumo próprio e medida socioeducativa de internação - 2

## **Direito Penal**

### **Extinção da Punibilidade**

- Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 1
- Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 2
- Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 3

### **Pena**

- Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 4
- Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 5

### **Tipicidade**

- Irregularidades em prestação de contas e configuração típica - 1
- Irregularidades em prestação de contas e configuração típica - 2

## **Direito Penal Militar**

### **Pena**

- CPM: circunstâncias judiciais e dosimetria da pena

## **Direito Previdenciário**

### **Benefícios Previdenciários**

- Aposentadoria especial e uso de equipamento de proteção - 3
- Aposentadoria especial e uso de equipamento de proteção - 4

## **Direito Processual Civil**

### **Recursos**

- Liminar em ação cautelar: recurso extraordinário não admitido e desapropriação - 4

## **Direito Processual Penal**

### **Execução da Pena**

- Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública - 1
- Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública - 2

### ***Habeas Corpus***

- Medida cautelar de afastamento de cargo público e cabimento de “habeas corpus” - 3

### **Princípios e Garantias Processuais**

- Art. 383 do CP: “emendatio libelli” e “reformatio in pejus”
- Quebra de sigilo bancário e unilateralidade em inquérito policial - 2
- Busca e apreensão e autorização judicial - 3

### **Sentença**

- Condenação criminal: reparação de dano e contraditório - 1
  - Condenação criminal: reparação de dano e contraditório - 2
- 
-

## DIREITO ADMINISTRATIVO

### Concurso Público

#### ***Mandado de segurança: concurso público e litisconsórcio necessário - 1***

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação rescisória mediante a qual se pretendia desconstituir decisão proferida em mandado de segurança. Na decisão rescindenda assentara-se que os impetrantes, candidatos habilitados na primeira fase de concurso público para fiscal do trabalho anteriormente aberto, ainda que não classificados dentro do número de vagas inicialmente oferecidas, teriam preferência sobre os candidatos habilitados na primeira fase de novo concurso para o mesmo cargo. Na rescisória, alegava-se que a decisão não teria observado a obrigatória citação dos litisconsortes necessários, porquanto seus efeitos incidiriam sobre o direito subjetivo dos demais candidatos participantes do certame. Ademais, sustentava-se que o acórdão rescindendo, ao assegurar a participação dos impetrantes não classificados na segunda fase do concurso, ofenderia o princípio da isonomia, bem assim que a matéria teria sido decidida com suporte em erro fático, dado o caráter regionalizado do concurso. Preliminarmente, o Colegiado reputou presente o interesse de agir da União, pois a autoridade apontada como coatora no mandado de segurança seria Ministro de Estado. Afastou, ainda, a tese relativa ao litisconsórcio necessário. O caso veicularia situações jurídicas individualizadas, embora fosse possível que outros candidatos estivessem em situação idêntica à dos impetrantes. Lembrou que o Plenário, em outra oportunidade, já assentara a inocorrência de litisconsórcio necessário na espécie, dado que presente, no mandado de segurança, cumulação subjetiva de natureza facultativa. Assim, por se tratar de interesses divisíveis, eventual configuração do litisconsórcio necessário implicaria a transformação do acesso à justiça em obrigação da parte, a tolher sua liberdade. Imaginar-se, a essa altura, a obrigatoriedade de candidatos, ainda que aprovados em concursos ulteriores, integrarem a relação processual alusiva ao mandado de segurança significaria subversão da ordem processual.

[AR 1699/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 18.12.2014. \(AR-1699\)](#)   [Video](#)  
(Informativo 772, Plenário)

#### ***Mandado de segurança: concurso público e litisconsórcio necessário - 2***

No mérito, o Plenário afirmou que a decisão rescindenda estaria devidamente fundamentada, no sentido de determinar a convocação dos impetrantes para a realização da segunda etapa do certame, tendo em conta a existência de novo concurso. Em momento algum, colocara-se em jogo a situação de outros candidatos, muito menos dos aprovados em concursos diversos. Naquela oportunidade, explicitara-se o direito de os concursados serem convocados para o estágio seguinte da disputa sem o risco de serem prejudicados pela feitura de outro concurso. Ressaltou, ademais, que o caso seria idêntico à AR 1.685/DF (DJe de 10.12.2014), a tratar de outro candidato envolvido no mesmo certame. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente e revisor) e Roberto Barroso, que julgavam o pedido procedente. Quanto ao alegado erro de fato sobre o caráter regional do concurso, afirmavam que o acórdão rescindendo não tomara esse aspecto como razão de decidir, e não seria razoável que, independentemente do prazo de validade do certame, fosse determinada a convocação de todos os candidatos habilitados na primeira fase para o novo concurso, uma vez que não haveria vagas na localidade pretendida pelos impetrantes. Assim, não haveria de se falar em prejuízo ou preterição dos interessados.

[AR 1699/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 18.12.2014. \(AR-1699\)](#)  
(Informativo 772, Plenário)

### Licitação

#### ***AP: licitação e concessão de uso de bem público***

A 1ª Turma, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação penal e absolveu por atipicidade da conduta (CPP, art. 386, III, do CPP) réu indiciado pela prática do crime de dispensa irregular de licitação (Lei 8.666/1993, art. 89, “caput”). No caso, o acusado, então prefeito, ao firmar termo de concessão de uso de bem público, teria dispensado empresário individual de licitação, a quem teria sido outorgado o direito de utilização, a título gratuito, precário e por prazo indeterminado, de imóvel pertencente ao município. A Turma afirmou que, de acordo com o art. 4º da Portaria 266/2008 do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, editada com base no art. 3º da Lei 6.567/1978, o requerimento para registro de licença para exploração mineral deveria conter licença específica expedida pela autoridade administrativa do município em que situada a área a ser explorada, além do assentimento da pessoa jurídica de direito público quando a ela pertencesse a área. Concluiu que o réu não dispensara licitação fora das hipóteses legais, uma vez que, na espécie, o certame não seria exigido. Salientou que a expressão “termo de



concessão de uso de bem público”, contida em instrumento outorgado ao empresário individual, a despeito de sua impropriedade técnica — pois não se cuidaria de concessão de direito real de uso de bem público —, teria a única finalidade de demonstrar a anuência da prefeitura quanto à exploração da área a ela pertencente. Consignou que não seria exigível nenhuma modalidade de licitação para expressar esse assentimento, uma vez que ele teria sido concedido para regularizar a situação de várias famílias que estariam em risco iminente, ao explorar pedreira em outra área. Ressaltou que o empresário individual teria sido constituído para vincular todas essas pessoas. Ademais, não se teria observado o dolo. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente o pedido, por considerar configurado o referido crime. Fixava a pena em quatro anos, a ser cumprido em regime inicial fechado, e 100 dias-multa. Consignava que, embora a pena restritiva da liberdade não suplantasse os quatro anos, as circunstâncias da prática criminosa direcionariam à manutenção e, portanto, à ausência de substituição pela restritiva de direitos.

[AP 523/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 9.12.2014. \(AP-523\)](#)  
(Informativo 771, 1ª Turma)

## **Sistema Remuneratório**

### ***GDATFA: gratificações de desempenho e retroação de efeitos financeiros - 1***

O termo inicial do pagamento diferenciado das gratificações de desempenho entre servidores ativos e inativos é o da data da homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações, não podendo a Administração retroagir os efeitos financeiros a data anterior. Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia, à luz do art. 40, § 8º, da CF, a obrigatoriedade de extensão, aos servidores inativos e pensionistas, do pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária - GDATFA, instituída pela Lei 10.484/2002, no mesmo percentual pago àqueles em atividade. O Tribunal, inicialmente, destacou que a questão em debate seria análoga àquela decidida no julgamento do RE 476.279/DF (DJe de 15.6.2007) e do RE 476.390/DF (DJe de 29.6.2007), nos quais fora apreciada a extensão de outra gratificação — Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA — aos inativos, e cujo entendimento estaria sedimentado no Enunciado 20 da Súmula Vinculante [“A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória nº 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos”]. A GDATFA e a GDATA seriam gratificações com as mesmas natureza e características. Originalmente, ambas teriam sido concedidas a todos os servidores de forma geral e irrestrita, apesar de criadas com o propósito de serem pagas de modo diferenciado, segundo a produção ou o desempenho profissional, individual ou institucional. A redação originária do art. 2º da Lei 10.404/2002 teria previsto que o pagamento da GDATA poderia variar entre 10 e 100 pontos, sendo que a pontuação mínima fora posteriormente ampliada para 30 pontos pela Lei 12.702/2012. Já a GDATFA teria limites similares: o art. 2º da Lei 10.484/2002 traria a variação de 10 a 100 pontos, posteriormente modificada para 30 a 100 pontos pela Lei 11.907/2009. Ambas, portanto, tratariam de forma diferenciada os servidores públicos, a variar de acordo com a atuação individual e o desempenho coletivo da instituição.

