

Compilação dos Informativos nos 914 a 921¹

O Informativo por Temas apresenta todos os resumos de julgamentos divulgados pelo Informativo STF concluídos no mês a que se refere.

DIREITO PENAL

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Tema: Entidades paraestatais e extensão do conceito de funcionário público

Consoante dispõe o art. 327, § 1º (1), do Código Penal (CP), qualifica-se como funcionário público pessoa que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalha em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou ordem de *habeas corpus* em que se discutia a equiparação de integrante ou dirigente de organização social, para fins penais, à condição de funcionário público.

A defesa sustentou a inaplicabilidade do art. 327, § 1º, do CP ao paciente, que exerceu cargo de direção em instituto que possui natureza jurídica de organização social. Afirmou, ainda, que o preceito alusivo ao citado artigo seria norma penal em branco. Ressaltou que o conceito de entidade paraestatal haveria de ser interpretado nos termos do art. 84, § 1º (2), da Lei 8.666/1993, o qual não inclui as organizações sociais.

A Turma entendeu que o art. 84, § 1º, da Lei 8.666/1993, a repercutir no âmbito administrativo, não constitui parâmetro interpretativo concernente aos tipos definidos no CP. O art. 327, § 1º, do CP versa a conceituação e delimitação, quanto à relevância penal, de funcionário público. Não se trata de norma penal em branco, cuja aplicação exige complemento normativo, ou de tipo aberto. Dessa forma, ante o cargo desempenhado pelo paciente em entidade paraestatal, mostra-se adequada a observância da extensão prevista no aludido dispositivo penal.

1 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/2018Setembro.html>

⁽¹⁾ CP: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. ”

⁽²⁾ Lei 8.666/1993: “Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. § 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público. ”

HC 138484/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11.9.2018. (HC-138484)
(Informativo 915, Primeira Turma)

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imunidades tributárias

Tema: Caixas de Assistência de Advogados e imunidade recíproca

As Caixas de Assistência de Advogados encontram-se tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a” (1), da Constituição Federal (CF).

Com base nesse entendimento, o Plenário conheceu em parte de recurso extraordinário interposto em face de acórdão que assegurou a aplicação da imunidade recíproca à Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais e, nessa parte, negou-lhe provimento.

De início, o colegiado rememorou o decidido no RE 259.976 AgR no sentido de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é da espécie recíproca, na medida em que ela desempenha atividades próprias de Estado (defesa da Constituição, da ordem jurídica, do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social, bem como seleção e controle disciplinar dos advogados). Ressaltou que a imunidade tributária em questão alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida.

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ordem dos Advogados possui finalidades institucionais e corporativas, sendo a ambas aplicáveis o mesmo tratamento.

Considerada a impossibilidade de concessão de regramento tributário diferenciado a órgãos da OAB — de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas

por lei —, as Caixas de Assistência de Advogados também se encontram tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da CF.

Para a aplicação dessa espécie de imunidade, há de se constatar a presença de três pressupostos: 1) prestação de serviço público delegado; 2) a entidade que exerce o serviço é, em virtude de lei, pública; e 3) o serviço é prestado por ente público que não persegue finalidade econômica.

Tais pressupostos são observados em relação às Caixas de Assistência dos Advogados, as quais prestam serviço público delegado, possuem *status* jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo.

⁽¹⁾CF: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. ”

RE 405267/MG, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2018. (RE-405267) (Informartivo 914, Plenário)

DIREITO CONSTITUCIONAL

Controle de Constitucionalidade

Tema: ADI: constituição estadual, iniciativa popular para emendas e repasse do ICMS

Em conclusão, o Plenário, ao julgar procedente, em parte, pedido formulado em ação direta, declarou a inconstitucionalidade das expressões “o Procurador da Fazenda Estadual” contida no inciso II (1) do art. 119 e “por qualquer tempo” da parte final do art. 32 da Constituição do Estado do Amapá (2). Por maioria, assentou a inconstitucionalidade do inciso XVII do art. 112 e deu interpretação conforme à Constituição Federal (CF) ao art. 115 (3). O Colegiado considerou improcedente o pleito no tocante ao art. 307 e majoritariamente no que se refere aos arts. 103, IV, e 110, todos da Constituição estadual.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu prejudicado o pedido no que concerne ao art. 31, parágrafo único; ao art. 42, XVIII; ao art. 76, § 4º; ao art. 95, XX e XXIV; ao art. 118, §§ 1º e 5º, da Constituição amapaense e ao art. 52 do respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), haja vista a superveniente revogação dos preceitos.