[RE 662406/AL, rel. Min. Teori Zavascki, 11.12.2014. \(RE-662406\)](#)   **Áudio** **Vídeo**  
(Informativo 771, Plenário, Repercussão Geral)

### ***GDATFA: gratificações de desempenho e retroação de efeitos financeiros - 2***

A Corte ressaltou, entretanto, que, ao contrário da GDATA, em relação à GDATFA a Administração teria iniciado e efetivado as avaliações que justificariam o uso do critério diferenciador no pagamento — desempenho individual do servidor e institucional do órgão de lotação —, circunstância imprescindível para legitimar a ausência de paridade entre os servidores ativos e os servidores inativos e pensionistas. Portanto, no caso, a meritocracia pretendida com a criação das gratificações de desempenho teria sido efetivada, o que permitiria a distinção no seu pagamento entre os servidores na ativa — de acordo com a produtividade e o desempenho profissional de cada um —, e entre estes e os aposentados e pensionistas. Outrossim, o Enunciado 20 da Súmula Vinculante tratara de gratificação específica — GDATA — que, em razão da inexistência de critérios de avaliação justificadores do tratamento diferenciado dos servidores ativos e inativos, acabara sendo devida de modo equivalente para ativos e inativos. Todavia, com relação à GDATFA, apesar de criada com características semelhantes, teria sido implementado, durante sua vigência, o requisito necessário à legitimação do pagamento diferenciado. Contudo, mesmo assim, teria ficado pendente o debate sobre o termo final do direito à paridade. O STF, quando do julgamento do RE 631.389/CE (DJe 3.6.2014) — o qual tratara da Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do

Poder Executivo - GDPGPE —, assentara que o marco temporal para o início do pagamento diferenciado das gratificações de desempenho para ativos e inativos seria o dia de conclusão da avaliação do primeiro ciclo, que corresponderia à data igual ou posterior ao final do ciclo, não podendo retroagir ao seu início. Na situação dos autos, o primeiro ciclo de avaliação de desempenho dos servidores públicos que receberiam a GDATFA se iniciara em 25.10.2010, data da publicação da Portaria MAPA 1.031/2010, que retroagira a essa data o início dos efeitos financeiros. Essa retroação, portanto, teria contrariado a jurisprudência do STF. Na prática, deveria ser observado o dia 23.12.2010, data da conclusão do ciclo e da homologação dos resultados das avaliações. Seria, portanto, ilegítima a mencionada Portaria MAPA no ponto em que fizera retroagir os efeitos financeiros da GDATFA ao início do ciclo avaliativo.

[RE 662406/AL, rel. Min. Teori Zavascki, 11.12.2014. \(RE-662406\)](#)

(Informativo 771, Plenário, Repercussão Geral)

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

#### *ADPF: fungibilidade e erro grosseiro*

O Plenário desproveu agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual se discutia a inconstitucionalidade por omissão relativa à Lei 12.865/2013. O Tribunal, de início, reconheceu a possibilidade de conversão da arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta quando imprópria a primeira, e vice-versa, se satisfeitos os requisitos para a formalização do instrumento substituto. Afirmou que dúvida razoável sobre o caráter autônomo de atos infralegais impugnados, como decretos, resoluções e portarias, e alteração superveniente da norma constitucional dita violada legitimariam a Corte a adotar a fungibilidade em uma direção ou em outra, a depender do quadro normativo envolvido. Ressaltou, porém, que essa excepcionalidade não estaria presente na espécie. O recorrente incorrera naquilo que a doutrina processual denominaria de erro grosseiro ao escolher o instrumento formalizado, ante a falta de elementos, considerados os preceitos legais impugnados, que pudessem viabilizar a arguição. No caso, ainda que a arguição de descumprimento de preceito fundamental tivesse sido objeto de dissenso no STF quanto à extensão da cláusula da subsidiariedade, nunca houvera dúvida no tocante à inadequação da medida quando o ato pudesse ser atacado mediante ação direta de inconstitucionalidade. Por se tratar de impugnação de lei ordinária federal pós-constitucional, propor a arguição em vez de ação direta, longe de envolver dúvida objetiva, encerraria incontestável erro grosseiro, por configurar atuação contrária ao disposto no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999. Os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia negaram provimento ao agravo por outro fundamento. Consideraram que o requerente, Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo, por não ser uma confederação sindical, não preencheria o requisito da legitimação ativa “ad causam”.

[ADPF 314 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11.12.2014. \(ADPF-314\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

(Informativo 771, Plenário)

### Competência Originária do STF

#### *Conflito federativo e imóvel afetado ao MPDFT - 3*

Em conclusão de julgamento, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação cível originária na qual discutida a ocupação, pela Associação dos Magistrados de Roraima, de imóvel pertencente à União. No caso, este ente federativo ajuizara ação de reintegração de posse contra o Estado de Roraima e requerera a inclusão da aludida associação na lide, na condição de litisconsorte passivo — v. Informativo 634. O Colegiado esclareceu que a União cedera o imóvel ao Ministério da Justiça que, por sua vez, o cedera para uso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, quando Roraima ainda era Território. Asseverou que seria inconteste a entrega do imóvel para esse fim e que, com a criação do novo Estado-membro, este deixara de integrar o MPDFT. Assim, fora implementada a condição aposta em termo de entrega, segundo a qual haveria reversão do imóvel em favor do Serviço do Patrimônio Público da União, caso não fosse utilizado na finalidade prevista. A propriedade do imóvel sempre fora da União, e ato normativo editado pela recém criada unidade federativa (LC estadual 2/1993, art. 256, III, c) — no sentido de que todos os imóveis por ela ocupados passariam ao seu domínio — não poderia dispor sobre propriedade pertencente à União. Tendo isso em conta, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da alínea c do inciso III do art. 256 da LC estadual 2/1993 e determinou a reintegração da União na posse do imóvel, o qual poderia ser desocupado, voluntariamente, no prazo de 90 dias, a contar do trânsito em julgado.

[ACO 685/RR, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/o acórdão Min. Marco Aurélio, 11.12.2014. \(ACO-685\)](#)

(Informativo 771, Plenário)   [Áudio](#) [Vídeo](#)

## Controle de Constitucionalidade

### ***ADI: vício de iniciativa e forma de provimento de cargo público***

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face da LC 259/2002 do Estado do Espírito Santo. A norma impugnada, de iniciativa parlamentar, autoriza o Poder Executivo a instituir o Sistema Estadual de Auditoria da Saúde - SEAS e institui normas para sua estrutura e funcionamento, o que, conforme alegado, ofenderia os artigos 37, II; 61, § 1º, II, a e c; 63, I e 84, III, todos da CF, porquanto seria de competência privativa do Poder Executivo a iniciativa de leis concernentes à criação de cargos e estruturação de órgãos da Administração direta e autárquica, além de ser vedada a criação de forma derivada de provimento de cargo público. O Colegiado afirmou que, além da inconstitucionalidade formal evidenciada, o art. 13 da mencionada lei também padeceria de vício material, porque, ao ter possibilitado o provimento derivado — de servidores investidos em cargos de outras carreiras — no cargo de auditor de saúde, teria violado o disposto no art. 37, II, da CF, que exige a prévia aprovação em concurso para a investidura em cargo público, ressalvadas as exceções previstas na Constituição. O STF teria, inclusive, entendimento consolidado sobre o tema, revelado no Enunciado 685 de sua Súmula (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”).

[ADI 2940/ES, rel. Min. Marco Aurélio, 11.12.2014. \(ADI-2940\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 771, Plenário)

### ***ADI: chefia da polícia civil e iniciativa legislativa***

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 106 da Constituição do Estado de Santa Catarina, no sentido de que se mostra inconstitucional nomear, para a chefia da polícia civil, delegado que não integre a respectiva carreira, ou seja, que nela não tenha ingressado por meio de concurso público. A norma impugnada, na redação conferida pela EC estadual 18/1999 — esta última de iniciativa parlamentar —, dispõe que o chefe da polícia civil, nomeado pelo governador, será escolhido entre os delegados de polícia. Na sua redação originária — norma também impugnada — o dispositivo determinava que a escolha recaísse sobre delegados de final de carreira. O Colegiado asseverou que, no caso, estaria viabilizada a disciplina da matéria em comento mediante emenda constitucional, considerado o parâmetro da Constituição Federal, portanto, a simetria. Não procederia, assim, a alegação de vício formal decorrente do vício de iniciativa privativa do Poder Executivo. No tocante ao vício material, ressaltou que, consoante disposto no art. 144, § 4º, da CF (“Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”), as polícias civis seriam dirigidas por delegados de carreira. Não caberia, portanto, a inobservância da citada qualificação, nem a exigência de que se encontrassem no último nível da organização policial.