Reconheceu, por ser mera repetição de norma da CF, a constitucionalidade da previsão de reserva de vagas no serviço público para pessoas portadoras de deficiência (art. 307).

A expressão “por qualquer tempo” foi excluída da parte final do art. 32 porque a necessidade de o prefeito, mesmo em períodos menores do que quinze dias, ter autorização da Câmara Municipal para viagem ao exterior quebra a simetria existente em relação a governador.

Quanto ao art. 115, a Corte conferiu interpretação conforme para limitar a atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa à defesa das prerrogativas inerentes ao Poder Legislativo. A representação estadual como um todo, independentemente do Poder, compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE), tendo em conta o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para estados e Distrito Federal. No entanto, às vezes, há conflito entre os Poderes. Demais disso, o texto do artigo pode vir a gerar confusão, porquanto prevê concorrência com a PGE.

Vencidos, no ponto, o ministro Edson Fachin e a ministra Rosa Weber, por não vislumbrarem inconstitucionalidade. O ministro avaliou ser desnecessária a interpretação conforme.

Sobre a homologação dos cálculos das quotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) devidas aos municípios (art. 112, XVII), o Plenário assinalou que sujeitar o ato de repasse de recursos públicos à homologação de Tribunal de Contas do Estado (TCE) representa ofensa ao princípio da separação e da independência dos Poderes. Inclusive porque o percentual que pertence ao município terá sua destinação condicionada a ato do TCE que, ao fim e ao cabo, será da Assembleia Legislativa. Noutra passo, não há semelhança entre a atividade de gerenciamento dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e a de homologação dos cálculos de quotas do ICMS, pelo TCE. Inexiste simetria entre fundos e quotas.

No caso do FPE e do FPM, o próprio TCU efetua os cálculos das quotas-partes cabíveis aos entes federados à luz de estimativas demográficas fornecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Os fundos de participação são de natureza contábil, desprovidos de personalidade jurídica e de gerenciamento do TCU por força da CF. Situação diversa diz respeito ao repasse obrigatório às municipalidades das verbas arrecadadas pelo estado-membro referente ao ICMS, uma vez que não é fundo financeiro e possui relativa liberdade de conformação. De acordo com o art. 158, IV, da CF, pertence aos municípios 25% do produto da arrecadação do imposto. Nesses termos, o TCE é completamente alheio ao processo alocativo das quotas, da mesma forma que o TCU não participa de

repasses na arrecadação de outros tributos, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, condicionar a distribuição à homologação prévia dos cálculos pelo TCE contraria o que diz o art. 160 (4) da CF e estabelece restrição à entrega e ao emprego dos recursos mencionados na seção “Da Repartição das Receitas Tributárias”. Já o ministro Marco Aurélio observou que o ato de distribuição não é complexo e depende apenas do Executivo, de início.

No tópico, vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entenderam ser constitucional a homologação, pelo TCE, com base na simetria, por haver mesmo parâmetro do TCU. Tanto os fundos como a distribuição das verbas do ICMS fazem parte da repartição de receitas.

Por fim, o Colegiado assentou que a iniciativa popular de emenda à Constituição do estado (arts. 103, IV, e 110) é compatível com a Constituição da República, nomeadamente o parágrafo único do art. 1º, os incisos II e III do art. 14 e o inciso XV do art. 49 (5). Na democracia, além dos mecanismos tradicionais por meio dos representantes eleitos, há os de participação direta com projeto de iniciativa popular. A Constituição amapaense densifica a ampliação daquilo que a CF não prevê expressamente.

Trata-se de certa democratização no processo de reforma das regras constitucionais estaduais. No tocante à simetria, revelou não ser obstativa ante a ausência de regra clara que afaste a faculdade de o Estado aumentar os mecanismos de participação direta.