[ADI 3038/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 11.12.2014. \(ADI-3038\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 771, Plenário)

### ***ADI: norma administrativa e vício de iniciativa***

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.877/2001, do Estado de São Paulo, de iniciativa parlamentar [“Fica a Secretaria da Segurança Pública obrigada a enviar por correio, com 30 (trinta) dias de antecedência, aviso de vencimento da validade da Carteira Nacional de Habilitação, aos portadores cadastrados nos terminais da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP”]. A Corte entendeu que, por ser tipicamente administrativa, a matéria deveria ser regulada pelo Poder Executivo e não pelo Poder Legislativo. Salientou que a norma criaria ônus administrativo e financeiro ao obrigar a Secretaria de Segurança a destacar pessoal, equipamentos, tempo e energia para advertir o cidadão de que o prazo de validade da sua carteira estaria a expirar. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Luiz Fux, que julgavam improcedente o pedido. Pontuavam não haver inconstitucionalidade na lei em questão, que apenas buscava valorizar a relação entre Estado e cidadão.

[ADI 3169/SP, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 11.12.2014. \(ADI-3169\)](#)  
(Informativo 771, Plenário)   [Áudio](#) [Vídeo](#)



### ***Lei municipal e vício de iniciativa***

Por vício de iniciativa, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário para declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 10.905/1990, do Município de São Paulo, que autoriza oficial de justiça a estacionar seu veículo de trabalho em vias públicas secundárias e em zonas azuis, sem pagamento das tarifas próprias. Na espécie, a norma questionada decorreria de iniciativa de vereador e, mesmo vetada pelo chefe do Poder Executivo local, fora aprovada pelo Poder Legislativo municipal. Dessa forma, ao aprovar a Lei 10.905/1990, a Câmara Municipal de São Paulo, por seus vereadores, teria criado regras para a prática de atos típicos da Administração pública municipal. Ademais, ao eximir os oficiais de justiça do pagamento da denominada “zona azul”, a lei acarretaria redução de receita legalmente estimada, cuja atribuição seria do Poder Executivo, a evidenciar afronta aos princípios da harmonia e independência dos Poderes (“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”).

[RE 239458/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.12.2014. \(RE-239458\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 771, Plenário)

### ***Art. 132 da CF e criação de cargos comissionados***

O Plenário referendou medida liminar concedida monocraticamente com o fim de suspender os efeitos da alínea a do inciso I do art. 3º; dos artigos 16 e 19; e do Anexo IV, todos da Lei 8.186/2007, do Estado da Paraíba. Os dispositivos criam cargos em comissão, no âmbito do Estado-membro, de “Consultor Jurídico do Governo”; “Coordenador da Assessoria Jurídica”; e “Assistente Jurídico”. O Colegiado reputou violado o art. 132 da CF, que confere aos Procuradores de Estado a representação exclusiva do Estado-membro em matéria de atuação judicial e de assessoramento jurídico, sempre mediante investidura fundada em prévia aprovação em concurso público. O aludido dispositivo constitucional teria por escopo conferir às procuradorias não apenas a representação judicial, como também o exame da legalidade interna dos atos estaduais, a consultoria e a assistência jurídica. O órgão deveria possuir ocupantes detentores das garantias constitucionais conducentes à independência funcional, para o bom exercício de seu mister, em ordem a que os atos não fossem praticados somente de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei. Assim, essa função não poderia ser exercida por servidores não efetivos, como no caso. Por fim, julgou prejudicados embargos declaratórios opostos pelo Governador.

[ADI 4843 MC-Referendo/PB, rel. Min. Celso de Mello, 11.12.2014. \(ADI-4843\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 771, Plenário)

### ***“Amicus curiae”: recorribilidade e legitimidade***

O Plenário negou provimento a agravo regimental em que discutida a admissibilidade da intervenção, na qualidade de “amicus curiae”, de instituição financeira em ação direta de inconstitucionalidade. Preliminarmente, o Colegiado conheceu do recurso. No ponto, a jurisprudência da Corte reconheceria legitimidade recursal àquele que desejasse ingressar na relação processual como “amicus curiae” e tivesse sua pretensão recusada. Por outro lado, não se conheceria de recursos interpostos por “amicus curiae” já admitido, nos quais se intentasse impugnar acórdão proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No mérito, o Plenário entendeu que não se justificaria a intervenção de instituição financeira para discutir situações concretas e individuais, no caso, a situação particular que desaguara na decretação de liquidação extrajudicial da instituição. Sob esse aspecto, a tutela jurisdicional de situações individuais deveria ser obtida pela via do controle difuso, por qualquer pessoa com interesse e legitimidade. O propósito do “amicus curiae” seria o de pluralizar o debate constitucional e conferir maior legitimidade ao julgamento do STF, tendo em conta a colaboração emprestada pelo terceiro interveniente. Este deveria possuir interesse de índole institucional, bem assim a legítima representação de um grupo de pessoas, sem qualquer interesse particular. Na espécie, a instituição agravante careceria de legitimidade, uma vez não possuir representatividade adequada.

[ADI 5022 AgR/RO, rel. Min. Celso de Mello, 18.12.2014. \(ADI-5022\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 772, Plenário)

## **Demarcação de Terra Indígena**

### ***Renitente esbulho e terra tradicionalmente ocupada por índios***

O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. Com base nessa orientação e por reputar não configurado o referido esbulho, a 2ª Turma proveu recurso extraordinário para desconsiderar a natureza indígena de área não ocupada por índios em 5.10.1988, onde localizada determinada fazenda. No caso, o

acórdão recorrido teria reconhecido que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda deixara de existir desde o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Entretanto, reputara que, ainda que os índios tivessem perdido a posse por longos anos, teriam indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorresse de tradicional, antiga e imemorial ocupação. A Turma afirmou que esse entendimento, todavia, não se mostraria compatível com a pacífica jurisprudência do STF, segundo a qual o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrangeria aquelas que fossem ocupadas pelos nativos no passado, mas apenas aquelas ocupadas em 5.10.1988. Nesse sentido seria o Enunciado 650 da Súmula do STF (“Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”). Salientou que o renitente esbulho não poderia ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Também não poderia servir como comprovação de esbulho renitente a sustentação desenvolvida no acórdão recorrido de que os índios teriam pleiteado junto a órgãos públicos, desde o começo do século XX, a demarcação das terras de determinada região, nas quais se incluiria a referida fazenda. Sublinhou que manifestações esparsas poderiam representar anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área, mas não a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.

[ARE 803462 AgR/MS, rel. Min. Teori Zavascki, 9.12.2014. \(ARE-803462\)](#)

(Informativo 771, 2ª Turma)

## **Extradição**

### ***PPE: terrorismo e dupla tipicidade***

A 2ª Turma resolveu questão de ordem, suscitada pelo Ministro Celso de Mello (relator), para declarar extinto pedido de prisão preventiva para fins de extradição, em razão da omissão do Estado requerente em produzir a documentação que se lhe exigira com suporte no Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru. No caso, apesar de instado formalmente a produzir as informações complementares que lhe foram requisitadas, o referido Estado deixara de produzir, não obstante a obrigação imposta em sede convencional, elementos de informação necessários à descrição dos fatos imputados, do tempo e do local de sua suposta ocorrência, do órgão judiciário competente para o processo e julgamento, além da disciplina normativa, naquele ente político, da prescrição penal. A Turma asseverou que os elementos informativos faltantes constituiriam documentos de produção obrigatória, indispensáveis à regular formalização do pleito extradicional, ou do pedido de prisão cautelar, consoante resultaria da determinação constante do Estatuto do Estrangeiro (art. 80, “caput”, “in fine”) e, também, do referido Tratado de Extradição (Artigo 19, n. 1). Seria encargo processual cuja satisfação incumbiria ao Estado que postulasse a prisão cautelar, ou a extradição, sob pena de, em não o cumprindo, expor-se ao indeferimento liminar do pedido. Por outro lado, e a despeito do que consignado, não haveria, igualmente, a possibilidade de prosseguimento do feito, isso em decorrência da impossibilidade, no caso, de observância do princípio da dupla tipicidade, eis que, tratando-se do delito de terrorismo, inexistiria, quanto a ele, no sistema de direito positivo nacional, a pertinente definição típica. Mostrar-se-ia evidente a importância dessa constatação, porquanto a comunidade internacional ainda não teria sido capaz de chegar a uma conclusão acerca da definição jurídica do crime de terrorismo. Inclusive, seria relevante observar a elaboração, no âmbito da ONU, de ao menos 13 instrumentos internacionais sobre a matéria, sem que se chegasse, contudo, a um consenso geral sobre quais elementos essenciais deveriam compor a definição típica do crime de terrorismo ou, então, sobre quais requisitos deveriam considerar-se necessários à configuração dogmática da prática delituosa de atos terroristas. Tornar-se-ia importante assinalar, no entanto, no que se refere aos compromissos assumidos pelo País, que os novos parâmetros consagrados pela Constituição determinariam uma pauta de valores a serem protegidos na esfera doméstica mediante qualificação da prática do terrorismo como delito inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado (CF, art. 5º, XLIII). Essas diretrizes constitucionais — que evidenciariam a posição explícita do Estado brasileiro de frontal repúdio ao terrorismo — desautorizariam qualquer inferência que buscasse atribuir às práticas terroristas tratamento benigno de que resultasse o estabelecimento, em torno do terrorista, de inadmissível círculo de proteção, a torná-lo imune ao poder extradicional do Estado.

[PPE 730/DF, rel. Min. Celso de Mello, 16.12.2014. \(PPE-730\)](#)

(Informativo 772, 2ª Turma)



## **Processo Legislativo**

### ***Vedação ao nepotismo e iniciativa legislativa - I***

Leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer a constitucionalidade da Lei 2.040/1990, do Município de Garibaldi/RS, que proíbe a



contratação, por parte do Executivo, de parentes de 1º e 2º graus do prefeito e vice-prefeito, para qualquer cargo do quadro de servidores, ou função pública. Discutia-se eventual ocorrência de vício de iniciativa. Na espécie, o acórdão recorrido, proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade formal do referido diploma normativo sob o fundamento de que, por se tratar de matéria respeitante ao regime jurídico dos servidores municipais, a iniciativa do processo legislativo competiria ao Chefe do Poder Executivo. O Colegiado, de início, rejeitou preliminares suscitadas acerca das supostas intempestividade do recurso e ilegitimidade do Procurador-Geral do Estado para a interposição de recurso extraordinário contra acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade estadual. No tocante à legitimidade do Procurador-Geral do Estado para o recurso, a Corte destacou o que disposto no § 4º do art. 95 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (“Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou de ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que defenderá o ato ou texto impugnado”), que repetiria, por simetria, o disposto no § 3º do art. 103 da CF (“Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”). Pela teoria dos poderes implícitos, se a Constituição atribuiu competência a determinada instituição jurídica, a ela também deveria ser reconhecida a possibilidade de se utilizar dos instrumentos jurídicos adequados e necessários para o regular exercício da competência atribuída. No caso, a Constituição Estadual conferira ao Procurador-Geral do Estado — em simetria com o Advogado-Geral da União — o papel de defesa da norma estadual ou municipal atacada via ação direta, o que o tornaria, portanto, legitimado para a interposição de recurso extraordinário contra acórdão que tivesse declarado a inconstitucionalidade da norma defendida, sob pena de se negar a efetiva defesa desta última.

[RE 570392/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.12.2014. \(RE-570392\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 771, Plenário, Repercussão Geral)

### ***Vedação ao nepotismo e iniciativa legislativa - 2***

No mérito, o Colegiado reafirmou o quanto decidido na ADI 1.521/RS (DJe de 13.8.2013), no sentido de que a vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupassem cargos em comissão visaria a assegurar, sobretudo, o cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública. Ademais, seria importante destacar a decisão proferida no RE 579.951 (DJe de 24.10.2008) — principal paradigma do Enunciado 13 da Súmula Vinculante do STF —, a afirmar que a vedação do nepotismo não exigiria a edição de lei formal para coibi-lo, proibição que decorreria diretamente dos princípios contidos no art. 37, “caput”, da CF. Portanto, se os princípios do citado dispositivo constitucional sequer precisariam de lei para que fossem obrigatoriamente observados, não haveria vício de iniciativa legislativa em norma editada com o objetivo de dar evidência à força normativa daqueles princípios e estabelecer casos nos quais, inquestionavelmente, se configurassem comportamentos administrativamente imorais ou não-isonômicos. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Reconhecia a existência de reserva de iniciativa, haja vista que a lei municipal em comento teria disposto sobre relação jurídica mantida pelo Executivo com o prestador de serviços desse mesmo Poder.

[RE 570392/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.12.2014. \(RE-570392\)](#)  
(Informativo 771, Plenário, Repercussão Geral)

## **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **Medida Socioeducativa**

#### ***Porte de drogas para consumo próprio e medida socioeducativa de internação - 1***

É incabível a imposição da medida socioeducativa de internação ao adolescente que pratique ato infracional equiparado ao porte de drogas para consumo próprio, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, a 2ª Turma não conheceu de pedido formulado em “habeas corpus”, mas concedeu, de ofício, a ordem para invalidar a imposição da medida socioeducativa de internação aplicada ao ora paciente, sem prejuízo da aplicação de qualquer outra das medidas previstas no artigo 112 do ECA, contanto que não resultasse, em qualquer dessas outras hipóteses, privação, ainda que parcial, de sua liberdade de locomoção física. O Colegiado destacou, inicialmente, que a criança e o adolescente receberiam especial amparo, que lhes seria dispensado pela própria Constituição, cujo texto consagraria, como diretriz fundamental e vetor condicionante da atuação da família, da sociedade e do Estado, o princípio da proteção integral (CF, art. 227). Nesse contexto, as medidas socioeducativas orientar-se-iam, nos casos de atos

infracionais cometidos por adolescente, no sentido de neutralizar a situação de perigo ou de risco em que esse se encontrasse, quando, por ação ou omissão, se colocasse em estado de conflito com o ordenamento positivo. Buscar-se-ia, sempre, não obstante o caráter excepcional daquelas medidas, a adoção de providências que, respeitado o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do menor inimputável, viabilizassem sua reintegração ao convívio social e, notadamente, à vida familiar. O sistema de direito positivo, ao dispor sobre o menor adolescente em situação de conflito com a lei, objetivaria implementar programas e planos de atendimento socioeducativo mediante ações articuladas nas áreas de educação, saúde, assistência social, capacitação para o trabalho, cultura e esporte, isso no sentido de conferir efetividade e dar concreção aos fins a que se destinariam as medidas socioeducativas, cuja função estaria definida no art. 1º, § 2º, da Lei 12.594/2012. Outrossim, o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se revestiria o direito à proteção da criança e do adolescente — ainda mais se considerado em face do dever que incumbiria, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de assistência integral à criança e ao adolescente — não poderiam ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que teria, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários.

[HC 124682/SP, rel. Min. Celso de Mello, 16.12.2014. \(HC-124682\)](#)  
(Informativo 772, 2ª Turma)

### ***Porte de drogas para consumo próprio e medida socioeducativa de internação - 2***

A Turma ressaltou, por outro lado, que o art. 28 da Lei 11.343/2006 — que pune a posse de drogas para consumo próprio — não autorizaria sequer a privação da liberdade do autor desse ilícito penal, ainda que cometido por pessoa plenamente imputável. O citado dispositivo da Lei de Drogas somente cominaria, para esse delito, penas meramente restritivas de direitos. Portanto, revelar-se-ia contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor inimputável, impor ao adolescente — que eventualmente praticasse ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio — a medida extraordinária de internação, pois, como verificado, nem mesmo a pessoa maior de 18 anos de idade, imputável, poderia sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao referido art. 28 da Lei 11.343/2006.





[HC 124682/SP, rel. Min. Celso de Mello, 16.12.2014. \(HC-124682\)](#)  
(Informativo 772, 2ª Turma)

## **DIREITO PENAL**

### **Extinção da Punibilidade**

#### ***Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 1***

É constitucional o art. 110, § 1º, do CP (“§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”), na redação dada pela Lei 12.234/2010. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, denegou “habeas corpus” em que se pleiteava o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em favor do paciente, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada, por decisão transitada em julgado para a acusação. No caso, ele fora condenado à pena de um ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 240 do CPM (furto). Alegava-se que a citada inovação legislativa teria praticamente eliminado as possibilidades de se reconhecer a prescrição retroativa, e que o direito à prescrição seria qualificado, implicitamente, como um dos direitos fundamentais dos cidadãos pela Constituição. O Colegiado realizou retrospectiva histórica a respeito da prescrição retroativa na legislação pátria, a culminar na alteração promovida pela Lei 12.234/2010. O dispositivo do art. 110 do CP, antes do advento da mencionada lei, tratava da prescrição calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que houvesse trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido seu recurso.