A ministra Rosa Weber consignou a importância da iniciativa popular de emenda para a implantação da democracia participativa no Brasil. O ministro Luiz Fux frisou que, consoante doutrina, o princípio democrático conspira em prol da possibilidade de a iniciativa popular promover emendas constitucionais. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski acentuou que, em matéria de direitos fundamentais, os estados podem ampliá-los com relação à CF. A soberania e a cidadania são valores máximos abrigados na CF relativamente aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideraram inconstitucional a iniciativa popular de emenda. O relator assinalou inexistir parâmetro na CF, que não permite essa iniciativa para proposta de emenda constitucional. Ademais, a CF não deixou vácuo legislativo. O ministro Marco Aurélio destacou que a própria Constituição Federal veio a limitar a iniciativa popular quando não cogitou dela quanto às emendas constitucionais.

- (1) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 119. Compete privativamente ao Governador do Estado, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II – nomear e exonerar o Procurador da Fazenda Estadual, os dirigentes das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista de que o Estado detenha o controle acionário; ”
- (2) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 32. O Prefeito e o Vice-Prefeito residirão no Município e dele não poderão se ausentar durante o exercício do mandato, salvo se a ausência não ultrapassar quinze dias, exigindo-se licença prévia da Câmara Municipal para viagem ao exterior por qualquer tempo. ”
- (3) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 115. À Procuradoria da Assembleia compete exercer a representação judicial do Poder Legislativo nas ações em que este for parte, ativa ou passiva, sem prejuízo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado. ”
- (4) CF: “Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. ”
- (5) CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) II – referendo; III – iniciativa popular. (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito; ”

ADI 825/AP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25.10.2018. (ADI-825)
(Informativo 921, Plenário)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Regime Próprio dos Servidores Públicos

Tema: Servidor público: contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis aos proventos

Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, ao apreciar o Tema 163 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário no qual servidora pública federal postulou o afasta-

mento dos descontos previdenciários sobre aquelas verbas e quaisquer outras de caráter transitório que viesse a receber, diante da impossibilidade de incorporá-las aos proventos de aposentadoria (Informativos 776, 787 e 847).

O acórdão recorrido afastara a pretensão deduzida para reconhecer a incidência da contribuição mesmo com relação às verbas não incorporáveis. O Tribunal *a quo* destacou que a Emenda Constitucional (EC) 41/2003 inaugurou regime marcadamente solidário, de modo que as únicas parcelas excluídas da base impositiva seriam aquelas previstas expressamente em lei.

Preliminarmente, o Colegiado ressaltou que, embora diversos dispositivos impugnados no recurso se referissem tanto ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) quanto ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o julgamento abrangia apenas o regime próprio dos servidores públicos.

No mérito, o Tribunal concluiu que o disposto nos §§ 3º (1) e 12 do art. 40 da Constituição Federal (CF), combinado com o § 11 (2) do art. 201 da CF, deixa evidente que somente podem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária os ganhos habituais com repercussão nos benefícios, excluindo, assim, as verbas que não se incorporam à aposentadoria.

A dimensão contributiva do sistema mostra-se incompatível com a cobrança de qualquer verba previdenciária que não garanta ao segurado algum benefício efetivo ou potencial. O princípio da solidariedade não é suficiente para elidir esse aspecto, impondo ao contribuinte uma contribuição que não trará retorno.

A não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas não incorporáveis à aposentadoria do servidor público decorre de comando expresso no § 3º (1) do art. 40 da CF. Essa previsão especial afasta a incidência da regra disposta no § 11 (2) do art. 201 da CF, a qual é aplicável apenas de modo subsidiário ao próprio.

Da redação originária do texto constitucional, o RPPS migrou de natureza solidária e distributiva para um regime também contributivo (EC 3/1993). Posteriormente, com a entrada em vigor da EC 20/1998, o aspecto contributivo foi reforçado, colocando-se em aparente conflito os princípios da contributividade e da solidariedade.

Ocorre que, a partir de então, previu-se a vinculação expressa entre os proventos de aposentadoria e a remuneração recebida pelo servidor, de modo que as parcelas sem reflexo nos proventos estão livres da incidência da contribuição previdenciária.