[HC 122694/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 10.12.2014. \(HC-122694\)](#)      
(Informativo 771, Plenário)

#### ***Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 2***

A Corte consignou que a diferença entre a prescrição retroativa e a intercorrente residiria no fato de esta ocorrer entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa; e aquela seria contada da publicação da decisão condenatória para trás. A prescrição seria novamente computada, pois, antes, tivera seu prazo calculado em função da maior pena possível e, depois, seria verificada de acordo com a pena aplicada na sentença. Por essa razão, se o julgador constataste não ocorrida a prescrição com base na pena concreta entre a publicação da sentença condenatória e o acórdão, passaria

imediatamente a conferir se o novo prazo prescricional, calculado de acordo com a pena concreta, teria ocorrido entre: a) a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa; b) o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia; c) a pronúncia e sua confirmação por acórdão; d) a pronúncia ou o seu acórdão confirmatório e a sentença condenatória; e e) o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória, no caso de crimes não dolosos contra a vida. Essa modalidade de prescrição seria denominada “retroativa” porque contada para trás, da condenação até a pronúncia ou recebimento da denúncia ou queixa, conforme a espécie de crime. Com a promulgação da nova lei, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, seria regulada pela pena aplicada, e não poderia ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Desse modo, fora vedada a prescrição retroativa incidente entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Nesse contexto, não se operaria a prescrição retroativa durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, período em que ocorrida a apuração do fato, mas poderia incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato. Ademais, a norma não retroagiria, para não prejudicar autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor.

[HC 122694/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 10.12.2014. \(HC-122694\)](#)

(Informativo 771, Plenário)

### ***Prescrição penal retroativa e constitucionalidade - 3***

O Tribunal mencionou a existência de corrente doutrinária defensora da inconstitucionalidade dessa alteração legislativa, por supostamente violar a proporcionalidade e os princípios da dignidade humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo. Outra corrente afirmaria a extinção da prescrição na modalidade retroativa pela Lei 12.234/2010. A Corte aduziu, entretanto, que essa inovação estaria inserta na liberdade de conformação do legislador, que teria legitimidade democrática para, ao restringir direitos, escolher os meios que reputasse adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que não lhe fosse vedado pela Constituição e nem violasse a proporcionalidade, a fim de realizar uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. O Plenário ponderou, ainda, que os fluxos do sistema de justiça criminal no Brasil seriam pouco eficientes, e que a taxa de esclarecimento de crimes seria demasiado baixa, a indicar a impossibilidade de se investigar, com eficiência, todos os crimes praticados. Isso demonstraria a vinculação da nova lei com a realidade. Nesse sentido, dada a impossibilidade financeira de o Estado atender, em sua plenitude, a todas as outras demandas sociais, seria irreal pretender que os órgãos da persecução devessem ser providos de toda a estrutura material e humana para investigar, com eficiência e celeridade, todo e qualquer crime praticado. A avassaladora massa de delitos a apurar seria uma das causas da impunidade, dada a demora ou impossibilidade no seu esclarecimento, na verificação da responsabilidade penal e na punição do culpado, assim reconhecido definitivamente. Dessa maneira, o legislador optara por não mais prestigiar um sistema de prescrição da pretensão punitiva retroativa que culminava por esvaziar a efetividade da tutela jurisdicional penal. Demais disso, essa modalidade de prescrição, calculada a partir da pena aplicada na sentença, constituiria peculiaridade da lei brasileira, que não encontraria similar no direito comparado. Nas legislações alienígenas, a prescrição da pretensão punitiva seria regulada pela pena máxima em abstrato, e nunca pela pena aplicada, a qual regularia apenas a prescrição da pretensão executória. Isso demonstraria que, embora a pena justa para o crime fosse a imposta na sentença, seria questão de política criminal, a cargo do legislador, estabelecer se a prescrição, enquanto não ocorrido o trânsito em julgado, deveria ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nesta hipótese, definir a expansão dos efeitos “ex tunc”. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem e assentava a inconstitucionalidade do art. 110, § 1º, do CP. Assinalava que não se poderia cancelar a possibilidade de o Ministério Público ou o titular de ação penal privada não ter prazo para atuar, ainda que houvesse dados suficientes para a propositura de ação penal, independentemente de investigação.

[HC 122694/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 10.12.2014. \(HC-122694\)](#)

(Informativo 771, Plenário)

## **Pena**

### ***Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 4***

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Esse o entendimento do Plenário que, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu recurso extraordinário — v. Informativo 749. O Colegiado explicou que a jurisprudência da Corte sobre o tema estaria em evolução, e a tendência atual seria no sentido de que a cláusula constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) não poderia ser afastada. Haveria semelhante movimento por parte da doutrina, a concluir que, sob o império da nova ordem constitucional, somente poderiam ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias

irrecorríveis. Assim, não poderiam ser considerados para esse fim quaisquer outras investigações ou processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal. Esse ponto de vista estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ademais, haveria recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no sentido de que o Poder Público deveria abster-se de prejudicar o acusado. Colacionou, também, o Enunciado 444 da Súmula do STJ (“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”). O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutiva, potencializaria a atuação da polícia judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais. Nesse sentido, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deveria militar em favor do acusado. O arcabouço normativo não poderia ser interpretado a ponto de gerar perplexidade.

[RE 591054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 17.12.2014. \(RE-591054\)](#)   [Áudio](#) [Vídeo](#)  
(Informativo 772, Plenário, Repercussão Geral)

### ***Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 5***

O Plenário asseverou que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma. Por outro lado, conflitaria com a ordem jurídica considerar, para a majoração da pena-base, processos que tivessem resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º); na concessão de remissão em procedimento judicial para apuração de ato infracional previsto no ECA, com aplicação de medida de caráter reeducacional; na extinção da punibilidade, entre outros, excetuados os resultantes em indulto individual, coletivo ou comutação de pena. Por fim, as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não seriam aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. No ponto, a incidência penal só serviria para agravar a medida da pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio. Deveria ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. O Ministro Teori Zavascki, ao aditar seu voto, ressaltou que as ações penais que já contivessem sentença condenatória, ainda que não definitiva, não deveriam receber o mesmo tratamento dos inquéritos ou das ações penais pendentes de sentença para fins de maus antecedentes. Assim, processos em andamento não poderiam ser considerados como maus antecedentes, a não ser que se cuidasse de ação penal em que houvesse sentença condenatória proferida. Entretanto, no caso concreto, em nenhum dos processos envolvidos já existiria sentença, de modo que manteve a conclusão proferida anteriormente. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que proviam o recurso.

[RE 591054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 17.12.2014. \(RE-591054\)](#)  
(Informativo 772, Plenário, Repercussão Geral)

## **Tipicidade**

### ***Irregularidades em prestação de contas e configuração típica - 1***

A 1ª Turma, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação penal para absolver os réus, com fulcro no art. 386, III, do CPP. No caso, eles foram denunciados pela suposta prática do crime do art. 3º da Lei 7.134/1983 [“Art. 1º - Todo crédito ou financiamento concedido por órgãos da administração pública, direta ou indireta, ou recurso proveniente de incentivo fiscal terá que ser aplicado exclusivamente no projeto para o qual foi liberado. Art. 2º - Os infratores ficam sujeitos às seguintes penalidades: I - não se beneficiarão de nenhum outro empréstimo de organismo oficial de crédito e nem poderão utilizar recursos de incentivos fiscais, por um período de 10 (dez) anos; II - terão que saldar todos os débitos, vencidos e vincendos, relativos ao crédito ou financiamento cuja aplicação foi desviada, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da constatação da irregularidade. Parágrafo único - As penalidades constantes deste artigo somente serão aplicadas mediante processo regular, assegurada ao acusado ampla defesa. Art. 3º - Além das sanções previstas no artigo anterior, os responsáveis pela infração dos dispositivos desta Lei ficam sujeitos às penas previstas no art. 171 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.”], combinado com o art. 171, § 3º, do CP, em razão da existência de irregularidades em prestação de contas por parte de fundação de direito privado municipal, tendo em conta a disponibilização de recursos a essa entidade pelo governo federal. Um dos denunciados, deputado federal, era prefeito da municipalidade à época dos fatos. Preliminarmente, a Turma, por decisão majoritária, assentou a competência do STF para julgar a ação. No ponto, afirmou que, embora apenas um dos denunciados ostentasse foro por prerrogativa de função — o que, em regra, exigiria o desmembramento do feito em relação aos demais —, a depender das peculiaridades do caso, a Corte seria

competente para enfrentar a demanda em relação aos corréus não detentores de prerrogativa de foro, inclusive, presentes a continência e a conexão. O Ministro Roberto Barroso apontou que não se deveria desmembrar o feito, no particular, tendo em conta o princípio da economia processual. Vencido, quanto à preliminar, o Ministro Marco Aurélio. Entendia que a competência, no tocante aos réus não detentores de prerrogativa de foro perante o STF, deveria ser declinada para o juízo de 1º grau.

[AP 347/CE, rel. Min. Rosa Weber, 16.12.2014. \(AP-347\)](#)

(Informativo 772, 1ª Turma)

### ***Irregularidades em prestação de contas e configuração típica - 2***

No mérito, o Colegiado registrou que a denúncia não imputara aos acusados a apropriação privada dos recursos públicos disponibilizados, o que configuraria peculato ou apropriação indébita. A peça acusatória simplesmente reproduzira conclusões de relatório de diligência policial, por meio do qual foram identificadas irregularidades em prestação de contas apresentadas pela fundação quanto ao emprego da subvenção social recebida do então Ministério da Ação Social. Apesar das irregularidades, a denúncia não concluíra pela apropriação privada das verbas, mas apenas que não teriam sido aplicadas exclusivamente no projeto para o qual liberadas. Assim, de acordo com a tipificação realizada pelo acusador, o crime em questão configuraria espécie anômala de estelionato. Entretanto, essa equiparação seria problemática, considerada a diversidade das condutas em questão. Além disso, a “subvenção social” recebida no caso não se qualificaria como “crédito ou financiamento” ou “recurso proveniente de incentivo fiscal”. Desse modo, não haveria como enquadrar o fato na Lei 7.134/1983, sequer no art. 20 da Lei 7.492/1986 ou no art. 2º, IV, da Lei 8.137/1990, que revogaram parcialmente a Lei 7.134/1983. Não estaria configurado, de igual modo, o estelionato, que exige o locupletamento pessoal ou em favor de outrem. Todavia, o melhor enquadramento da conduta narrada na denúncia seria, talvez, o art. 315 do CP. Tratar-se-ia, entretanto, de crime próprio de funcionário público, e a acusação não demonstrara a eventual possibilidade de amoldar os dirigentes da entidade de assistência social no aludido dispositivo. De todo modo, ainda que fosse possível essa tipificação, o crime estaria prescrito. A Turma destacou que poderia, eventualmente, haver crimes de falsidade, uma vez que a prestação de contas feita pela fundação conteria documentos falsos. Entretanto, essas condutas não constituiriam objeto da imputação. Assim, o fato narrado seria atípico. Poderia haver configuração típica, mas seria preciso demonstrar que houvera apropriação indevida e privada dos recursos, por meio de rastreamento dos valores, ou mesmo o esclarecimento do projeto para o qual liberados recursos para a fundação. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido procedente haja vista a configuração do crime de estelionato.

[AP 347/CE, rel. Min. Rosa Weber, 16.12.2014. \(AP-347\)](#)

(Informativo 772, 1ª Turma)

## **DIREITO PENAL MILITAR**

### **Pena**

#### ***CPM: circunstâncias judiciais e dosimetria da pena***

A utilização das expressões “culpabilidade do agente” e “consequências do crime” — constantes do art. 59 do CP — não gera nulidade em dosimetria de pena imposta no âmbito de processo penal militar. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se postulava a reforma de acórdão que mantivera condenação do paciente em razão da suposta prática do crime de roubo qualificado. A Turma destacou, inicialmente, que, apesar de o termo “culpabilidade” não constar entre os vetores descritos no art. 69 do CPM (“Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime”), isso não significaria que a utilização dessa nomenclatura pudesse gerar a nulidade da dosimetria. Seria assente na dogmática penal que a culpabilidade, como juízo que fundamentaria a reprimenda, corresponderia à censurabilidade pessoal da conduta. Sob esse aspecto, a redação originária do art. 42 do CP determinaria que o magistrado, ao individualizar a pena-base, considerasse a “intensidade do dolo”, como o faria o referido art. 69 do CPM. Contudo, com a reforma penal de 1984, a culpabilidade substituíra essa expressão, visto que graduável seria a censura, cujo índice, maior ou menor, incidiria na quantidade da pena. Do mesmo modo, a menção às “consequências do crime” não implicaria qualquer nulidade, já que essa expressão seria mero vetor da maior ou menor extensão do dano, também previsto no art. 69 do CPM. Ademais, quanto à alegada ocorrência de “reformatio in pejus” no acórdão impugnado, o que se daria em razão da



imposição de agravantes não aplicadas anteriormente pela sentença condenatória, o Colegiado asseverou que o efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação — ainda que exclusivo da defesa — permitiria que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o tribunal a apreciasse em exaustivo nível de profundidade. Isso significaria que, mantida a essência da causa de pedir, e sem piorar a situação do recorrente, seria legítima a consideração de circunstâncias — no caso, agravantes — antes não consideradas para agravar a pena-base, mas mencionadas na sentença condenatória. Outrossim, não deveria incidir, no caso, a pleiteada atenuante de reparação do dano, isso porque somente parte do produto do crime fora recuperado e, ainda assim, em circunstâncias que não se admitiria a incidência da referida atenuante: ausência do requisito da espontaneidade exigido pela lei, a qual se distinguiria da mera voluntariedade, incapaz de gerar a atenuação da pena.

[HC 109545/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, 16.12.2014. \(HC-109545\)](#)  
(Informativo 772, 2ª Turma)

## **DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

### **Benefícios Previdenciários**

#### ***Aposentadoria especial e uso de equipamento de proteção - 3***

O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à concessão de aposentadoria especial. Ademais — no que se refere a EPI destinado a proteção contra ruído —, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria. Esse o entendimento do Plenário que, em conclusão de julgamento, desproveu recurso extraordinário com agravo em que discutida eventual descaracterização do tempo de serviço especial, para fins de aposentadoria, em decorrência do uso de EPI — informado no PPP ou documento equivalente — capaz de eliminar a insalubridade. Questionava-se, ainda, a fonte de custeio para essa aposentadoria especial — v. Informativo 757. O Colegiado afirmou que o denominado PPP poderia ser conceituado como documento histórico-laboral do trabalhador, que reuniria, dentre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante todo o período em que ele exercera suas atividades, referências sobre as condições e medidas de controle da saúde ocupacional de todos os trabalhadores, além da comprovação da efetiva exposição dos empregados a agentes nocivos, e eventual neutralização pela utilização de EPI. Seria necessário indicar a atividade exercida pelo trabalhador, o agente nocivo ao qual estaria ele exposto, a intensidade e a concentração do agente, além de exames médicos clínicos. Não obstante, aos trabalhadores seria assegurado o exercício de suas funções em ambiente saudável e seguro (CF, artigos 193 e 225). A respeito, o anexo IV do Decreto 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social) traz a classificação dos agentes nocivos e, por sua vez, a Lei 9.528/1997, ao modificar a Lei de Benefícios da Previdência Social, fixa a obrigatoriedade de as empresas manterem laudo técnico atualizado, sob pena de multa, bem como de elaborar e manter PPP, a abranger as atividades desenvolvidas pelo trabalhador. A referida Lei 9.528/1997 seria norma de aplicabilidade contida, ante a exigência de regulamentação administrativa, que ocorreria por meio da Instrução Normativa 95/2003, cujo marco temporal de eficácia fora fixado para 1º.1.2004. Ademais, a Instrução Normativa 971/2009, da Receita Federal, ao dispor sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à previdência social e às outras entidades ou fundos, assenta que referida contribuição não é devida se houver a efetiva utilização, comprovada pela empresa, de equipamentos de proteção individual que neutralizem ou reduzam o grau de exposição a níveis legais de tolerância.

[ARE 664335/SC, rel. Min. Luiz Fux, 4.12.2014. \(ARE-664335\)](#)

(Informativo 770, Plenário, Repercussão Geral) 1ª Parte:  Áudio 2ª Parte:  Áudio  Vídeo

#### ***Aposentadoria especial e uso de equipamento de proteção - 4***

O Colegiado reconheceu que os tribunais estariam a adotar a teoria da proteção extrema, no sentido de que, ainda que o EPI fosse efetivamente utilizado e hábil a eliminar a insalubridade, não estaria descaracterizado o tempo de serviço especial prestado (Enunciado 9 da Súmula da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais). Destacou, entretanto, que o uso de EPI com o intuito de evitar danos sonoros — como no caso — não seria capaz de inibir os efeitos do ruído. Salientou que a controvérsia interpretativa a respeito da concessão de aposentadoria especial encerraria situações diversas: a) para o INSS, se o EPI fosse comprovadamente utilizado e eficaz na neutralização da insalubridade, a aposentadoria especial não deveria ser concedida; b) para a justiça de 1ª instância, o