Essa vinculação tornou-se ainda mais expressiva a partir da EC 41/2003. Ainda que a solidariedade do sistema tenha sido reforçada, não houve a derrogação

do caráter contributivo. De um lado, o princípio da solidariedade afastaria a relação simétrica entre contribuição e benefício. De outro, o princípio contributivo impediria a cobrança de contribuição previdenciária sem que se conferisse ao segurado alguma contraprestação, efetiva ou potencial, em termos de serviços ou benefícios.

Nesse contexto, ainda que o princípio da solidariedade fosse pedra angular do sistema próprio dos servidores, não poderia esvaziar seu caráter contributivo, informado pelo princípio do custo-benefício, tendo em conta a necessidade de um sinalagma mínimo, ainda que não importasse em perfeita simetria entre o que se paga e o que se recebe. Desse modo, deve ser estabelecida a aplicação simétrica do binômio formado entre os princípios da contributividade e da solidariedade, de forma a prestigiá-los e conjugá-los em um produto final equilibrado. Logo, caso o Estado tenha intenção de promover um fortalecimento atuarial, poderá agravar a alíquota incidente sobre os participantes ou até mesmo aumentar sua participação no custeio, mas não tributar sobre base não imponível.

O Colegiado destacou, ainda, que a Constituição conferiu ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o critério definidor das parcelas que compõem a remuneração do servidor para fins previdenciários. No entanto, essa delegação não lhe permite subverter o comando constitucional de modo a incluir, na base de cálculo da contribuição previdenciária, parcelas sem repercussão nos proventos de aposentadoria, sob pena de desrespeito ao § 3º (1) do art. 40 da CF. Isso significa que o rol das parcelas isentas de contribuição previdenciária previsto pela Lei 9.783/1999 – e posteriormente pela Lei 10.887/2004 – não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

Ressaltou, ademais, que a Lei 10.887/2004, em seu art. 4º, VII, X, XI e XII (3), excluiu as verbas que não serão incorporadas à aposentadoria do cálculo da contribuição previdenciária. Inclusive, o legislador optou por excluir expressamente as verbas indicadas pelo recorrente do conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária.

Desse modo, até a entrada em vigor da EC 41/2003, se a incidência não era admitida por falta de previsão constitucional acerca da aplicação do princípio da solidariedade de grupo ao regime próprio, após a vigência da referida emenda e a consagração da solidariedade como baliza do regime próprio, o legislador optou por proteger da incidência da contribuição as verbas discutidas no recurso extraordinário, com a consequente exclusão de tais parcelas da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Por fim, o Colegiado ressaltou que a situação dos servidores inativos, contemplados com proventos de aposentadoria, é distinta da dos servidores em atividade. Os aposentados são impelidos a participar do custeio do regime previdenciário de sua categoria em menor proporção, com vistas a impedir eventual

insolubilidade do sistema, por imposição do princípio da solidariedade. Além disso, a contribuição dos inativos tem base de cálculo diversa da dos servidores da ativa, pois a contribuição previdenciária incide apenas sobre as parcelas dos proventos que excedem o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Ficaram vencidos os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que desproveram o recurso. Entenderam, em síntese, que o rol exemplificativo do art. 4º das Leis 9.783/1999 e 10.884/2004 deveria ser interpretado no sentido da possibilidade de se incluírem na base de cálculo das contribuições previdenciárias, independentemente da repercussão direta e imediata do valor do benefício, parcelas remuneratórias recebidas pelos servidores a título de ganhos habituais, excluindo-se, portanto, os ganhos não habituais e aqueles que, mesmo recebidos com habitualidade, tivessem caráter indenizatório.

Adite-se que, para eles, a questão atinente à natureza da verba, inclusive seu caráter indenizatório ou não, para fins de incidência da contribuição previdenciária, seria matéria a implicar juízo de legalidade e de fatos e provas, inviável em recurso extraordinário.

- (1) CF/1988: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (...) § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. ”
- (2) CF/1988: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. ”
- (3) Lei 10.887/2004: “Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (...) VII – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; (...) X – o adicional de férias; XI – o adicional noturno; XII – o adicional por serviço extraordinário.”

RE 593068/SC, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 11.10.2018. (RE-593068)
(Informativo 919, Plenário, Repercussão Geral)