benefício seria devido; e c) para a Receita Federal, a contribuição não seria devida e a concessão do benefício, sem fonte de custeio, afrontaria a Constituição (art. 195, § 5º). Realçou que a melhor interpretação constitucional a ser dada ao instituto seria aquela que privilegiasse, de um lado, o trabalhador e, de outro, o preceito do art. 201 da CF. Ponderou que, apesar de constar expressamente na Constituição (art. 201, § 1º) a necessidade de lei complementar para regulamentar a aposentadoria especial, a EC 20/1998 fixa, expressamente, em seu art. 15, como norma de transição, que “até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”. A concessão de aposentadoria especial dependeria, em todos os casos, de comprovação, pelo segurado, perante o INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, exercido em condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo de 15, 20 ou 25 anos, a depender do agente nocivo. Não se poderia exigir dos trabalhadores expostos a agentes prejudiciais à saúde e com maior desgaste, o cumprimento do mesmo tempo de contribuição daqueles empregados que não estivessem expostos a qualquer agente nocivo. Outrossim, não seria possível considerar que todos os agentes químicos, físicos e biológicos seriam capazes de prejudicar os trabalhadores de igual forma e grau, do que resultaria a necessidade de se determinar diferentes tempos de serviço mínimo para aposentadoria, de acordo com cada espécie de agente nocivo. A verificação da nocividade laboral para caracterizar o direito à aposentadoria especial conferiria maior eficácia ao instituto à luz da Constituição. O Plenário discordou do entendimento segundo o qual o benefício previdenciário seria devido em qualquer hipótese, desde que o ambiente fosse insalubre (risco potencial do dano). A autoridade competente poderia, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa e constantes no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, sem prejuízo do controle judicial. As atividades laborais nocivas e sua respectiva eliminação deveriam ser meta da sociedade, do Estado, do empresariado e dos trabalhadores como princípios basilares da Constituição. O Ministro Marco Aurélio, ao acompanhar o dispositivo da decisão colegiada, limitou-se a desprover o recurso, sem acompanhar as teses fixadas. O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, endossou apenas a primeira tese, tendo em vista reputar que a segunda — alusiva a ruído acima dos limites de tolerância — não teria conteúdo constitucional. O Ministro Luiz Fux (relator) reajustou seu voto relativamente ao EPI destinado à proteção contra ruído.

[ARE 664335/SC, rel. Min. Luiz Fux, 4.12.2014. \(ARE-664335\)](#)

(Informativo 770, Plenário, Repercussão Geral)

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### Recursos

#### ***Liminar em ação cautelar: recurso extraordinário não admitido e desapropriação - 4***

Em conclusão de julgamento, o Plenário, ao resolver questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia, declarou a extinção de ação cautelar por perda de objeto e julgou prejudicado agravo regimental interposto de decisão que deferira pedido de medida liminar na referida ação cautelar para suspender os efeitos de acórdãos de tribunal de justiça local, bem assim a imissão do ora agravante na posse de imóvel rural. O Estado-membro agravante alegava que o tema central seria a ocorrência de preclusão, matéria processual infraconstitucional, não passível de análise no âmbito de recurso extraordinário. Na espécie, encontrava-se pendente de exame, no STF, agravo de instrumento interposto de decisão que negara seguimento a recurso extraordinário dos proprietários do imóvel, ora agravados — v. Informativos 645 e 656. O Colegiado registrou que o recurso extraordinário tivera, por fim, seguimento negado, com base nos Enunciados 279, 282, 284 e 356 da Súmula do STF, além de suscitar ofensa indireta à Constituição. Assim, tendo em vista o prejuízo do recurso extraordinário, a ação cautelar perdera seu objeto.

[AC 2910 AgR-MC/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/o acórdão Min. Rosa Weber, 11.12.2014. \(AC-2910\)](#)

(Informativo 771, Plenário)  

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

### Execução da Pena

#### ***Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública - 1***

E constitucional o § 4º do art. 33 do CP, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à

devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão que indeferira pedido de progressão de regime a condenado nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013) pela prática dos crimes de peculato e corrupção passiva. O Colegiado, inicialmente, rejeitou assertiva segundo a qual seria ilícito o valor devido pelo sentenciado a título de reparação do dano causado em decorrência do crime de peculato, dado que, em sucessivos pronunciamentos do Plenário, teria sido demonstrado que o valor devido, para fins do art. 33, § 4º, do CP, seria de R\$ 536.440,55. Quanto à alegada inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em geral —, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, bastaria uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: a) pode ser causa de revogação obrigatória do “sursis”; b) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; c) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; d) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, b, do CP, entre outros.

[EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. \(EP-22\)](#)   (Informativo 772, Plenário)

### ***Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública - 2***

O Colegiado destacou que, na espécie, o sentenciado fora condenado, individualizadamente, ao pagamento de R\$ 536.440,55. Apesar da existência de corréus — devedores solidários —, o valor integral da dívida poderia ser exigido de cada um, nada a impedir que, eventualmente, rateassem entre eles o pagamento devido. Embora se devesse lamentar a não instauração da execução pela Fazenda, ocorre que, sendo do sentenciado o interesse de quitar a dívida para o fim de progressão de regime, caberia a ele, espontaneamente, tomar as providências nesse sentido. A este propósito, e como regra, decisões judiciais deveriam ser cumpridas voluntariamente, sem necessidade de se aguardar a execução coercitiva. Não haveria impedimento, contudo, a que o agravante firmasse com a União acordo de parcelamento, nos moldes adotados para outros devedores, aplicando-se, por analogia, o art. 50 do CP. A celebração do acordo e o pagamento regular das parcelas ajustadas importariam em satisfação da exigência de reparação do dano. Eventual descumprimento de ajuste sujeitaria o sentenciado à regressão ao regime anterior. O Ministro Dias Toffoli, ao assentar a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP, ressaltou seu entendimento quanto à admissão da possibilidade de progressão de regime, desde que aquele que pleiteasse o benefício viesse efetivamente a comprovar a total impossibilidade de reparação do dano, numa leitura conjugada do dispositivo em análise com o inciso IV do art. 83 do CP. No ponto, foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (Presidente). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentava a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP. Ressaltava não ser possível condicionar a progressão no regime de cumprimento da pena à questão alusiva à reparação do dano, isso porque seria impróprio mesclar a pena — que envolveria a liberdade de ir e vir —, com a reparação do dano — que envolveria o patrimônio.

[EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. \(EP-22\)](#) (Informativo 772, Plenário)

## ***HABEAS CORPUS***

### ***Medida cautelar de afastamento de cargo público e cabimento de “habeas corpus” - 3***

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” para desconstituir decisão proferida pelo STJ, na parte em que determinado o afastamento cautelar do ora paciente de suas funções de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Amapá e impostas outras medidas cautelares até a apreciação da denúncia oferecida em seu desfavor — v. Informativo 770. O Colegiado, primeiramente, rejeitou, por maioria, questão preliminar relativa à suposta inadequação da via eleita em razão de não haver, no caso, ameaça à liberdade de locomoção do paciente. Asseverou que se a eventual imposição de afastamento do cargo decorresse de decisão em processo penal ou investigação

criminal, e houvesse dúvida quanto à justeza do tempo, seria cabível o “habeas corpus”, porquanto se trataria, na hipótese, de um tipo de restrição associada a processo criminal ou investigação criminal. Não se trataria, portanto, de usar o referido “writ” constitucional para outro objeto diferente daquilo que a Constituição preconizaria. Vencida, no ponto, a Ministra Cármen Lúcia, que entendia incabível o “writ”, dados os limites constitucionais do “habeas corpus” — proteção à liberdade de locomoção —, o que inviabilizaria o conhecimento de questões relativas ao referido afastamento e de eventual nulidade da medida cautelar imposta. No mérito, a Turma, ao reafirmar o quanto decidido no HC 90.617/PE (DJe de 7.3.2008), destacou que o afastamento do paciente do cargo perduraria por mais de quatro anos, tendo-se iniciado em 10.9.2010, interrompido este período por apenas 31 dias. A acusação fora formalizada em 13.4.2012, sem que sua admissão tivesse sido analisada. Apesar da complexidade da investigação e da posterior acusação que levava ao afastamento, este último já perduraria além do aceitável. Leia o inteiro teor do voto condutor na seção “Transcrições” deste Informativo.

[HC 121089/AP, rel. Min. Gilmar Mendes, 16.12.2014. \(HC-121089\)](#)  
(Informativo 772, 2ª Turma)

## **Princípios e Garantias Processuais**

### ***Art. 383 do CP: “emendatio libelli” e “reformatio in pejus”***

Há “reformatio in pejus” no acórdão que, em julgamento de recurso exclusivo da defesa, reforma sentença condenatória para dar nova definição jurídica ao fato delituoso — “emendatio libelli” —, mantida a pena imposta, porém desclassificado o crime de furto qualificado (CP, 155, § 4º, II) para o crime de peculato (CP, art. 312, § 1º). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma denegou “habeas corpus”, mas, por maioria, concedeu a ordem de ofício apenas para reenquadrar a condenação no art. 155, § 4º, II, do CP, conforme constara na sentença condenatória. O Colegiado, em preliminar, afastou alegação relativa à suposta prescrição da pretensão punitiva. No mérito, afirmou que, de acordo com a jurisprudência do STF, seria possível a realização da “emendatio libelli” (CP: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”) em 2º grau de jurisdição, mesmo nas hipóteses de recurso exclusivo da defesa, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo art. 617 do CPP (“O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”). No caso, o tribunal de 2º grau, ao readequar a capitulação legal à narrativa apresentada — o fato descrito na acusação teria sido praticado por funcionário público equiparado (CP, art. 327, § 1º) —, mantivera a pena privativa de liberdade anteriormente aplicada, na tentativa de não gerar prejuízo ao sentenciado. Porém, ao se ponderar atentamente os efeitos da condenação e as circunstâncias referentes à “emendatio libelli” efetivada, seria inevitável concluir pela superveniência de vedada “reformatio in pejus”. Com efeito, não se poderia olvidar não ser a pena fixada o único efeito ou única circunstância a permear uma condenação. Haveria regra específica para os condenados pela prática de crime contra a Administração Pública, como o peculato: a progressão de regime do cumprimento da pena respectiva seria condicionada à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado (CP, art. 33, § 4º). Na espécie, apesar de ter sido aplicado o regime inicial aberto ao paciente, não se poderia descartar que, durante a execução da reprimenda, este sofresse regressão de regime e fosse prejudicado pela “emendatio libelli”, aparentemente inofensiva. Vencida a Ministra Cármen Lúcia, que não concedia a ordem por entender não ter havido, na situação dos autos, a “reformatio in pejus”.

[HC 123251/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.12.2014. \(HC-123251\)](#)  
(Informativo 770, 2ª Turma)

### ***Quebra de sigilo bancário e unilateralidade em inquérito policial - 2***

Em conclusão de julgamento, a 1ª Turma resolveu questão de ordem, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio (relator), e determinou o arquivamento de inquérito policial, bem assim julgou prejudicado agravo regimental em que discutida a legalidade de pedido de quebra de sigilo bancário para fins de investigação criminal. No caso, o “Parquet” requerera, além da quebra de sigilo, o encaminhamento direto dos dados colhidos ao Ministério Público, bem como a autorização para que o órgão atuasse diretamente junto às instituições bancárias, sem necessidade de intervenção judicial, com o intuito de obter documentos de suporte das transações financeiras realizadas no período — v. Informativo 764. Tratava-se de investigação instaurada para apurar o envolvimento de parlamentar com o desvio de verbas públicas, com a suposta participação de agentes públicos e empresários. O Colegiado registrou que a investigação estaria assentada nos elementos colhidos na denominada “Operação Solidária” (Inq 3.305/RS, DJe de 2.10.2014), os quais teriam sido declarados imprestáveis pelo STF para serem utilizados contra o investigado, tendo em conta violação das regras de prerrogativa de foro. Assim, se os dados seriam

ilícitos, não poderiam servir de base para nenhuma persecução, independentemente dos fatos que se pretendesse apurar.

[Inq 3552 QO/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 16.12.2014. \(Inq-3552\)](#)

(Informativo 772, 1ª Turma)

### ***Busca e apreensão e autorização judicial - 3***

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para determinar a imediata devolução de material apreendido em procedimento de busca e apreensão realizado no bojo de persecução penal — v. Informativo 771. Na espécie, em cumprimento a mandado de busca e apreensão que teria como alvo o endereço profissional do paciente, localizado no 28º andar de determinado edifício, teriam sido apreendidos equipamentos de informática no endereço de instituição financeira localizada no 3º andar do mesmo edifício, porém, sem que houvesse mandado judicial para esse endereço. O Colegiado, inicialmente, reconheceu a legitimidade do “habeas corpus” para aferir procedimentos de feição penal ou processual penal, inclusive para o reconhecimento de eventual ilicitude de provas obtidas em inquérito policial. Quanto ao mérito, destacou que a busca e apreensão de documentos e objetos realizados por autoridade pública no domicílio de alguém, sem autorização judicial fundamentada, revelar-se-ia ilegítima, e o material eventualmente apreendido configuraria prova ilicitamente obtida. Assim, não seria procedente o argumento de que o mandado de busca e apreensão não precisaria indicar endereço determinado. A legislação processual determinaria que os mandados judiciais de busca e apreensão — notadamente de busca e apreensão domiciliar — não poderiam revestir-se de conteúdo genérico, nem poderiam mostrar-se omissos quanto à indicação, o mais precisamente possível, do local objeto dessa medida extraordinária, em conformidade com o art. 243 do CPP.

[HC 106566/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 16.12.2014. \(HC-106566\)](#)

(Informativo 772, 2ª Turma)

## **Sentença**

### ***Condenação criminal: reparação de dano e contraditório - 1***

O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em revisão criminal para afastar da condenação imposta ao requerente a fixação do valor mínimo de reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP (“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: ... IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”), sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, mantidas íntegras as demais cominações condenatórias. No caso, ele fora condenado à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 66 dias-multa, pela prática de formação de quadrilha e peculato. Além disso, o valor da reparação do dano fora fixado em R\$ 1.647.500,00, a ser atualizado na fase de execução pelos índices de correção monetária. O Colegiado, de início, frisou que a revisão criminal seria excepcional, presente ilegalidade ou contrariedade à evidência dos autos, de modo que não se admitiria mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto a matéria de direito, seja quanto a matéria de fato. Quanto à suposta nulidade decorrente do oferecimento de denúncia alicerçada em elementos informativos obtidos em investigação de caráter eminentemente civil, o conhecimento do pedido não encontraria amparo. Essa arguição estaria rechaçada nos fundamentos da decisão condenatória. Portanto, nesse ponto, a condenação deveria ser mantida, pois não contrariaria texto expresso de lei ou a evidência dos autos. Além disso, a questão de incompetência do STF para julgar congressista que renuncia ao mandato antes da sessão de julgamento teria sido exaustivamente debatida anteriormente. Tampouco essa pretensão mereceria acolhimento, diante da evidente intenção do requerente de conferir outra solução à questão discutida pela Corte não só no julgamento objeto da revisão, mas em outros casos, o que não teria espaço nessa via processual. No que se refere à alegação de insuficiência probatória para o decreto condenatório, o Tribunal afirmou que o acórdão pautara-se em abundante acervo produzido sob o crivo do contraditório, de maneira a não existirem motivos para desqualificá-lo como apto à condenação. A respeito da dosimetria da pena, ela teria sido devidamente individualizada, sem afrontar o princípio da isonomia, porquanto decorreria de análise concreta das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Relativamente à continuidade delitiva, o Colegiado afastou a tese defensiva. A respeito, seria necessário para a caracterização do instituto: a) a pluralidade de condutas; b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; c) a prática dos crimes nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes; e d) o fato de os crimes subsequentes serem continuação do primeiro. No tocante à tese ligada ao crime de quadrilha, tendo em conta suposta configuração de peculato continuado em concurso de agentes, a decisão revisanda também enfrentara o tema e demonstrara o caráter de durabilidade e permanência da associação, elementos indispensáveis à caracterização do delito. O requerimento, nesse ponto, não mereceria conhecimento, ainda que sustentado

por alegação de mudança de entendimento jurisprudencial. Todavia, no que diz respeito à fixação do valor mínimo destinado à reparação de danos, nos termos do art. 387, IV, do CPP, o Colegiado lembrou que essa previsão normativa fora inserida pela Lei 11.719/2008, que não somente seria posterior aos fatos, ocorridos entre 1995 e 1998, como também ao oferecimento da denúncia, em 1999. Assim, sobretudo porque não ocorrido o contraditório a respeito, incidiria reserva intransponível à incidência da norma, do ponto de vista material e processual.

[RvC 5437/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 17.12.2014, \(RvC-5437\)](#)   [Audio](#) [Video](#)  
(Informativo 772, Plenário)

### ***Condenação criminal: reparação de dano e contraditório - 2***

Vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que julgavam o pedido integralmente improcedente. Apontavam que a necessidade de reparação do dano causado teria respaldo no art. 91, I, do CP, já em vigor à época dos fatos. A inovação trazida pela Lei 11.719/2008 diria respeito apenas à delegação para que o juiz fixasse o valor mínimo. Tratar-se-ia, portanto, de mera mudança na regra de procedimento, aplicável ao caso. O Ministro Celso de Mello acrescia que a referida lei também alterara o parágrafo único do art. 67 do CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do 'caput' do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido, a indicar que o valor a ser ressarcido não seria imutável, e o dano efetivamente sofrido seria apurado em liquidação. Vencido, ademais, o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pleito procedente para assentar a incompetência do STF para julgar o requerente, em face da renúncia ocorrida antes do julgamento, bem assim anulava a dosimetria da pena, segundo a qual o exercício do então réu de seu direito à renúncia fora considerado circunstância judicial desfavorável. Além disso, também afastava o ressarcimento do dano nos termos do art. 387, IV, do CPP.

[RvC 5437/RO, rel. Min. Teori Zavascki, 17.12.2014, \(RvC-5437\)](#)  
(Informativo 772, Plenário)

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